

ELEMENTOS DE ESTUDO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO



©2011 — Bartolomeu Varela
Praia: Universidade de Cabo Verde

ELEMENTOS DE ESTUDO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

Índice

Nota de Apresentação	3
Capítulo I. OBJECTO DE ESTUDO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO	4
1. Objecto de estudo da Teoria da Constituição	4
2. Constituição e poder político	6
3. Surgimento e desenvolvimento do conceito da Constituição	7
4. Doutrinas enformadoras da Teoria moderna da Constituição	9
ANEXOS:.....	11
Texto 1- Doutrinas enformadoras da Teoria moderna da Constituição - <i>Extractos do texto “Teoria da Constituição – Uma Introdução”, de Rui Verde e outros.</i>	11
Texto 2 – Teoria da Constituição e Constitucionalização dos Direitos - <i>Extractos de um Texto de MAURO R. DE MATTOS</i>	15
Capítulo II. O CONSTITUCIONALISMO E O PODER CONSTITUINTE.....	25
1.Noção de Constitucionalismo	25
2. Poder Constituinte.....	26
3.Poder Constituinte material e formal.....	28
4.Poder constituinte derivado ou poder de revisão	31
5. Limitações materiais e formais do poder constituinte.....	33
5.1. Limites do poder constituinte	34
5.2. Limites do poder de revisão	35
Capítulo III. FUNÇÕES, CLASSIFICAÇÃO E ESTRUTURA DA CONSTITUIÇÃO.....	38
1. Revendo o conceito, a hierarquia e a relevância da Constituição	38
2. Funções da Constituição.....	40
3. Acepções da Constituição.....	42
4. Classificação das Constituições	44
5. Estrutura das Constituições.....	46
6. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição de Cabo Verde.....	47
7. A Constitucionalização dos Direitos Humanos. Os Direitos Fundamentais	49
7. 1. Direitos Humanos	50
7.2. Direitos Fundamentais	51
Capítulo IV. SISTEMAS E FAMÍLIAS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS	54
1. Conceitos de ordenamento jurídico e de sistemas constitucionais.....	54
2. A coerência do ordenamento jurídico.....	54
3. Perspectivas e método de estudo dos sistemas ou famílias constitucionais.....	56
4. Génese e configuração das principais famílias constitucionais contemporâneas	57
4.1. Sistema constitucional britânico	59
4.2. Sistema constitucional americano.....	61
4.3. Sistema constitucional francês	63
4.4. Sistema constitucional soviético	64
5. Sistemas constitucionais não integrados em famílias.....	65
6. O Constitucionalismo nos países da CPLP	66
7. Pluralidade versus dualidade de famílias constitucionais.....	71
ANEXO: Análise comparada das constituições dos países da CPLP	74
Capítulo V - ELEMENTOS BÁSICOS DA TEORIA DA DO ESTADO	77
1. Origem e conceito de Estado.....	77
2. Tipos de Estado.....	79

3. Fins e funções Clássicas do Estado	83
4. Elementos do Estado	87
4.1. O Povo.....	87
4.2. O Território	89
4.3. O Poder Político	93
5. Órgãos do Estado e entidades supra e infra estaduais	96
5.1. Órgãos do Estado.....	96
5.2. Entidades Políticas Supra e Infra Estaduais.....	98
6. Actos jurídico-constitucionais do Estado	99
7. Estado Constitucional, Estado de Direito e Estado de Direito Democrático.....	101
CAPÍTULO VI. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL	103
1. Conceito de Hermenêutica Constitucional.....	103
2. Princípios, fases e elementos da Interpretação	104
3. Métodos de interpretação da Constituição	105
4. As lacunas e sua integração.....	107
5. Limites à interpretação; Mutação constitucional; activismo jurisprudencial	109
Capítulo VII. CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO	112
1. A Teoria do controlo da constitucionalidade	112
2. Constitucionalidade por acção e por omissão	114
3. Modalidades de fiscalização	114
4. Efeitos da fiscalização	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

Nota de Apresentação

Confrontado com o facto de ainda não estar disponível, na Biblioteca da Universidade de Cabo Verde (Uni-CV), bibliografia especializada para o estudo da unidade curricular “Teoria da Constituição”, incluída no plano curricular do Curso de Licenciatura de Ciências Sociais – Percurso de Ciência Política, decidi elaborar os presentes “Elementos de Estudo”, em cumprimento, aliás, de um dos deveres estatutários do docente da Uni-CV, de modo a suprir, em parte, a lacuna.

Correspondendo, no essencial, aos conteúdos programáticos da referida unidade curricular, o presente trabalho complementa os textos em versão digital disponibilizados aos estudantes, nomeadamente as Constituições de Cabo Verde e dos demais países de língua portuguesa, que são fontes incontornáveis para o estudo aprofundado do Constitucionalismo a nível dos países da CPLP, matéria que, no entanto, é aqui abordada sumariamente.

O presente trabalho, que tem um carácter introdutório e incide sobre conceitos e elementos básicos de estudo da unidade curricular, não dispensa, contudo, a consulta da bibliografia especializada sobre a Teoria da Constituição, nomeadamente da que nele é expressamente citada.

Praia, Novembro de 2011.

Bartolomeu Varela

Docente da Universidade de Cabo Verde

Capítulo I. OBJECTO DE ESTUDO DA TEORIA DA CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO: Objecto de estudo da Teoria da Constituição; surgimento e evolução da ideia da Constituição; doutrinas enformadoras da Teoria moderna da Constituição

1. Objecto de estudo da Teoria da Constituição

A **Teoria da Constituição** é entendida como “o estudo dos aspectos essenciais que definem uma Constituição” (Verde e outros, 2011, p.3).

Esta disciplina responde, assim, a uma diversidade de questões, como: O que é ou pode ser a Constituição? Como surge? Para que serve, ou seja, quais os seus fins e funções? Quais os valores e princípios que a podem enformar? Que tipos de Constituição existem? Como se classificam as Constituições? Qual é a estrutura ou conteúdo essencial da Constituição; Qual a relação entre a Constituição e as demais normas de Direito? Qual a relação entre o Estado, o Direito e a Constituição? Etc.

A Teoria da Constituição é encarada por Canotilho (2002, p. 1318) como “uma teoria política e uma teoria científica do direito constitucional”. Segundo o autor (*Ibid.*, p. 1318):

“É uma teoria política, porque pretende compreender a ordenação constitucional do político através da análise, discussão e crítica da força normativa, possibilidades e limites do Direito Constitucional”

“É uma teoria científica, porque procura descrever, explicar e refutar os fundamentos, ideias, postulados, construção, estruturas e métodos (dogmática) do direito constitucional”.

Porém, a Teoria da Constituição é mais do que isso. Como assinala ainda Canotilho (*Ibid.*, 1318-1319), a Teoria da Constituição

“Aspira ainda a ser estatuto teórico da teoria crítica e normativa da constituição (...), num triplo sentido: (1) como instância crítica das soluções constituintes consagradas nas leis fundamentais e das propostas avançadas para a criação e revisão de uma constituição nos momentos constitucionais; (2) como fonte de descoberta das decisões, princípios, regras e alternativas, acolhidas pelos vários modelos constitucionais; (3) como filtro de racionalização das pré-compreensões do intérprete das normas constitucionais, procurando evitar que os seus pré-juízos e pré-conceitos jurídicos, filosóficos, ideológicos, religiosos e éticos afectem a racionalidade e a razoabilidade indispensáveis à observação da rede de complexidade do estado de direito democrático-constitucional”.

Para Mattos (2005, p. 22), a Teoria da Constituição “visa interpretar a “Lei Fundamental” como forma de mantê-la sempre respeitada, observada, compreendida, eficaz e concretizada”.

Na sua evolução, a Teoria da Constituição tem sido objecto de um “amplo redimensionamento, onde a Constituição passou a se preocupar com os valores fundamentais do homem” (Mattos, *Ibid.*, p. 1, como forma de “humanizar as relações dos povos e evitar que direitos e garantias fundamentais da sociedade fossem massacrados pelo Poder” (*Ibid.*, p. 12).

Acontece que a Constituição é estudada por outras disciplinas, nomeadamente pelo **Direito Constitucional**, entendido como o ramo do Direito que se ocupa do estudo das normas jurídicas superiores que regem o Estado, enquanto comunidade que exerce o poder político num dado território. Dito de outro modo, “o Direito Constitucional é uma parcela da ordem jurídica que rege o próprio Estado” (Miranda, 2002, p. 9), ocupando-se, assim, do estudo das normas jurídicas de maior hierarquia nos Estados, ou seja, das normas da Constituição.

Na definição do Direito Constitucional está implícito o **conceito de Constituição**, ou seja o conjunto de normas jurídicas que definem a estrutura, fins e funções do Estado, titularidade, exercício e controlo do poder político. Esta definição de Constituição é apresentada através de uma formulação mais detalhada por Alves e Silva (2010, p. 11) nos seguintes termos:

(...) É o conjunto de normas jurídicas que definem a estrutura (povo, território e poder político), fins (segurança, justiça e bem-estar económico-social) e funções do Estado (política, legislativa, judicial e administrativa), titularidade (órgãos), exercício (processo de feitura e execução de leis) e controlo do poder político (fiscalização da constitucionalidade, tribunais e Provedor da Justiça).

Que correlação existe entre a Teoria da Constituição e o Direito Constitucional? Em diversas obras, não se faz uma distinção clara entre ambos, mas a definição apresentada acima por Canotilho elucida que a Teoria da Constituição é mais ampla que o Direito Constitucional.

Na verdade, se partirmos da premissa segundo a qual a Constituição pode ser estudada, no plano teórico, por diversas disciplinas, além do Direito (História, Ciência Política, Filosofia, Sociologia, etc.), podemos considerar que a Teoria da Constituição

apresenta-se como uma abordagem científica/epistemológica mais abrangente do fenómeno constitucional do que aquela que é feita pelo Direito Constitucional.

Tal parece ser igualmente o entendimento de MATTOS (2005, p. 12), segundo o qual, entre os meados e o final do século XX, surge “um Direito Constitucional clássico, que deu origem à actual “Teoria da Constituição”.

Em todo o caso, quer a Teoria da Constituição, quer o Direito Constitucional têm por objecto de estudo a Constituição, entendida como a lei fundamental do Estado e, como tal, reguladora de questões cruciais, como sejam a organização e o exercício do poder político, os direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos.

2. Constituição e poder político

Como assinalámos atrás, Canotilho salienta o facto de que a Teoria da Constituição reveste, nomeadamente, a natureza de teoria política da Constituição, abordagem que coincide com a de Miranda (2002, p. 10), para quem as normas da Constituição constituem “o estatuto jurídico do Estado ou do político”.

Ao abordar o conceito da Constituição, Verde e outros (Ibid., pp. 4-8) demonstram a estreita vinculação entre a Constituição, a luta política e o Poder Político, salientando:

“ Em qualquer sociedade existe sempre uma luta entre grupos rivais para exercer o poder, entendendo-se o poder como a capacidade de determinar regras de comportamento e exercer coacção. Isto quer dizer que sempre que vivemos em conjunto com outras pessoas têm que surgir ditames que ordenarão a nossa vida em comum. Alguém terá a capacidade de estabelecer essa ordem, essa organização e obrigar os outros a cumpri-la. Quem determina essa ordem tem **o poder político** (porque exercido na comunidade em que vivemos, na Polis). Ora, a Constituição começa por tratar das formas pela qual esses grupos rivais hão-de lutar para exercer o poder. Ao exercício do poder político chama-se governo (...).

Em suma, a Constituição **é a lei do poder político que se traduz no exercício de violência de forma legítima**. Ou, de forma mais detalhada, **é o quadro de normas que define o funcionamento do poder e as relações dos indivíduos com ele**.

Todas as organizações têm uma constituição, um quadro de normas que define a estrutura e funções dessa organização, bem como os direitos e deveres dos seus membros, mas como referido, a organização que aqui nos interessa é aquilo a que se convencionou chamar o Estado (cuja caracterização veremos mais adiante), e que até hoje tem sido a organização mais complexa inventada pelo ser humano.

Um problema adjacente é o seguinte: **como deve ser uma Constituição?** O que é uma “ boa constituição”? Sir John Laws, um juiz de topo inglês, define como boa Constituição “**aquela em todos os cidadãos têm direitos iguais perante a Lei**”. Isto leva-nos à Constituição dos Estados Unidos da

América, que contém uma disposição análoga e é vista, pela generalidade do mundo académico internacional, como uma “boa constituição”. Mas escolhendo uma situação, ligada ao tratamento igual perante a lei e à dignidade da pessoa humana, chegaremos a conclusões curiosas (...).

A conclusão é que **não há uma “boa constituição”**. Tudo depende muito das circunstâncias históricas, políticas e culturais, bem como das personalidades, fenómenos que extravasam o mundo do Direito, embora como se viu o influenciem de forma determinante” (Fim de citação. Sublinhado nosso).

3. Surgimento e desenvolvimento do conceito da Constituição

Esclarecidos os conceitos de teoria da Constituição e de Direito Constitucional, bem como a relação entre ambos, façamos uma abordagem introdutória da **génese e desenvolvimento do conceito de Constituição**. Como resumimos em outro trabalho (Varela, B. 2011, pp. 51-52), historicamente, a Constituição surge com o surgimento do Direito. Não se fala aqui das Constituições “de jure” (jurídicas), que apareceram na época moderna com a ascensão da burguesia, mas sim de Constituição “de facto” (de acção), ou seja: Constituição política, como a própria organização do Estado; Constituição como princípio ordenador da sociedade.

Já na Grécia Antiga encontramos Aristóteles (384-322 a.C) a estudar as Constituições de mais de 100 cidades-estado, não propriamente com o propósito de fazer um estudo constitucional comparado mas sim uma análise da normatividade dos povos onde a Constituição constituía um dos factores dessa normatividade. Essencialmente jurídico-política, a concepção aristotélica de Constituição encontramos-la na obra "A Política, onde Aristóteles sublinha que “a Constituição do Estado tem por objecto a organização das magistraturas a distribuição dos Poderes, as atribuições de soberania, numa palavra, a determinação do fim essencial de cada comunidade política”. Referindo-se ainda ao objecto da Constituição, Aristóteles dizia que ela deve ocupar-se:”1º, de quem e de que espécie de pessoas deve ser composto um Estado; 2º, de como ele deve ser governado para ser feliz e florescente, o que suscita a questão das formas de governo: monarquia, aristocracia e república (que podem degenerar-se, respectivamente, em tirania, oligarquia e democracia).

Em Roma, dentro do chamado Direito Público estudava-se uma disciplina cujo único fim era o estudo da ordem jurídica respeitante directamente ao Estado. Cícero (106-43 a. C) oferece-nos um conceito acentuadamente jurídico de Constituição ao definir a "*res publica*" como "agregado de homens associados mediante um consentimento jurídico e por causa de uma utilidade pública - *constitutio populi*. E é ainda em Roma que encontramos a expressão "constituciones principium" que serviria para indicar os actos do imperador dotados de eficácia superior a quaisquer outros.

Na Idade Média, o conceito de lei fundamental toma corpo e define tendencialmente um conjunto de princípios ético-religiosos e de normas consuetudinárias que vinculavam reciprocamente o rei e as classes sociais e não podiam ser violadas pelo titular do poder soberano. Não obstante, não se chegou a um documento escrito e sistematizado, o que só viria a acontecer na Idade Moderna, não obstante alguns autores situarem a pré-história constitucional no século XIII (1215), em Inglaterra, com a Magna Carta Libertatum imposta a João Sem Terra pelos barões do reino.

É a partir do século XVII que começa a usar-se o termo "constituição" como lei fundamental do Estado, mas só por volta do século XVIII é que irrompe o conceito de organização constitucional do Estado. Efectivamente, no século XVIII, as revoluções burguesas, armadas da teoria do Direito Natural, do Contrato Social e da Razão Universal, põem em causa os direitos históricos dos senhores feudais, surgindo a Constituição jurídica como freio que defende a pessoa contra o poder absoluto. Contra as arbitrariedades e o abuso do poder, as revoluções burguesas esgrimem um argumento de direito (a ideia de direito) que deveria ser respeitado de forma solene pelos novos governos. Surge assim a Constituição, como preocupação pela justiça, a igualdade e a fraternidade.

Tal como esclarece Miranda (*Ibid.*, pp. 60-61), o factor determinante da abertura de uma era constitucional é o corte com a situação ou o regime até então vigente, seja por meio de revolução, por golpe de estado ou outro meio, e não a aprovação de uma constituição formal ou a redacção de uma constituição instrumental.

A entidade determinante do conteúdo fundamental de uma Constituição é a entidade (força política ou social, militar ou popular, monarca, outro órgão ou grupo) que toma a decisão de mudar a ordem preexistente e não a entidade que elabora e decreta a constituição formal.

O órgão que aprova a Constituição formal não o faz por autoridade própria, mas por autoridade derivada daquela primeira entidade e no âmbito das regras por ela prescritas quanto à sua competência (em razão da matéria e do tempo) e à sua estrutura.

Sobre o assunto, recomendamos ainda a leitura do texto anexo a este capítulo, em que MATTOS (2005, pp. 2-12) faz uma abordagem histórica da evolução da Constituição e, do mesmo passo, elucida alguns conceitos doutrinários que estão na origem e ou servem de fundamento à elaboração da ideia de Constituição.

4. Doutrinas enformadoras da Teoria moderna da Constituição

Ao abordarmos o surgimento e a evolução da Constituição, pudemos identificar algumas doutrinas que contribuíram para a formulação da teoria moderna da Constituição, designadamente: (i) a **Doutrina do Direito Natural**, que parte da premissa de que todo o homem, pelo facto de o ser, tem um conjunto de direitos que lhe são conaturais e que, enquanto direitos humanos, devem ser garantidos em qualquer Estado; (ii) a **Doutrina do Contrato Social**, que expressa a ideia de que a ordenação da vida societária (incluindo a sociedade política) deve resultar de um acordo de vontades entre os membros da sociedade; (iii) a **Doutrina da Soberania Popular**, segundo a qual o Poder Político soberano reside no Povo, o que dá conteúdo ao ideal democrático e refuta a legitimidade de um Poder Absoluto assente numa Pessoa (Monarca...); (iv) a **Doutrina do Estado do Direito**, segundo a qual o Poder Político deve ser conformado pelo Direito, traduzindo a ideia de “governo limitado pela lei”; (v) a **Doutrina da Separação de Poderes**, como princípio organizador do exercício do Poder Político e forma de evitar abusos e excessos no exercício do Poder por parte dos governantes.

Além das doutrinas referidas, na conformação da Teoria moderna da Constituição, merecem destaque as **Doutrinas sobre a Liberdade, a Igualdade e a Democracia**, que são abordadas no excerto do texto em anexo de Verde e outros (*Ibid.* pp. 16-23), no qual os autores resumem o pensamento de Jhon Locke, Tomas Hobbes e Jean Jacques Rousseau, tidos como precursores da teoria moderna da Constituição.

ANEXOS:

Texto 1- Doutrinas enformadoras da Teoria moderna da Constituição - *Extractos do texto “Teoria da Constituição – Uma Introdução”, de Rui Verde e outros.*

“(…) Na base do constitucionalismo europeu moderno estão duas ideias abstractas. A primeira é a da pré-existência de um “estado natural” de sociedade. Nesse “estado natural” não existe uma autoridade política definida o que implicará um desenvolvimento normativo de tipo constitucional que formalize um poder político. A segunda ideia, intimamente ligada à primeira, é que esse desenvolvimento se faz através de um pacto/contrato social voluntário. Isto é, presume-se que a humanidade não quer viver numa situação instintiva e original, outrossim prefere organizar-se e ter normas básicas de funcionamento, e que por isso acorda de livre vontade num modelo regulador da sociedade.

Locke, Hobbes e Rousseau, cada um à sua maneira, teorizaram estes conceitos. John Locke (1632 - 1704), por muitos apontado como o fundador do liberalismo, expunha a questão da seguinte forma: existe um “estado natural” em que os indivíduos dispõem de determinados direitos “naturais”, designadamente, o direito à vida, propriedade e liberdade. Para resolver conflitos que surjam do exercício simultâneo e concorrente desses direitos a sociedade contrata entre si, de forma unânime, o estabelecimento de um governo, que é escolhido por voto maioritário. Esse governo tem o dever de proteger os direitos naturais e promover o bem-estar. Então, segundo Locke, o governo tem deveres e não direitos, e dependerá do consentimento do povo. Até porque, e este será um ponto de partida de Locke, os seres humanos são iguais e ninguém pode por alguém sob a sua autoridade sem ser pelo próprio consentimento. Defende Locke que o governo deverá ser nomeado e demitido periodicamente pela maioria daqueles com um interesse na comunidade, sendo certo que a maioria se justifica pela sua força inerente, e não por ter ou deixar de ter razão em aspectos concretos. Nessa medida Locke proclama com veemência que os poderes do governo devem estar limitados para proteger os direitos e liberdades dos indivíduos. Além de promover a ideia de tolerância.

Thomas Hobbes (1588 - 1679) tem uma visão do “estado natural” muito diferente de Locke. Segundo Hobbes, a humanidade vive numa constante guerra de uns contra os outros, pelo que sem governo, todos nos destruiremos uns aos outros. Por isso Hobbes entende que existirá um “contrato social” segundo o qual os membros de um hipotético “estado natural” acordarão na instituição de um soberano que garantirá a segurança. Também aqui o governo depende do consentimento dos governados. Hobbes acredita de igual modo que detemos determinados direitos “naturais” ligados ao respeito pelos compromissos, liberdade e igualdade. Mas para eles serem assegurados têm que existir leis e governo. Assim a população cederá a sua liberdade a um soberano, que fará e aplicará as leis. Este soberano (que poderá ser uma assembleia ou uma pessoa) terá poderes ilimitados para preservar a vida e manter a ordem, mas não poderá actuar para outros fins.

Rousseau (1712 - 1778) acreditava que o homem era bom por natureza, e que era corrompido pelo governo autoritário e pela existência de desigualdades sociais, o que só seria resolvido pela instituição de leis humanas que tratassem todos por igual e dessem a todos os indivíduos um voto igual e livre em todas as deliberações legislativas. E, defendia também que não existia um verdadeiro conflito entre os interesses individuais e comunitários desde que o governo incluísse todos. Propugnava por um “contrato social” segundo o qual as vontades individuais seriam combinadas numa vontade geral. O que significa que todos devem participar no governo em termos iguais através do voto e aceitar o veredicto da maioria. Agora, essa vontade geral deveria ser imposta a todos, criando uma vontade única e uniforme, em que todos se sentiriam livres por terem participado na sua formação, mas a que todos deviam obedecer sem dissidências. As leis aprovadas pela maioria livre e igual de todos devem ser aplicadas igualmente e sem excepções a todos os cidadãos.

Nestes três autores são visíveis as raízes essenciais do constitucionalismo moderno, em que alguns temas são comuns, como a necessidade de a Constituição depender do consentimento de povo, de as ideias básicas serem a liberdade, a igualdade político-jurídica e alguns direitos fundamentais. Também a ideia das decisões serem tomadas por maioria é realçada. Depois, mais complicada é a questão dos limites do poder do governo. Se Locke defende sem reboço um governo limitado, já Hobbes aceita que este seja ilimitado para garantir a vida e a segurança, mas não intervenha em mais nada, enquanto

Rousseau parece não colocar limites ao governo desde que este esteja a desempenhar o preceituado pela vontade geral, quando deliberada por uma maioria livre e igual, condição suficiente para o funcionamento da comunidade política.

(...) Liberdade, igualdade e democracia serão os conceitos estruturantes do constitucionalismo europeu. Curiosamente, o primeiro a ser incorporado e praticado em termos constitucionais foi o de liberdade. Desde o século dezanove que pontifica como elemento central. Enquanto a democracia apenas se espalhou ao longo de século vinte, e na sua forma mais aprofundada, somente a partir da segunda metade desse século. Quanto à igualdade, é um conceito mais difuso, e por isso se a ideia de igualdade perante a lei, tem andado de mãos dadas com o triunfo da liberdade, um conceito mais completo de igualdade, se tal é possível, tem tido algumas dificuldades de afirmação.

Além de terem afirmações temporais diferentes, os próprios conceitos também têm dificuldades de explanação óbvias. O que é a liberdade? O ponto de partida dirá que a liberdade consiste na inexistência de obstáculos ao desenvolvimento da acção individual. Isto é, somos livres se pudermos agir sem impedimentos. Mas também se tenta definir liberdade com referência a um objectivo, valor ou ideal. Por exemplo, somos livres se aderirmos à Igreja e cumprirmos os seus preceitos. Ou como referia Rousseau, a nossa liberdade determina-se pela capacidade de participarmos na definição da vontade geral e na submissão à mesma. O problema desta definição é que historicamente, em nome deste tipo de liberdade se têm cometido as maiores arbitrariedades sobre o indivíduo, debaixo da capa do interesse colectivo ou bem comum. Por outro lado, uma visão mais pragmática sempre dirá que não adianta ter possibilidade de acção se não temos meios para essa acção. Aqui propõe-se ligar a liberdade à capacidade económica. Quem é pobre não tem liberdade porque não pode agir. Sempre se dirá que agir pode sempre, o que poderá acontecer é não alcançar os objectivos a que se propõe. Mas tal não será uma questão de liberdade. A generosidade dos conceitos torna-os inúteis.

Talvez maiores dificuldades, ainda, se coloquem ao conceito de democracia. Se entendermos democracia como a tomada de decisões por voto maioritário, então esta é coeva da introdução do liberalismo moderno. Mas a questão é: voto maioritário de quem? De um modo geral só a partir de meados do século vinte é que toda a população teve

direito de voto. Até lá a capacidade de voto estava remetida aos proprietários e pessoas com interesses relevantes na comunidade. Excluídos estavam as mulheres, os negros, os pobres, etc. Por isso se costuma dizer que durante muito tempo existiu liberdade sem democracia.

Outra questão que se levanta é acerca da força do voto maioritário. Um voto maioritário obriga a todos, maioritários e minoritários. Embora a resposta genérica seja afirmativa, existem muitas gradações. Já Locke defendia a necessidade de os direitos básicos serem respeitados. Por isso parece claro que a democracia é mais que a simples decisão maioritária. Impõe também o respeito pelos direitos fundamentais do indivíduo. Por isso, o autor contemporâneo americano Dworkin (1996,17 e ss.) afirma que a democracia consiste no tratamento igualitário de todos os cidadãos. E que se tal em princípio se consegue pela adopção de decisões por maioria, outras vezes para proteger os direitos iguais de pessoas iguais haverá que afastar as decisões das maiorias e deixar actuar outros mecanismos como os judiciais. Portanto a democracia deverá ser entendida como um conceito compreensivo e complexo envolvendo a decisão por maioria, a protecção dos direitos fundamentais e o tratamento igualitário dos cidadãos. Tal como na definição de liberdade parecerá que a generosidade dos conceitos acaba por implicar a sua inoperância ou mesmo esvaziamento. Se se entende liberdade como a possibilidade de acção sem obstáculos, então talvez se deva entender democracia como a tomada de decisões pela maioria dos votos de determinada comunidade, remetendo a questões dos direitos dos indivíduos e da protecção das minorias para os conceitos de liberdade e igualdade.

Finalmente, a igualdade, que tem também dois sentidos muito óbvios. Segundo o primeiro, somos todos seres humanos iguais, por isso temos que ter um tratamento igual face à lei e ao governo. Um outro sentido, mais arrojado, procura uma igualdade socioeconómica advogando a redistribuição da riqueza para atingir esse desiderato. Se o primeiro sentido de igualdade é razoavelmente consensual e está na base dos contratos/pactos sociais fundadores do moderno constitucionalismo, já o segundo sentido tem implicações muito mais discutidas. John Rawls (1971) tentou explicitar este sentido nos termos de uma sociedade não socialista dizendo que se deveria, para se obter justiça social, maximizar o valor da liberdade do menos afortunado membro da sociedade, se necessário redistribuindo o rendimento dos ricos para os mais pobres. Rawls vê-se, assim, a defender um conceito de liberdade abrangente(...). Como tem sido referido, estes conceitos mais

generosos tornam-se redundantes pervertendo por vezes as boas vontades iniciais. Até que ponto se deverá redistribuir o rendimento, sem que isso ofenda a liberdade de cada um? Até que ponto ao tirarmos a uns para dar a outros não os estamos a tratar de forma desigual? Estas são questões a que levam os conceitos compreensivos.

Então, talvez seja melhor depurar os conceitos e apreender a sua radicalidade original. Liberdade é acção sem obstáculos, democracia o voto por maioria e igualdade o tratamento semelhante de todos perante a lei e o governo. Mesmo assim não serão conceitos fáceis (...)

Texto 2 – Teoria da Constituição e Constitucionalização dos Direitos - Extractos de um Texto de MAURO R. DE MATTOS

O conceito de “Constituição” foi desenvolvido inicialmente pelos Gregos, que distinguiram o fundamento do Estado e as Leis simples, como forma de ordenar o poder e não permitir a instalação da anarquia na “polis”.

Aristóteles¹ (384 a.C.- 322 a.C.), filósofo pagão, através de suas inúmeras Obras influenciou os pensadores e a filosofia europeia ocidental com os seus escritos sobre a pobreza, em sua obra denominada “Política”, deixando várias composições literárias sobre a Teoria da Constituição, inclusive em sua “Constituição de Atenas”.

Pela filosofia, os Gregos foram expandindo suas ideias sobre o direito natural, anterior e posterior às leis escritas, a fim de melhorar a coexistência humana e tornar o homem mais feliz, uma vez que este compõe o Estado e portanto está predisposto à vida social.

Tendo a Constituição a função de Lei Geral, capaz de vincular o poder a uma regra pré-estabelecida, os inúmeros pensamentos filosóficos foram responsáveis pela sua instituição e pela respectiva humanização das formas de Governo e dos Tipos de Estado, visto que a concentração do poder pelo Monarca/Soberano já não poderia ser despótica, tirânica, opressiva e absolutista.

Partindo dessa premissa, Jellinek² afirmou que: “Todo Estado, pues, necesariamente ha menester de una Constitución. Un Estado que no la tuviera, sería una anarquía. El propio

¹ VERDÚ, Pablo Lucas. *Teoría de La Constitución como Ciencia Cultural*. 2. ed. Madrid: Dynkinson, 1998. p. 23.

² JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1943. p. 413.

Estado arbitrario, en el antiguo sentido, tiene necesidad de ella, tanto cuando se trata de un Estado despótico, como cuando se trata de un comité de salvación pública de índole democrática, del tipo francés de 1793. Es suficiente la existencia de un poder de hecho que mantenga la unidad del Estado para tener el mínimo de Constitución preciso para la existencia del propio Estado; mas por lo común, en los pueblos cultos existe un orden jurídico reconocido en principios de Derecho.”

Os Romanos também distinguem a Constituição do Estado e as disposições legislativas particulares, referindo-se à Lei Maior como *rem publicam constituere*.

O poder de modificar a Constituição foi atribuído nos momentos cruciais da história romana aos Magistrados extraordinários que possuíam poder constituinte, os quais reuniam de fato a outorga ilimitada da comunidade³.

Estas relações antigas foram importantes para as concepções modernas da natureza da Constituição do Estado, pois serviram para demonstrar o valor que têm “los principios constitucionales del Estado frente a las instituciones que se han desenvuelto ya de acuerdo con ciertos principios⁴.”

Portanto, o conceito de Constituição reconhecido em um primeiro momento na Idade Antiga em sentido material radiou a idéia de um poder constitucional romano ilimitado vinculado “a la colectividad soberana de los ciudadanos, y que há-de ser ejercitado por ésta libremente⁵.”

Esta filosofia foi divulgada pela “Escola de Direito Natural”, representada especialmente por Barão Samuel Von Pufendorf (1632-1694), historiador e jurista alemão, também conhecido pelo nome de Severinus de Monzambano (Para Pufendorf, no Estado de natureza só cabe a sanção moral, porque, como Hobbes, ele estima que a coação é um rótulo da sociedade civil.), John Locke (1632-1704), filósofo inglês e Christian Wolff (1679-1754) – este considerado o maior de todos os filósofos racionalistas dogmáticos alemães-, e se aplicou, primeiramente, nos Estados Unidos da América (1776 em diante) e depois, num segundo momento, no decorrer da Revolução Francesa (1789-1799), tida como a grande revolução burguesa, que ao seu próprio tempo utilizou-se da doutrina do “pouvoir constituant”, na qual todos os poderes do Estado possuíam o seu ponto de partida.

³ JELLINEK, Georg. Op. cit. ant., p. 414.

⁴ JELLINEK, Georg. Id.

⁵ JELLINEK, Georg. Id.

Com esse alcance, o conceito de Constituição é inseparável da própria essência do Estado, pois sem a sistematização de actividades da organização política de uma nação, ela não poderia subsistir⁶.

Assim, influenciada pela “Teoria do Direito Natural”, se verifica uma profunda investigação sobre os vários aspectos das “Leis Fundamentais”. E a doutrina popular do contrato social é acolhida por Thomas Hobbes (1588-1679), jusfilósofo inglês, precursor do positivismo jurídico, que funda sua Teoria doutrinária Política do Absolutismo do Estado em contradição com as exigências democráticas da época. A filosofia hobbesiana aceita a expressão de “Lei Fundamental” e a define como aquela norma que ao ser suprimida destruiria o corpo do Estado e daria oportunidade ao surgimento da anarquia e do despotismo. A “Lei Fundamental” se identifica, portanto, como contrato social, sobre o qual se funda o Estado, assim como com as consequências que se depreendem imediatamente dele. Este contrato, que se leva a efeito com o consentimento unânime, é poder inalterável enquanto o príncipe assim designar ou desejar.

Tanto Hobbes, como Pufendorf estimam que a “liberdade individual” está sempre condicionada às leis civis e às ordens emanadas por quem ostenta o poder *summum imperium* e, portanto, restringida aos interesses da República, de maneira tal que jamais o poder de um cidadão pode ser superior ou prevalecer sobre o da “*civitas*”.

Hobbes⁷ era o jusfilósofo mais aguerrido na defesa da unidade do poder estatal, como centro das decisões políticas e não pela vontade do povo. Ele afirmava que o princípio das desigualdades, tanto de riqueza como de poder ou de nobreza, eram produtos da lei civil, e que pela lei natural, que é o mesmo da lei moral, todos os homens hão-de ser considerados iguais.

Em seu contrato social ou pacto de sociedade, os homens renunciam a uma parte dos seus direitos, em prol do Estado, do poder político e do soberano⁸.

Suas ideias foram fundamentais para a evolução constitucional, desenvolvimento teórico do conceito de Estado e ideação da libertação dos cidadãos do jugo dos Governantes déspotas e Monarcas Absolutos, sendo Hobbes o primeiro dos pensadores políticos da Idade Moderna, a abrir caminho para a fundamentação/concretização do Direito e do Estado.

⁶ LIMA, Eusébio de Queirós. *Theoria del Estado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939. p. 407

⁷ ALONSO, Clara Álvares. *Lecciones de Historia del Constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons, 1999. p. 97

⁸ MARTINS, Ana Maria Guerra. *As Origens da Constituição Norte-Americana: Uma lição para a Europa*. Lisboa: Lex, 1994. p. 48.

Sucedem, que outros autores ingleses, também influentes na época áurea da filosofia defendiam o “governo limitado por leis”, sendo que as suas lições e pensamentos foram decisivos para o surgimento da primeira Constituição Norte-Americana, promulgada em 17 de Setembro de 1787.

Uma das grandes expressões da época, que recebeu uma verdadeira herança no plano filosófico – filosofia moral e política, jurídica e iusracionalismo – foi John Locke, criador e fundador de célebres lições em seus Tratados.

Sendo inclusive um dos fundadores do movimento intelectual iniciado na Inglaterra, no século XVII e difundido na Europa, denominado “Iluminismo”, que atingiu seu apogeu, principalmente na França, no século XVIII.

Desde as suas publicações, nos finais do século XVII, os Tratados Lockianos são conhecidos pelo vínculo que estabelecem entre propriedade e sistema político, elaborados a partir de sua interpretação do “pacto social de raiz popular”, onde o homem, no entanto, possui um conjunto de direitos naturais inatos e originários que não são delegáveis ao Estado, limitando deste modo o poder político.

Locke formula a mesma Teoria, divergindo apenas quanto ao aspecto democrático, quando afirma que o “contrato fundamental” determina a obrigação de se considerar a vontade da maioria como vontade própria. Via de consequência, a Inglaterra reconhece como fundamento natural o princípio da maioria para todas as classes de leis, não admitindo mais a distinção prática entre Leis Constitucionais e Leis Civis (simples).

Isto porque Locke⁹ acreditava e defendia que o poder político é uma qualidade dos homens em sua condição natural: “antes de, y con independencia de la existencia de una comunidad con un poder político institucionalizado, los hombres tienen capacidad para gobernarse a si mismos; la ley natural, como ley de la razón, enseña al hombre en su condición natural deberes que tiene que cumplir derivados de ser una criatura de Dios; como tales criaturas deben los hombres conservar su vida y la de los demás; también tienen los hombres en su estado natural un Derecho para juzgar y castigar a quienes no cumplan el deber – mutuo y recíproco – de respetar la vida, la libertad y la propiedad.”

A doutrina dos “direitos naturais dos homens” teve grande influência no constitucionalismo americano, que incorporou as ideias de Locke como forma de limitar o poder político. Tais

⁹ LOCKE, John. Dos Ensayos sobre el Gobierno. In: DOMINGO, Rafael (coord.). *Juristas Universales : Juristas Modernos ; Séculos XVI a XVIII*. Madrid: Marcial Pons, 2004. v. 2. p. 436.

princípios foram defendidos em um segundo momento por Charles-Louis de Secondat - Baron de la Brède - MONTESQUIEU (1689-1755), que preocupado com a liberdade individual dos homens, defendeu a “repartição do poder político” entre diversos órgãos do Estado. Os poderes deveriam estar separados para que, por meio deles, seus representantes não praticassem actos arbitrários e abusos que fossem prejudiciais aos cidadãos.

Assim, para MONTESQUIEU os três Poderes do Estado (Legislativo, Executivo e o Judiciário) não poderiam estar reunidos em uma só pessoa e deveriam ser repartidos por órgãos diferentes, com a finalidade de assegurarem a liberdade política de cada cidadão. Cada Poder do Estado seria responsável pelo desempenho de sua função, independentemente um do outro, não havendo supremacia e ou hierarquia de um sobre o outro.

De outra forma se conduziu a “Teoria do Direito Natural” na Alemanha, onde Pufendorf apesar de adepto, atenuou a doutrina de Hobbes, tendo também a adesão de Jakob Boehme, conhecido como Böhmer (1575-1624) e Wolff (discípulo de Leibniz), dentre outros, que transformaram o conceito de “Lei Fundamental” de um modo peculiar, no sentido de que ela era constitucional exclusivamente, mas também limitadora do poder do príncipe pelo povo. De sorte que a teoria posterior que identifica a “Lei Fundamental” como Constituição (Konstitutio nelle werfassung), manteve seus principais traços.

Immanuel Kant¹⁰ (1724-1804), de nacionalidade alemã e filósofo-professor parte de uma dualidade, tendo o direito como ciência: “es el conjunto de todas las leyes jurídicas, pero en la medida que denota legitimidad, estriba en la conformidad de la acción con la regla de derecho, siempre y cuando [...] la acción no contradigo a la ley moral”.

Portanto, Kant construiu a idéia de uma “Administração Moral” preocupada com o bem-estar dos cidadãos, tendo no Monarca o verdadeiro tutor dessa missão.

Pois bem, pela filosofia, através de grandes pensadores e jusfilósofos, o Estado foi tomando forma mais humanizada, pois a sociedade já não suportava mais conviver com o poder ilimitado, despótico e absoluto do Monarca.

Este processo histórico fez nascer o ideal de Constituição, como “Lei Fundamental” de uma nação, capaz de organizá-la política e socialmente, inclusive com a segurança/afirmação de liberdades, inicialmente burguesas, contendo certas garantias de liberdades gerais, como

¹⁰ ALONSO, Clara Álvarez. Op. cit. ant., p. 162.

explicitado por Carl Schmitt¹¹: “En el proceso histórico de la Constitución moderna, há prosperado tanto un determinado concepto de la, que desde el siglo XVIII, solo se han designado como constituciones aquellas que correspondían a las demandas de libertad.”

Nessa vertente, os séculos XVII e XVIII foram cruciais para que uma parte da Europa se libertasse dos resquícios norteadores do “Feudalismo”, regime este que vigorou durante a Idade Média, mais acentuadamente entre os séculos IX e XII, regendo no referido Continente – parte ocidental - a ordem política, social e económica, ou seja, ocorrendo a libertação da relação Rei (suserano dos suseranos)/Grandes Feudatários/Senhores Feudais /Suseranos /Vassallos/Servos/ Vilões, bem como dos princípios norteadores do “Absolutismo”, regime político no qual todos os poderes se concentravam nas mãos dos Soberanos e seus Ministros, ou seja, da relação despótica, tirânica entre Monarca e súbdito, para dar lugar a uma “Lei Fundamental” mais liberal.

Promulga-se então a primeira Constituição escrita no sentido moderno, que foi a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, visto que a Constituição inglesa não era escrita – predominantemente costumeira -, cujas normas são sempre incorporadas à legislação ordinária, constantemente em contínua adaptação.

A sua importância para o cenário político-ideológico-social da época na qual ocorreu a sua promulgação foi bem grande, pois a Constituição Americana foi a primeira “republicana” em um contexto onde reinava na Europa o domínio absoluto, tirânico e despótico da Monarquia, representando o Rei a fonte divina do Poder.

Surgiu, pela primeira vez, um sistema presidencialista¹² e também foi estabelecido, de forma pioneira, a fiscalização da constitucionalidade das leis¹³.

Como muito bem expressou Ana Maria Guerra Martins: “A Constituição Americana é um verdadeiro laboratório de ensaio vivo das teses político-filosóficas imperantes na época. Mas ao mesmo tempo é o resultado de um pragmatismo que não hesita em afastar as teorias sem que tal se afigure necessário e útil¹⁴.”

¹¹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de: Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1996. p. 59.

¹² MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17.

¹³ Aprofundar em: AMARAL, Diogo Freitas do. *Ciência Política*. Coimbra: Almedina, 1991. v. 2. p. 215

¹⁴ MARTINS, Ana Maria Guerra. Op. cit. ant., p. 17.

Portanto, apesar de ter um texto breve, (10 emendas), a Constituição Norte-Americana representa o repositório dos princípios fundamentais da soberania política, sem que ela desrespeite os direitos dos cidadãos. Pelo contrário, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos foram estabelecidos para que a nação se desenvolvesse de forma democrática e equilibrada, deixando para trás o modelo do Estado Absolutista, que via no súbdito um servo do poder do Monarca, absoluto e ilimitado.

Estes novos horizontes foram favoráveis para as mudanças constitucionais que se seguiram no curso da história.

Outro grande exemplo de mudança, incentivado pelo movimento iluminista no final do século XVIII, foi o Francês, “que levou os próceres da Revolução Francesa a redigir constituições segundo as teorias consideradas mais perfeitas. E quando uma constituição provava mal, procurava-se no arsenal filosófico nova doutrina para inspirar outra constituição¹⁵.”

Vigorava na França o poder ilimitado e absoluto do Rei, sendo que a Revolução Francesa (1789-1799), reduziu o respectivo poder, para torná-lo um mecanismo mais humano, comum e racional, em favorecimento do cidadão.

Todo pensamento político-social-ideológico da Revolução Francesa está fulcrado em seu primeiro documento escrito, qual seja, a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, votado na Assembleia Constituinte de 18 a 27 de Agosto de 1789, e promulgada em 26 de Agosto de 1789, ficando estabelecido em seu artigo 3º, que o princípio de toda soberania residia essencialmente na nação ...[3. “Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation; nul corps, nul individu ne peut exercer d’autorité qui n’en émane expressément.”], bem como no seu artigo inaugural foi preconizado que todos os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, sendo que as distinções sociais só podem estar fundamentadas na utilidade comum ... [Art. 1er. “Les hommes naissent et demeurent libres et égaux em droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l’utilité commune.”].

¹⁵ CAETANO, Marcello. *Direito Constitucional: Direito Comparado ; Teoria do Estado e da Constituição ; As Constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. 1. p. 126.

O princípio básico sobre o poder que a Revolução Francesa adoptou, incorporou as ideias, teses filosóficas e formulações ideológicas em especial, de François Marie Arouet, conhecido como Voltaire (1694-1778), Locke e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), sendo que este último filósofo, em seu “Do Contrato Social”, citado por García de Enterría, deixou assente que: “El soberano, que nos es mas que um ser colectivo, no puede ser representado mas que por si mismo: el poder puede trasmitirse, pero no la voluntad¹⁶.”

Pois bem, aos 3 de Setembro de 1791 foi promulgada a primeira Constituição europeia originada da Revolução Francesa, baseada nos ideais estruturais sobre o poder, estabelecido por uma Assembléia Constituinte, criada para tal fim. E de consequência, este exemplo constitucional, foi adoptado pelos demais países do Velho Mundo.

O Título III, da Carta francesa, intitulado -“Dos Poderes Públicos”- estabelece que a soberania é indivisível, inalienável e imprescritível, pertencendo a nação e não mais a um único indivíduo. O exercício do poder deixou de ser absoluto, para dar lugar a soberania da nação vinculada ao povo, de forma inseparável e permanente.

Surgiu, a seguir, a ideia fundamental do governo limitado pela lei, o do “régne de la loi”, criada pelo “corpo legislativo”, que era representado por uma única Câmara, renovado pelo sufrágio universal todos os anos. É de competência desta Assembleia propor as leis à aprovação popular, bem como fazer decretos elegendo um conselho executivo de 24 membros, responsáveis pela execução dos seus diplomas legais.

Estas experiências foram verdadeiras lições para a humanidade, que passou a ter na função política da Constituição, o estabelecimento de limites jurídicos ao exercício do poder, que de ilimitado e irresponsável, ficou vinculado às normas e dispositivos legais¹⁷.

Essa garantia constitucional, na visão de Hans Kelsen¹⁸: “significa generar la seguridad de que esos limites jurídicos no serán transgredidos. Si algo es indudable es que ninguna otra instancia es menos idónea para tal función, que aquélla, precisamente, a la que la

¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de. *La Lengua de los Derechos : La Formulación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*. Madrid: Alianza Editorial, 1999. p. 105.

¹⁷ KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*. Tradução de: Roberto J. Brie. Madrid: Editorial Tecnos, 1995. p. 5.

¹⁸ KELSEN, Hans. Op. cit. ant., p. 5.

Constitución confiere el ejercicio total o parcial del poder y que, por ello, tiene en primer lugar la ocasión jurídica y el impulso político para violarla.”

Assim, como a Constituição do Estado decide a unidade política de um povo¹⁹, ela delimita o poder, e estabelece uma orientação, em busca de um ideal, foi muito importante a fixação do “princípio da soberania popular”, como forma de limitar o poder, para evitar abusos.

Através da evolução dos tempos, tivemos grandes avanços no campo constitucional, pois o poder absoluto, despótico e tirânico passou a ser controlado por princípios até então ignorados.

Inicialmente, as Constituições, responsáveis pela geração de Poder Jurídico do Estado, ainda guardavam uma posição mais conservadora. A partir do século XIX, o Direito Constitucional foi considerado como ciência autónoma e sistematicamente ordenada, responsável pela transformação fundamental da estrutura jurídico-política tradicional, e que deu lugar a um sistema de normas e princípios valorativos, capazes de vincular todo o sistema legal²⁰.

Foi o ápice do Direito Constitucional que unificou a imagem jurídica do mundo, para a expansão de uma crença de que tal sistema representa uma fórmula definitiva da convivência harmónica-política-social, e de que era uma das grandes e definitivas intervenções da humanidade, afectiva e radicalmente vinculada ao progresso e a prosperidade dos povos, de maneira que o Estado atrasado que pretendia entrar na esfera da evolução legal e juridicidade, teria inevitavelmente que efectuar a implantação do regime constitucional em seus domínios.²¹

Surge, em um segundo momento, na Alemanha o “Positivismo” (escola filosófica fundada na França, no século XIX, pelo filósofo francês Isidore Auguste Marie François Xavier COMTE (1798-1857), introduzido por Gerber (1865) e Laband (1876) e em seguida, por Orlando (1888) na Itália, com influência nos demais países, inclusive fora do citado Continente, pois que os tratadistas franceses e ingleses nunca eliminaram as considerações de carácter filosófico, social, político e histórico, que deveriam guarnecer o sistema jurídico constitucional.

¹⁹ SCHMITT, Carl. Op. cit. ant., p. 29.

²⁰ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 41.

Com o estabelecimento da necessidade de uma constituição, o século XX revela uma crise na “Lei Fundamental”, que entre guerras e conflitos internacionais, teve que passar pela devida maturação, para dar lugar a uma concepção mais moderna e actual de uma verdadeira “Teoria da Constituição”, como forma de humanizar as relações dos povos e evitar que direitos e garantias fundamentais da sociedade fossem massacrados pelo Poder.

E surge, assim, no meio para o final do século XX, um Direito Constitucional clássico, que deu origem à actual “Teoria da Constituição” (...).²¹

21 PELAYO, Manuel García. Derecho Constitucional Comparado. Madrid: Alianza Editorial, 1993. p.29.

Capítulo II. O CONSTITUCIONALISMO E O PODER CONSTITUINTE

SUMÁRIO: O Constitucionalismo. Poder Constituinte e Reforma da Constituição - Conceitos e tipologia: Poder constituinte originário ou material; poder constituinte formal; poder constituinte derivado versus poder de revisão. Limitações formais e materiais do Poder Constituinte e do Poder de revisão.

1.Noção de Constitucionalismo

O **Constitucionalismo** é o movimento de carácter político e jurídico, de cunho liberal, que surgiu a partir das teorias iluministas e do pensamento político que serve de base à Revolução Francesa de 1789, desenvolvendo-se entre os finais do século XVIII e o término da Primeira Guerra Mundial, tendo por objectivo o estabelecimento de Estados de direito baseados em regimes constitucionais, isto é, fundados numa Constituição democrática, que delimita claramente a actuação do Poder Público, mediante a separação dos poderes, e assegura ampla protecção aos direitos dos cidadãos, impondo o exercício, no plano político, do chamado "governo das leis" e não o "governo dos homens".

O desenvolvimento ulterior do constitucionalismo fez com que este se erigisse numa teoria que estuda como as constituições foram criadas e se desenvolveram ao longo dos anos. Assim, na senda de Canotilho (2002), podemos definir o **Constitucionalismo** como a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado por normas superiores, indispensável à garantia de direitos e liberdades, como uma dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade.

Se, na Idade Média, a figura "Estado" confundia-se ainda, em larga medida, com a do Monarca, detentor de um poder supremo e absoluto (a sua soberania), que lhe permitia exercer o domínio sobre os demais e controlar o respectivo território, o Estado Moderno, que emerge a partir do século XVI, vai evoluir de um Poder Absoluto, em que a vontade do Rei ordenava a vida no território, sem qualquer limitação legal, para um Poder Soberano vinculado às normas constitucionais, enquanto regras supremas de ordenação do poder político e das relações sociais no Estado. Assim, como salienta Mattos (2005, p.13), "o Estado passou de Absoluto ao Constitucional, vinculando o poder ao Direito".

O Estado passa, então a apresentar-se como

“uma sociedade política com indefinida continuidade no tempo e *institucionalização* do poder significa dissociação entre a chefia, a autoridade política, o poder, e a pessoa que em cada momento tem o seu exercício; fundamentação do poder, não nas qualidades pessoais do governante, mas no Direito que o investe como tal; permanência do poder (como *ofício*, e não como *domínio*) para além da mudança de titulares; e sua subordinação à satisfação de fins não egoísticos, à realização do bem comum” (Miranda, 2002, p. 35).

2. Poder Constituinte

Na actualidade, o Estado rege-se por uma Constituição, ou seja, é um Estado Constitucional e, como tal, dotado de duas de suas qualidades descritas por Canotilho, a saber: “Estado de Direito” e “Estado Democrático”.

O **Estado de Direito** apresenta dois traços marcantes, como assinala Mattos (*Ibid.*, p.14): “limita o poder político pelo ordenamento jurídico, estabelecendo o governo de leis”; estabelece juridicamente “uma divisão de poderes, que hoje em dia é mais conhecido como divisão de funções”.

Porém, o Estado de Direito “exige uma conformação com a democracia, para que não seja violada a soberania popular” (*Ibid.*, p.14). Assim sendo, o Estado, na actualidade, não só é **Constitucional** mas é ou deve ser **Democrático**, de modo a que a “Lei Fundamental”, do mesmo passo que investe os poderes constituídos de “direitos e garantias de governabilidade”, estabeleça limites à actuação dos mesmos, ao elencar “princípios e normas voltados para a consecução do bem comum de todos” (*Ibid.*, p.14).

Ora, num cenário em que prevalece a soberana vontade popular (a soberania popular) na conformação da Lei Fundamental, “o poder constituinte possui grande representatividade” (Mattos, *Ibid.*, p. 15), visto que os representantes do povo são eleitos expressamente ou com mandato para o efeito.

Mas não é o que sempre acontece, pois, como remarcam Verde e outros (2011, p. 10), o poder constituinte, criado pela teoria moderna da Constituição, tem-se traduzido, bastas vezes, no “acto de força bruta que é, quase sempre, a criação de uma nova Constituição”, à revelia, portanto, do povo, em cujo nome esse poder é exercido.

Que vem a ser, pois, o **Poder Constituinte**? A este respeito, começamos por transcrever o que escrevem, em tom crítico, Verde e outros (*Ibid.*, pp. 10-12):

(...) “O **poder constituinte** é a autoridade ou força concreta que cria, garante ou elimina uma Constituição. O grande teórico deste poder, a propósito da Revolução Francesa é o Abade Syéiés, que considerava este poder

como ilimitado. Hoje a doutrina tende-o a ver como limitado pelas normas básicas de direito internacional. Este poder está nas mãos do povo. É o povo que decide sobre uma determinada Constituição. Embora para se fugir à ideia de povo como massa, manipulável plebiscitariamente, se tenha introduzido o conceito de povo como pluralidade, envolvendo os indivíduos enquanto tal, mas também as organizações, networks e instituições de que os indivíduos fazem parte, mas que formulam uma vontade própria e autónoma, chamando-se atenção para as estruturas de comunicação (Habermas) ou de deliberação (Ackerman) que permitam um diálogo informado e racional acerca das decisões políticas fundamentais.

Para que este poder constituinte se manifeste existem **procedimentos** que actualmente estão tipificados e que vão desde uma Assembleia Constituinte soberana, uma Assembleia Constituinte não soberana, uma ou várias convenções populares ou/e um referendo, que pode estar acoplado a uma projecto saído de uma Assembleia ou de outra autoridade qualquer.

Esta teoria é atraente e racional, mas contém muitos problemas inultrapassáveis. Analisemos dois casos. O primeiro é o da **Constituição da República Federal da Alemanha** (que se deve chamar Lei Fundamental ou Básica - *Grundgesetz* e não Constituição - *Verfassung*). Esta Constituição (de 1949), ainda hoje em vigor e com um vigor renovado, resultou da Segunda Guerra Mundial e foi imposta pelos aliados que, embora tenham entregue a sua redacção a um conselho parlamentar alemão, tiveram uma interferência determinante nas opções fundamentais, e obrigaram os alemães a modificar uma primeira versão que apresentava um poder executivo demasiado forte. O que apressadamente foi feito, com o auxílio de uma plêiade de juristas alemães a declararem que o resultado correspondia às tradições legais germânicas. Mas como muitos juristas alemães, a começar por um dos mais importantes, Carl Schmitt, declararam, anteriormente, que o Nazismo correspondia ao sentir concreto do povo alemão e por isso a legislação devia ser interpretada, segundo esse sentir concreto, i.e. segundo o Nazismo, as declarações dos juristas alemães têm o valor que têm. O que é facto é que *a Alemanha tem uma Constituição imposta, discretamente, pelos Aliados vencedores da Segunda Guerra Mundial. O povo alemão não teve muito a ver com o assunto...*

Menos discreto foi o General MacArthur, Comandante Supremo das forças ocupantes do **Japão**, também a seguir à Segunda Guerra Mundial. Perante uma proposta japonesa de Constituição que pouco mudava, pura e simplesmente deitou-a fora e mandou dois oficiais do seu Estado-Maior redigir uma Constituição que foi diligentemente aprovada por uma assembleia de Japoneses, eleita segundo regras fixadas pelos americanos. O poder constituinte da Constituição Japonesa foi o General MacArthur.

É certo que ambos os povos têm respeitado estas Constituições e votado ano após ano em eleições, segundo os métodos e para os órgãos previstos nelas, o que lhes dá uma legitimidade tácita. Mas, também é certo que o poder constituinte foi uma força militar e nada mais.

Na esfera constitucional, mais do que em qualquer lugar, o político, a força e o jurídico andam de mãos dadas, pelo que qualquer teorização dura o tempo de um regime...No fundo, o conceito de povo não passa de uma formalidade. Quem detém a força em determinado momento é que decide sobre a Constituição. Também há que referir que as Constituições que deveriam surgir depois de cuidadas e racionais ponderações, são, quase sempre, o fruto de situações de turbulência imensa em que a racionalidade e ponderação não abundam” (Fim de citação. Sublinhado nosso).

O poder constituinte é, de acordo com Marcelo Ribeiro de Sousa (1979, p. 59, *apud* Alves e Silva, 2010, p. 81), “o poder de elaborar as normas constitucionais, a faculdade de um povo definir as grandes linhas do seu futuro colectivo através da feitura da Constituição²²”.

“É o poder que em sentido amplo abrange a produção de todas as normas constitucionais, incluindo as de origem consuetudinária. Em sentido restrito, traduz apenas a elaboração das normas constitucionais escritas que são a trave mestra do ordenamento jurídico...” (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 81)

²² Marcelo Ribeiro de Sousa (1979). Direito Constitucional, I. (Policopiado). Lisboa: Faculdade de Direito, p. 59. Elementos de Estudo da Teoria da Constituição

O poder constituinte é, pois, um poder supremo, em que a soberania popular se realiza plenamente, posto que a entidade detentora do mesmo determina, pelo seu exercício, a sua opção global quanto ao futuro do Estado (Alves e Silva, *Ibid.*).

3. Poder Constituinte material e formal

O poder constituinte reveste duas modalidades, que se correlacionam com a acepção da *Constituição em sentido material* (segundo a qual, todo o Estado, pelo facto de o ser, tem, *ab initio*, de forma explícita ou implícita, um conjunto de regras superiores balizadoras da organização e do exercício do poder político, ou seja, uma Constituição) e da *Constituição em sentido formal* (como o conjunto de normas superiores aprovadas pelo órgão legislativo competente para reger no Estado): **poder constituinte material** ou originário e **poder constituinte formal**.

O **poder constituinte material ou originário** define-se como o “poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito” (Miranda, 2002, p. 517), que se erige, historicamente, como triunfante numa comunidade política que, ao adoptar “um novo sistema constitucional”, “fixa um sentido para a acção do seu poder” e “assume um novo destino (*Ibid.*, p. 519).

Conforme assinalam Alves e Silva (*Ibid.*, p. 82), o poder constituinte material é, lógica e cronologicamente, “anterior à Constituição” formal, pelo que não lhe está vinculado”, traduzindo-se na faculdade de dotar o Estado ex-novo de uma Constituição.

O poder constituinte originário possui três características, segundo Marcelo Rebelo de Sousa (1979, p. 61), citado por Alves e Silva (*Ibid.*, p. 85):

- “- **Inicial**, por não existir antes dele qualquer poder que lhe sirva de fundamento;
- **Autónomo**, por ser independente, só a ele competirá decidir se, como e quando elaborar a Constituição; e
- **Omnipotente**, por não estar subordinado a nenhuma regra de fundo ou de forma”.

Entretanto, “não é (...) todos os dias que uma comunidade política adopta um novo sistema constitucional”, mediante o exercício do poder constituinte originário ou material (Miranda, *Ibid.*, pág. 519). Tal acontece em momentos de “viragem histórica, em épocas de

crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher” (*Ibid.*, p. 519). Constituem exemplos peculiares desses momentos de viragem histórica a proclamação de um novo Estado e a revolução. No entanto, podem engendrar fenómenos constituintes uma mudança política na continuidade, uma reforma política *stricto sensu* ou uma transição constitucional (Miranda, *Ibid.*).

Para que se surja o poder constituinte material ou originário deve haver, pois, um contexto político de ruptura com a situação política ou o regime político até então vigente, com a respectiva tradução numa nova ordem constitucional. Neste caso, a entidade determinante do conteúdo essencial dessa Constituição é a entidade (força política ou social, movimento militar ou popular, monarca, órgão, grupo, etc.) que influencia a mudança política.

O poder constituinte material exprime-se, então, nos contextos em que “um Estado surge de novo, ou é restaurado, ou sofre uma transformação radical da sua estrutura”, aparecendo, assim, “dotado de uma Constituição – de uma Constituição material a que se seguirá uma Constituição formal ou de uma Constituição material já acompanhada da Constituição formal” (Miranda, *Ibid.*, p. 522).

Uma vez estabelecida uma nova ideia de Direito, ou seja, exercido o poder constituinte material, segue-se a respectiva formalização, “que se traduz ou culmina no acto da decretação da Constituição formal ou acto constituinte *stricto sensu*” (Miranda, *Ibid.*, p.532), mediante o exercício do **poder constituinte formal** pelo órgão competente (assembleia constituinte ou com poderes constituintes).

Poder constituinte formal é, assim, o poder outorgado a um órgão de aprovar a Constituição formal, vista como um conjunto de normas jurídicas superiores escritas pelas quais se rege o Estado e às quais se subordinam as demais normas do ordenamento jurídico-estadual. Nas palavras de Alves e Silva (*Ibid.*, p. 85),

“Poder constituinte formal é o poder de elaborar as normas constitucionais escritas, de criar um complexo normativo ao qual se atribui a força de Constituição”

Todavia, se, como vimos, Miranda (2002) admite a possibilidade de o poder constituinte material se fazer acompanhar do poder constituinte formal, coincidindo praticamente os momentos de adopção da Constituição material e da Constituição formal, a sequenciação não é necessariamente imediata, ou seja, a Constituição formal, aprovada

pelo órgão legislativo competente, pode não surgir em conexão imediata com a Constituição material decorrente da instauração da nova ideia de Direito na comunidade política. Como refere Miranda (*Ibid.*, p. 532-533),

“É muito mais frequente abrir-se um processo, variavelmente complexo e longo, tendente à sua preparação e à redacção do respectivo texto. E esse processo não só carece de ser regulamentado como – em caso de revolução – implica a necessidade de organização provisória do Estado até à entrada em funcionamento dos órgãos a instituir pela Constituição formal”.

A aprovação da Constituição formal culmina, pois, um processo de preparação e elaboração, que pode ser mais ou menos longo, envolvendo, por vezes, negociações políticas e consultas ao povo, nomeadamente sob a forma de referendo. Até à aprovação da Constituição formal, com a efectivação do poder constituinte derivado ou formal, existe, pois, um período em que, a par da Constituição em sentido material, pode haver normas constitucionais provisórias, de valor reforçado em relação às demais normas do ordenamento jurídico.

Conforme elucida Miranda (*Ibid.*, pp. 533-534):

“Chama-se pré-Constituição, Constituição provisória ou, sob outra óptica, Constituição revolucionária, ao conjunto de normas com a dupla finalidade de definição do regime de elaboração e aprovação da Constituição formal e de estruturação do poder político no interregno constitucional, a que se acrescenta a função de eliminação ou erradicação de resquícios do antigo regime. Contrapõe-se à Constituição definitiva ou de duração indefinida para o futuro como pretende ser a Constituição produto final do processo constituinte (...) Por vezes, a pré Constituição define os princípios por que deve pautar-se a Constituição formal a elaborar subsequentemente: foi o caso da França em 1958 ou da África do Sul com a Constituição interina de 1993 (com a qual foi depois confrontada a Constituição definitiva de 1996 pelo Tribunal Constitucional).

No exercício do **poder constituinte formal**, podem verificar-se três tipos de actos constituintes, segundo Miranda (*Ibid.*, pp. 535-537):

1) Actos constituintes unilaterais singulares, que podem ocorrer em contextos de legitimidade monárquica ou democrática, com ou sem pluralismo, de forma provisória ou não, como são, historicamente, os casos de: **(i)** outorga de uma Carta Constitucional por um monarca (França, 1814; Baviera, 1819; Portugal, 1826, etc.); **(ii)** decreto presidencial ou de um órgão executivo (Brasil, 1937); **(iii)** actos de autoridades revolucionárias ou constitutivas do Estado (Angola e Moçambique, em 1975); **(iv)** aprovação por assembleia representativa ordinária ou comum dotada de poder para o efeito (URSS, 1977); **(v)** aprovação por assembleia formada especificamente, mas não necessariamente apenas, para o efeito, denominada assembleia constituinte ou convenção (França, 1791, 1793,

1795, 1848 e 1875; Portugal, 1822, 1911 e 1976; Brasil, 1824, 1891, 1934 e 1946; (vi) aprovação por assembleia eleita simultaneamente como assembleia constituinte e como assembleia ordinária (Brasil, 1988);

2) Actos constituintes unilaterais plurais, assentes na legitimidade democrática, com mais ou menos pluralismo, combinando, de certo modo, institutos representativos e de democracia directa ou indirecta, como são os casos que se seguem: **(i)** aprovação por referendo de um ou vários grandes princípios ou opções constitucionais, com base nos quais é elaborada e aprovada a Constituição (podendo esse referendo ser prévio ou simultâneo com a eleição da assembleia constituinte), como aconteceu na Itália, em 1946, e na Grécia, em 1974; **(ii)** definição por uma assembleia representativa ordinária dos grandes princípios, elaboração do projecto de Constituição pelo Governo e aprovação final por referendo, como ocorreu em França, em 1958; **(iii)** elaboração por uma assembleia constituinte seguida de referendo, como na França, em 1946, e na Espanha, em 1978; **(iv)** elaboração por órgão provindo da Constituição anterior, com subsequente aprovação popular (França, 1799, 1801 e 1804); **(v)** elaboração por autoridade revolucionária ou órgão legitimado pela revolução, seguida de referendo (Portugal, 1933; Cuba, 1976; Chile, 1980; Turquia, 1982);

3) Actos constituintes bilaterais ou plurilaterais, em que se aprovam as Constituições *pactícias*, ou seja, Constituições que decorrem de um pacto ou contrato, nomeadamente entre a assembleia ou povo e o rei ou entre o órgão do poder federal e os estados membros na União. Tais são os casos de: **(i)** elaboração e aprovação da Constituição por assembleia representativa, com sujeição a sanção do monarca (Noruega, 1814; França, 1830; Portugal, 1838; Prússia, 1850); **(ii)** aprovação da Constituição por assembleia representativa, seguida de ratificação pelos Estados componentes da União (EUA, 1787).

4. Poder constituinte derivado ou poder de revisão

Além do poder constituinte originário, pelo qual se adopta ex-novo, uma Constituição, existe o **poder constituinte derivado** que, de acordo com Alves e Silva (*Ibid.*, pp. 82), corresponde ao “poder de revisão”, move-se “dentro dos quadros constitucionais e é uma faculdade concedida pela Constituição”, ou seja, decorre desta.

Assim, assinalam as autoras (*Ibid.*, pp. 82-83), o poder constituinte derivado:

“...É um poder constituído, tal como são todos os restantes poderes criados pelo poder constituinte originário; o legislativo, o executivo e o judicial. É o poder de rever a Constituição existente para corrigir imperfeições ou colmatar lacunas ou para a adaptar à evolução da sociedade.”

Como ainda remarcam as mesmas autoras, citando Canotilho (1986, p. 100, *apud* Alves e Silva, *Ibid.*, p. 83), “só em sentido impróprio se pode chamar ao poder de revisão poder constituinte”.

De facto, Canotilho (2002, pp. 1045-1046) sustenta “a superioridade da função constituinte em relação à função de revisão”, sem que com esta posição defenda a ideia liberal de uma “constituição imorredora e universal”, nem tampouco a “ideia de *constituição ideal*, alheia ao seu plebiscito quotidiano, à alteração dos mecanismos constitucionais derivados das mutações políticas e sociais e indiferente ao próprio “sismógrafo” das revoluções”.

Deste modo, “o que o legislador constituinte pode, porém, exigir do poder de revisão é a solidariedade entre os princípios fundamentais da constituição e as ideias constitucionais positivadas pelo poder de revisão” (*Ibid.*, p. 1046), posto que, como defende Zagrebelsky (*apud* Canotilho, *Ibid.*, p. 1046), “o poder de revisão baseia-se na própria constituição; se ele a negasse como tal, para substituí-la por outra, transformar-se-ia em inimigo da constituição e não poderia invocá-la como base de validade”.

Canotilho sustenta ainda a sua posição em Pedro Veja (1988, p. 236), para quem “ainda que se entenda como competência da competência, o poder de revisão nem por isso deixa de ter seu fundamento na constituição, diferentemente do que corre com o poder constituinte que, como poder soberano, é prévio e independente do ordenamento (*In* Canotilho, *Ibid.*, p. 1046).

De notar que Alves e Silva distinguem entre poder constituinte originário e material. Assim, se as suas definições de poder constituinte originário e poder constituinte formal coincidem, no essencial, com as definições precedentes, apresentadas, nomeadamente,

por Miranda, já o poder constituinte material é conceituado por estas autoras como a “faculdade de seleccionar de entre normas materialmente constitucionais as que devem sê-lo também de um ponto de vista formal” (*Ibid.* p. 85).

Deste modo, depreende-se da abordagem das autoras que o poder constituinte material é inerente tanto ao poder constituinte originário, na acepção de Miranda, como ao poder constituinte formal e, até mesmo, ao poder de revisão, que Miranda e Canotilho não conceituam como verdadeiro poder constituinte mas apenas como poder constituído, característica que Alves e Silva, de resto, também lhe atribuem (*vide supra*).

A respeito da natureza do poder de revisão constitucional, Alexandrino (2007, pp. 7-8) formula dez postulados jurídicos, a saber:

- 1º) Não existe identidade de natureza entre o poder constituinte e o poder de revisão constitucional;
- 2º) O poder de revisão, enquanto poder constituído, está heteronomamente subordinado aos limites de revisão (designadamente aos materiais) que previa e superiormente lhe foram fixados;
- 3º) Ainda que susceptíveis de possuírem distinta abrangência (podendo designadamente referir-se a princípios, a complexos normativos, a instituições ou a disposições específicas) e mesmo distinta qualidade, substância político-constitucional e consistência normativa, os limites materiais constituem proibições permanentes e absolutas, cuja violação coloca a lei de revisão constitucional *extra ordinem* (não podendo, em todo o caso, excluir-se a diversidade estrutural e até a possibilidade, numa Constituição em concreto, de algum ou alguns dos limites expressos escaparem à função típica conceptualmente associada à ideia de limite material, enquanto essência da Constituição material, garantia do núcleo identitário da lei fundamental, essências que garantem identidade de uma ordem constitucional histórico-concreta);
- 4º) As normas de limites materiais constituem normas de valor hierarquicamente superior às restantes normas constitucionais;
- 5º) Pesem embora as exigências de selectividade e diferenciação, não pode deixar de presumir-se o conteúdo útil e a relevância jurídica de todos os limites materiais expressos;
- 6º) Os limites materiais não protegem necessariamente toda a Constituição material, dado que, olhando a História constitucional e o Direito comparado, se limitam a proteger algumas das linhas mestras (...) do âmbito potencial daquela;
- 7º) Por razões lógicas, os limites materiais protegem núcleos duros, princípios, essências, mas não a extensão ou a concreta expressão constitucional de um determinado domínio regulativo;
- 8º) São múltiplas as funções desempenhadas pelos limites materiais, desde uma função de clarificação da positividade de (certos) limites, uma função de individualização (para efeitos de controlo da constitucionalidade) dos conteúdos normativos infringidos e uma função de advertência política, até à função de assinalar a superioridade (*Höherrangigkeit*) normativa dessas mesmas disposições de limites (desde logo, na qualidade de proibições e de normas de competência negativa, na medida em que o legislador de revisão nem está autorizado a ofendê-las, nem a revogá-las);
- 9º) Os limites materiais não são a única fórmula, nem talvez a mais eficaz, de garantir os conteúdos identificadores da Constituição;
- 10º) É razoável a orientação geral segundo a qual – numa ordem constitucional livre e democrática, dado o inerente efeito de compressão do princípio da soberania popular, no quadro do que seja funcional e estruturalmente requerido por cada sistema constitucional concreto – os limites materiais devem ser objecto de interpretação e de aplicação restritivas”.

5. Limitações materiais e formais do poder constituinte

Se há autores, como Siyès²³ que, de acordo com Alves e Silva (*Ibid.*), negam a existência de quaisquer limites ao poder constituinte originário, quer formal, quer material, pois este poder é onipotente (tese da onipotência do poder constituinte), actualmente, tal entendimento não colhe, entendendo-se que, se é certo que “não existem limites ao poder constituinte formal, já se considera inaceitável uma independência absoluta do poder constitucional material (*Ibid.*, p. 85).

Efectivamente, se não se pode impedir o legislador constituinte de formular livremente as normas constitucionais, certo é que certas normas, a serem consagradas, por exemplo, na Constituição de Cabo Verde de 1992 (v.g. desigualdade dos cidadãos face à lei, família poligâmica, tortura, proibição da liberdade de expressão, de manifestação, de religião de pluralismo político, etc.), tais normas seriam formalmente constitucionais mas materialmente inconstitucionais, por porem em causa os direitos e liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos, que constituem fundamentos do Estado de Direito Democrático e, como tais, limites materiais do poder constituinte, incluindo o poder de revisão constitucional.

Distinguem-se os limites do poder constituinte e os limites do poder de revisão constitucional. Falemos de uns e de outros sucintamente.

5.1. Limites do poder constituinte

Referindo-se aos **limites materiais do poder constituinte**, Miranda (*Ibid.* pp. 545-548) distingue três categorias, a saber: limites transcendentais, limites imanentes e, em certos casos, limites heterónomos.

Dirigindo-se ao poder constituinte material e, através deste, ao poder constituinte formal, “os **limites transcendentais** são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo), e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva” (Miranda, *Ibid.* p. 546).

Os limites imanentes são específicos do “poder constituinte formal, enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade (...); são os limites ligados à

²³ Vide brochura “Le Tiers État”, de Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), político e teórico francês.

configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da sua marcha histórica” (*Ibid.* p. 546). Assim, não se concebe, *v.g.*, que num Estado que pretenda continuar a ser soberano se consagre a sua anexação a outro Estado ou que, num Estado em que se assuma a legitimidade democrática, se prescreva o fim do sufrágio universal.

Os **limites heterónomos** estão adstritos quer ao poder constituinte material quer ao poder constituinte formal e provêm da “conjugação com outros ordenamentos jurídicos”. Referem-se, assim, a **(i)** “princípios, regras ou actos de Direito Internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado” (limites heterónomos de Direito internacional com carácter geral e específico, respectivamente); **(ii)** “regras de Direito interno, quando o Estado seja composto ou complexo e complexo tenha que ser, por conseguinte, o seu ordenamento jurídico” (*Ibid.* p. 547).

5.2. Limites do poder de revisão

Quanto aos limites do poder de revisão constitucional, Canotilho (*Ibid.*, pp. 1046-1055) distingue os **limites formais** e os **limites materiais** a que deve ater-se no processo de alteração de uma Constituição.

Os **limites formais** de modificação da Constituição prendem-se, normalmente, com as “várias formas de participação popular, na escolha do órgão a quem é atribuído o poder de revisão, na exigência de um *iter* processual mais complexo que o processo legislativo normal e no exercício temporal de revisão” (*Ibid.* pp. 1046-1047).

Os **limites materiais de revisão** constitucional assumem diversos aspectos:

a) **Limites materiais inferiores e superiores** – Para a distinção entre estes dois tipos limites há que elucidar se **(i)** uma lei de revisão pode inserir na Constituição qualquer matéria (limites inferiores) ou se **(ii)** poderão ser objecto de revisão todas as normas da Constituição (limites superiores).

Em relação aos **limites inferiores**, trata-se de saber se existirá ou não “reserva de matéria constitucional, obrigatoriamente plasmada sob a forma constitucional pelo legislador constituinte” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1050), pois a inexistência de tal reserva valerá como referencial de revisão da Constituição. Há alguns Constituições que admitem a sua

revisão total, com as de Suíça e dos Estados Unidos da América e outras que não admitem. No segundo caso, “costuma entender-se que a revisão total é um limite da revisão parcial”, o que significa que “uma alteração da constituição que surja como revisão total da constituição não pode ser efectuada pela via da revisão parcial” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1058)

Em relação aos **limites superiores**, a doutrina considera que “algumas normas da constituição não podem ser objecto de revisão”, por serem o “cerne da constituição” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1050), o que nos remete para o que se segue.

b) **Limites expressos e tácitos** – Por limites expressos entendem-se os “previstos no próprio texto constitucional” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1050). Assim, as Constituições seleccionam ou podem seleccionar matérias que, por serem consideradas como “o cerne material da ordem constitucional”, subtraem-nas da possibilidade de revisão constitucional (*Ibid.*, p. 1050).

No caso de Cabo Verde, o artº 290º da Constituição em vigor regula, do seguinte modo, os limites materiais de revisão constitucional:

1. Não podem ser objecto de revisão:

- a) A independência nacional, a integridade do território nacional e a unidade do Estado;
- b) A forma republicana de Governo;
- c) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico para a eleição dos titulares dos órgãos de soberania e do poder local;
- d) A separação e a interdependência dos órgãos de soberania;
- e) A autonomia do poder local;
- f) A independência dos tribunais;
- g) O pluralismo de expressão e de organização política e o direito de oposição.

2. As leis de revisão não podem, ainda, restringir ou limitar os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição.

Por vezes, as Constituições não contêm, expressamente, preceitos que limitam ou impedem a revisão, mas subentende-se que tais limites existem, ou seja, “há limites não articulados ou tácitos, vinculativos do poder de revisão”, os quais podem desdobrar-se em **limites textuais implícitos**, “deduzidos do próprio texto constitucional, e **limites tácitos**, imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1051).

c) **Limites absolutos e limites relativos** – “Todos os limites da Constituição que não podem ser superados pelo exercício de um poder de revisão” designam-se por **limites absolutos**, enquanto “os **limites relativos** são aqueles (...) que se destinam a condicionar o exercício do poder de revisão, mas não a impedir a modificabilidade das normas

constitucionais, desde que cumpridas as condições agravadas estabelecidas por esses limites” (*Ibid.*, p. 1053).

Como refere Canotilho, há quem conteste a existência dos limites absolutos, defendendo que os mesmos possam ser ultrapassados através da **técnica da dupla revisão**, em que, num primeiro momento, são revistas as próprias normas sobre a revisão constitucional, eliminando ou alterando os limites, e, num segundo momento, se procede à alteração da Constituição segundo o novo regime de revisão, procedimento que, por configurar “um sério indício de **fraude à Constituição**” (*Ibid.*, p. 1054), é, no mínimo, questionável.

SUMÁRIO: Revendo o conceito, a hierarquia e a relevância da Constituição. Funções da Constituição. Acepções ou sentidos da Constituição. Classificação das Constituições. Estrutura das Constituições. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição da de Cabo Verde. A Constitucionalização dos Direitos Humanos; os Direitos Fundamentais

1. Revendo o conceito, a hierarquia e a relevância da Constituição

Como assinala Miranda (1998), qualquer Estado, seja qual a sua natureza ou o tipo histórico a que pertença, tem Constituição, na medida em que necessariamente se faz acompanhar de uma institucionalização jurídica do poder. Em qualquer Estado podem encontrar-se normas fundamentais em que assenta o seu ordenamento

Todavia, só a partir do séc. XVIII se encara a Constituição como um conjunto de regras jurídicas definidoras das relações de poder, em moldes de limitação da actuação dos governantes e de legitimação ou validação dos actos do Estado.

A história do constitucionalismo traduz-se na luta por uma constituição limitativa do poder e de garantia dos direitos individuais.

A Constituição é, antes de tudo, um problema de poder²⁵ e, derivadamente, um problema de direito, pelo que não deve ser encarada como simples fenómeno jurídico, mas antes como uma síntese jurídica das realidades socioeconómicas e históricas de uma dada sociedade. Ela está condicionada pelos fundamentos económicos, sociais e políticos da sociedade, ou seja, pelo regime económico vigente e pelo carácter das relações sociais e políticas predominantes, ao mesmo tempo que condiciona, através das normas, as bases económicas e políticas da vida do Estado.

Em termos simples, a Constituição é o conjunto de normas jurídicas superiores do Estado, ou seja, a lei fundamental do Estado, a lei-mãe, a lei das leis; é a lei

²⁴ Este texto é uma adaptação do capítulo 6 do *Manual de Introdução ao Direito*, de Varela, Bartolomeu (2011, pp. 50-59), disponível em <http://unicv.academia.edu/BartolomeuVarela/>

²⁵ Encaramos aqui o Poder como a capacidade de tomar decisões ou, dito de outro modo, como a capacidade de decidir a própria conduta e influenciar a conduta alheia. No texto, refere-se ao Poder no sentido de **Poder Político**, que é a faculdade que uma Sociedade tem de, autonomamente, tomar decisões essenciais orientadoras da sua vida presente e futura. Quando o Poder Político é supremo e independente, diz-se Poder Político soberano ou, simplesmente, **Soberania**. Assim, há Estados que detêm Poder Político, mas não a Soberania.

suprema que regula a forma de governo e os principais fundamentais da organização e actividade dos órgãos do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos, as bases socioeconómicas do Estado e as garantias de salvaguarda da própria lei fundamental.

É uma lei superior que recolhe o fundamento da sua validade em si própria (princípio de auto-primazia organizativa); é uma norma de normas, a fonte primária de produção de normas jurídicas.

Todos os actos do poder Político e todas as demais normas jurídicas (normas infraconstitucionais) do ordenamento jurídico-estadual devem estar em conformidade com as normas e princípios constitucionais (princípio da primazia constitucional), sob pena de serem declaradas, mediante processo próprio, de inconstitucionais, ou seja, nulas e de nenhum efeito.

As normas constitucionais têm especial tipicidade e prosseguem fins e objectivos que as distinguem das demais normas do ordenamento jurídico estatal. Elas estão especialmente ligadas ao exercício do poder político através dos instrumentos dedicados a esse fim. Só as normas constitucionais têm hierarquia e legitimidade para regular questões essenciais que se prendem com o exercício do poder estatal, sua natureza, forma e conteúdo. Daí que a Constituição se apresente como manifestação jurídica da existência de um Estado, "o estatuto jurídico do político" (Canotilho, 2002, p. 1423).

Segundo o constitucionalista Jorge Miranda (Ibid., p. 58), a Constituição, porque é Direito, "é elemento conformado e elemento conformador da sociedade a que se dirige e é resultado e factor de integração política. Ela reflecte a formação, a cultura, a geografia e as condições económicas de um Povo e, simultaneamente, imprime-lhe carácter, funciona como princípio de organização, é conjunto de normas directamente aplicáveis, dispõe sobre os direitos dos indivíduos e dos grupos, racionaliza as suas posições recíprocas e perante a vida colectiva como um todo, pode ser agente de conservação ou de transformação... Vem a ser a sede dos valores jurídicos básicos acolhidos na comunidade política, a expressão mais imediata da ideia de Direito nela triunfante, o estatuto do poder político que se pretende ao serviço desta ideia, o quadro de referência recíproca da sociedade e do poder".

Se é certo, como assinala ainda Miranda (Ibid., p. 58), que o conceito de Constituição se converteu na época actual num “conceito neutro” (aberto a conteúdos políticos, económicos e sociais divergentes), é também verdade que a Constituição concreta de cada povo, enquanto estatuto da sua vida política, não é nem pode ser neutra, indiferente ou insusceptível de apreciação para o cidadão e para o jurista. Aliás, releva o autor, “nem tudo o que se apresenta como constitucional o merece ser, por perversão de valores” (Ibid., p. 58); outrossim, o poder constituinte não goza de uma ilimitada (irrestrita) liberdade de consagração ou não consagração de certas regras (v.g. não goza do poder de não respeitar os direitos fundamentais, que traduzem o essencial da dignidade humana)

2. Funções da Constituição

Quando analisamos a literatura especializada sobre o Direito Constitucional, encontramos uma diversidade de abordagens sobre as funções da Constituição, que podemos resumir da seguinte forma:

a) Função de ordenamento normativo da organização estadual, uma vez que determina com carácter vinculativo as competências dos órgãos de soberania e as formas e processos de exercício do poder;

b) Função de racionalização e limitação dos poderes públicos, ao consagrar a separação dos órgãos e a distribuição de funções;

c) Função de fundamentação de ordem jurídica da comunidade, servindo de parâmetro para as decisões do poder e estabelecendo os direitos fundamentais dos cidadãos;

d) Função programática, já que a Constituição pode conter um programa, com as tarefas essenciais a realizar pelo Estado.

Numa perspectiva marxista, costuma atribuir-se à Constituição as seguintes funções:

i) Função política – que se expressa, antes de tudo, pelo seu carácter classista, isto é, pelo facto de ela traduzir, em maior ou menor grau, os interesses das classes

que detêm o poder político e económico. A Constituição referenda as conquistas e os resultados da luta das classes ou grupos dominantes, cuja vontade determina o conteúdo essencial da lei fundamental;

ii) Função jurídica - que se manifesta em que a Constituição é o centro de todo o sistema ou ordenamento jurídico, estabelece os princípios mais importantes que servem de pontos de partida para todos os ramos do direito, ordenando-os num sistema único e coerente;

iii) Função ideológica - que se manifesta em que a Constituição referenda as concepções dominantes na sociedade em matéria de organização política do Estado, regime político e estruturação do poder, organização económica, social, etc, contribuindo para que a ideologia jurídica que exprime seja a dominante na sociedade;

iv) Função legitimadora - que se traduz em que, mediante a Constituição, o Estado moderno se acredita, ainda que o seu texto legal seja simples retórica;

v) Função organizativa, pois que a Constituição é a matriz organizativa do Estado, ao regular o sistema de funções e atribuições dos órgãos do poder e autoridades.

Destacamos, por último, a classificação de Canotilho (2002, pp. 1422-1425), que distingue cinco funções clássicas da Constituição, a saber:

a) Função de “revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política relativamente a princípios, valores e ideias directrizes que servem de conduta política nessa comunidade (*Ibid.* p. 1422);

b) Função de conferir “legitimidade a uma ordem política” e de dar “legitimação aos respectivos titulares do poder político”, assumindo-se, assim, “como estatuto jurídico do político” (*Ibid.*, p. 1423);

c) Função de garantia dos direitos e liberdades (“função garantística”) e de protecção dos mesmos, nomeadamente através da “limitação do poder” (*Ibid.*, p. 1424);

d) Função de estabelecimento da “ordem fundamental do estado” , conformando juridicamente a diversidade de órgãos interdependentes do Estado e estabelecendo a pirâmide do respectivo sistema normativo (*Ibid.*, p. 1425);

e) Função de “organização do poder político”, que se expressa tanto na criação dos “órgãos constitucionais - quer órgãos constitucionais de soberania, quer órgãos constitucionais simples”, como na definição das suas competências e atribuições (configurando, tendencialmente, o “princípio da tipicidade de competências”) e ainda no estabelecimento dos princípios estruturantes da sua organização (*Ibid.* p. 1425);

3. Acepções da Constituição

Lembrámos acima o conceito de Constituição. Todavia, o termo “Constituição” é definido por certos autores em vários sentidos:

a) Como ordem de formação e funcionamento dos órgãos do poder do Estado, independentemente da essência social do regime estatal estabelecido e sem ter em conta as bases deste regime (a lei, o costume, ou a coerção directa) nem a existência ou falta de formalização directa do mesmo e seu procedimento de alteração. Neste caso, a Constituição é entendida como estrutura das sociedades que sempre está constituída de alguma maneira (organização do trabalho, distribuição, relações sociais, políticas, ideológicas, etc.);

b) Como o procedimento da regulação jurídica das bases da vida do Estado. Neste sentido, a Constituição é o conjunto de normas jurídicas que legalizam as bases do sistema social e económico e da organização política da sociedade. Este procedimento foi aplicado pela primeira vez com as revoluções burguesas;

c) Como a Lei Fundamental do Estado, como o acto que regula as bases da vida estatal. Pode ser que o Estado não tenha a Constituição como uma Lei Fundamental única, sistematizada. Porém, desde a aparição da burguesia, existe sempre a Constituição no sentido do conjunto de normas que consolidam as bases da organização social e estatal.

De acordo com diversos autores, nomeadamente Miranda (*Ibid.*), a Constituição pode ser encarada de várias perspectivas, designadamente:

a) - Perspectiva formal - em que se atende à disposição das normas constitucionais ou do seu sistema em face das demais normas ou do ordenamento jurídico em geral. Assim, fala-se da **Constituição em sentido formal**, como conjunto de

normas formalmente qualificadas de constitucionais e revestidas de força jurídica superior à de quaisquer outras normas;

b) – Perspectiva material - em que se atende ao objecto, conteúdo ou função da Constituição. Assim, fala-se da **Constituição em sentido material**, como conjunto de normas que se referem aos fins e titularidade do poder político, órgãos que o exercem e direitos que o limitam. Por outras palavras, existe Constituição sentido material quando se está perante normas (escritas ou não, e até dispersas que versem matéria considerada constitucional (estabelecimento e funcionamento das instituições políticas, regulamentação do sistema de governo, direitos individuais e sociais, etc.

c) - Perspectiva institucional, em que se fala de **Constituição institucional**, porque qualquer Estado, por ser Estado, e seja qual for o seu sistema político, a implica, porquanto possui normas jurídicas superiores que regulam a formação e o funcionamento das instituições do Estado;

d) - Perspectiva instrumental, em que se toma a Constituição como o documento onde se inserem ou se depositam normas constitucionais. Neste sentido se fala de **Constituição em sentido instrumental**, como todo e qualquer texto constitucional, seja ele definido material ou formalmente, ou como qualquer texto que contenha normas formal ou materialmente constitucionais. (Assim, p. ex., apesar de os documentos legislativos da Inglaterra que versem matéria com dignidade constitucional, não exprimirem uma constituição formal, pode considerar-se, em sentido amplo, que o Reino possui uma constituição em sentido instrumental)²⁶.

e) - Perspectiva substancial (que pode reconduzir-se à perspectiva anterior), em que se toma a Constituição como fonte originária do ordenamento jurídico, como fundamento de validade das demais normas jurídicas estaduais. Assim se tem o **conceito genético da Constituição**, como conjunto das normas cuja validade ou eficácia não se fundamenta em nenhuma outra do mesmo ordenamento jurídico, como conjunto de normas conexas com o exercício do poder constituinte que,

²⁶ Na definição de Alves e Silva (2010, p. 57), “**Constituição em sentido instrumental** é o documento onde se inserem ou depositam as normas constitucionais”. Em sentido amplo, será “todo o texto constitucional, seja ou não em sentido formal”; em sentido estrito, “é o texto chamado Constituição e aqui depende sempre da existência de uma Constituição em sentido formal”.

portanto, não podem deixar de se ligar à definição do Estado e do poder político em geral.

4. Classificação das Constituições

Atendendo à sua forma, e retomando conceitos já abordados, as Constituições podem ser escritas e naturais.

As **Constituições escritas** são aquelas que existem como documentos à parte e podem corresponder a estados federados ou unitários. Normalmente, toda a Constituição é escrita.

As **Constituições naturais** são aquelas que são formadas por vários actos aprovados em distintos períodos, separados às vezes por séculos inteiros, como é o caso da Inglaterra: Carta Magna (1215), *Bill of Rights* (1689), *Bill of Parliaments* (1911), Estatuto de Westminster (1931), etc. Também na Suécia e outros países.

Fala-se também em **Constituições não escritas** (constituições consuetudinárias) como aquelas em que determinados costumes, usos ou convenções regem para o Estado como lei fundamental mas que não estão formulados por escrito. Obviamente, as constituições consuetudinárias só podem ser constituições materiais, como salientam Alves e Silva (200).

Georges Burdeau, citado por Marcelo Rebelo de Sousa (1979), faz a distinção entre a **Constituição consuetudinária** e o **Costume constitucional**, entendendo este último como o costume que nasce e vigora num Estado onde vigora uma Constituição escrita, servindo este apenas para cobrir zonas não abrangidas pela Constituição escrita. Em Inglaterra, onde o Costume e a Lei escrita estão no mesmo plano, encontramos uma **Constituição mista** (Alves e Silva, *ibid.*)

As constituições consuetudinárias só podem ser constituições materiais, como salientam Alves e Silva (2010).

Tendo em conta que o Costume é uma fonte de Direito, as constituições os sistemas constitucionais podem ser classificados, em função do grau de importância que neles é atribuída ao costume, distinguindo-se, assim, sistemas constitucionais **consuetudinários**, **semi-consuetudinários** e **subsidiariamente consuetudinários** (Sousa, Rebelo, 1979, apud Alves e Silva, 2010).

Outras classificações da Constituição são:

- **Constituição de facto e Constituição de jure** - Por Constituição de facto entende-se a própria organização do Estado; qualquer Estado a tem. Constituição de jure é a fonte formal ou jurídica do poder, o documento ou a soma de documentos que determinam as bases do poder do Estado.

- **Constituição material e Constituição formal** - Entende-se por *Constituição material* a constituição de facto, a situação material (política, económica, etc.) que caracteriza a vida no Estado; *Constituição formal* será o texto escrito ou formalmente vigente como contendo a lei fundamental do país.

- **Constituições flexíveis e rígidas** - Constituições **flexíveis** (ou brandas) são aquelas leis fundamentais que podem ser emendadas sem nenhum trâmite especial, com certa facilidade, seguindo-se o “mesmo processo adoptado para a elaboração de leis ordinárias”, como foi o caso da Constituição italiana de 1947); Constituições **rígidas** são aquelas cuja revisão encontra maiores dificuldades, requerendo procedimentos e requisitos especiais, nela previstos, ou seja, obedecem a um processo específico e “distinto do processo legislativo ordinário” (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 67), tal como acontece com a maioria das Constituições vigentes, como as dos E.U.A, de Portugal e de Cabo Verde. “A Constituição **semi-rígida** é aquela que certa parte pode ser revista por processo análogo ao legislativo ordinário e noutra parte só mediante um processo específico” (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 67), como chegou a ser o caso da Constituição brasileira de 1824, não havendo notícia da vigência actual de constituições desta natureza.

- **Constituições federais e unitárias** - Por **Constituição federal** entende-se a Constituição que referenda uma estrutura federal de Estado, ou seja, regula o regime político vigente nos países que constituem uma federação. **Constituição unitária** é a que recolhe uma estrutura unitária de Estado, isto é, regula o regime político vigente num Estado unitário.

- **Constituições políticas e jurídicas** (segundo Ramon Infiesta, citado por Fidel Castro) – As constituições políticas são as constituições reais, de facto e materiais. As constituições jurídicas são as formais.

5. Estrutura das Constituições

Modernamente, defende-se a tese de que uma Constituição tem de possuir determinada estrutura. Tomando como modelos a Constituição americana de 1787 e a francesa de 1791 e 1793, esta tese distingue 4 partes essenciais numa Constituição, a saber:

1 - PREÂMBULO - Parte inicial ou introdutória, em que se pode fazer a exposição dos fundamentos, das razões da adopção de determinada (e não de outra) Constituição, reflectir o contexto político-histórico em que se adopta a constituição e abordar os princípios gerais do texto constitucional. No Preâmbulo procura-se explicar o texto constitucional, convertendo-o em algo mais do que uma selecção de normas legais supremas e se lhe dá o carácter de manifesto político programático.

2 - PARTE ORGÂNICA - Parte da Constituição em que se estabelece a organização do Estado, os diferentes órgãos e instituições que o integram, a forma do Estado e o sistema de governo, enfim o mecanismo de exercício do poder político.

3 - PARTE DOGMÁTICA - Parte da Constituição em que se consagram os direitos fundamentais, as liberdades e garantias dos cidadãos.

4 - CLÁUSULA DE REFORMA - Parte final, em que se apresenta, com maior ou menor detalhe o procedimento para se modificar a Constituição. Tem a sua razão de ser no facto de que a lei das leis não pode estar sujeita aos mesmos procedimentos de criação e revisão que uma lei ordinária. É nesta parte, a partir da maior ou menor facilidade de revisão constitucional, que se obtém elementos para se classificar uma Constituição de rígida, semi-rígida e flexível.

A ordenação das diferentes partes nem sempre é a mesma, podendo a parte dogmática anteceder a orgânica (v.g. países socialistas) ou o contrário.

Outrossim, nem sempre uma Constituição apresenta as 4 partes. Assim, encontramos Constituições sem Preâmbulo (v.g. as primeiras da Rússia comunista e da URSS), sem a Parte Dogmática (v.g. a dos EUA, que só veio a incorporar esta parte através de uma das chamadas Emendas) e, inclusive, sem a Cláusula da Reforma.

Por outro lado, há Constituições, como a cabo-verdiana de 1992, que, além das 4 partes acima referidas, inclui outras (v.g. parte económica...).

No entanto, não encontramos Constituições sem a Parte Orgânica, já que a Constituição regula fundamentalmente a organização estatal.

6. Estrutura e conteúdo sumário da Constituição de Cabo Verde

A Constituição actualmente em vigor em Cabo Verde data de 1992, sendo a sua última versão a resultante de uma lei de revisão de 2010.

A Constituição de 1992 caracteriza-se por um elevado grau de densidade normativa, isto é, constitui um texto relativamente longo, que inclui, a começar, um Preâmbulo, seguido de um conjunto de 295 artigos, divididos em 7 partes essenciais.

Parte I - Princípios Fundamentais (artigos 1º a 14º);

Parte II - Direitos e deveres dos cidadãos (artigos 15º a 90º);

Parte III - Organização Económica, Financeira e Fiscal (artigos 91º a 94º);

Parte IV - Do exercício e da organização do Poder Político (artigos 95º a 118º);

Parte V - Da organização do Poder Político (artigos 119º a 269º);

Parte VI - Das Garantias de Defesa e da Revisão da Constituição (artigos 270º a 292º);

Parte VII – Disposições Finais e Transitórias (artigos 293º a 295º).

6.1. Preâmbulo:

No Preâmbulo da Constituição, faz-se uma síntese histórica do processo político cabo-verdiano desde a proclamação da Independência, caracteriza-se o contexto em que se aprova o novo texto constitucional e se faz a apresentação, em linhas muito gerais, da filosofia, natureza e missão da nova Constituição da República. O texto preambular não tem conteúdo normativo.

6.2. Princípios fundamentais:

Na sua 1ª parte (Princípios Fundamentais), a Constituição caracteriza a República de Cabo Verde (república soberana, unitária e democrática; república que se

organiza em estado de direito democrático); definem-se os elementos conformadores do Estado (poder político, cidadania, território); traçam-se as tarefas fundamentais do Estado (o núcleo programático da Constituição); define-se a simbologia da República (a bandeira, as armas e o hino); estabelecem-se os parâmetros essenciais das relações internacionais do Estado Cabo-verdiano, enfatizando-se o respeito pelos princípios da independência nacional, do respeito pelo Direito Internacional e pelos Direitos Humanos, da igualdade entre os Estados, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados, da reciprocidade de vantagens, da cooperação com todos os outros povos, da coexistência pacífica, da defesa do direito dos povos à determinação e independência, do apoio à luta dos povos contra quaisquer formas de dominação, da instauração de uma ordem internacional justa e capaz de assegurar a paz e a amizade entre os povos, etc. (cf. artigos 1º a 14º).

6.3. Direitos e deveres fundamentais

Na sua 2ª parte (artigos 15º a 90º), a Constituição de Cabo Verde apresenta um catálogo alargado dos direitos e liberdades fundamentais, a par dos deveres fundamentais, que constituem a chamada parte dogmática da lei fundamental, integrando:

1º Direitos, liberdades e garantias, que incluem:

- a) Direitos, liberdades e garantias individuais;
- b) Direitos, liberdades e garantias de participação política e de exercício da cidadania;
- c) Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores;

2º Direitos socioeconómicos e culturais;

3º Deveres fundamentais.

6.4. Organização económica e financeira

A parte 3ª da Constituição cabo-verdiana (artigos 91º a 94º) inclui a chamada “constituição económica” do Estado, que referenda as bases essenciais dos sistemas económico, financeiro e fiscal do Estado.

6.5. Organização e exercício do Poder Político

As partes 4ª e 5ª da Constituição (artigos 95º a 269º) constituem a chamada “parte orgânica”, onde se regulam as formas e os princípios gerais do exercício do poder político e bem assim a organização do poder político, com o elenco dos órgãos, suas competências e metódica de funcionamento.

6.6 Garantias de defesa e da revisão da Constituição

A 6ª parte integra, além da chamada “cláusula da reforma” (regras de procedimento para a revisão da Constituição), as garantias de defesa da Constituição, as bases em que se processa a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade e bem assim algumas disposições transitórias que normalmente resultam da adopção de uma lei constitucional.

6.7. Disposições finais e transitórias

Esta última parte apresenta um conjunto de normas que vigoram durante um período relativamente curto (período de transição), até à criação de condições para a aplicação efectiva e integral das opções constitucionais assumidas no novo texto constitucional aprovado.

7. A Constitucionalização dos Direitos Humanos. Os Direitos Fundamentais

Na actualidade, a democraticidade das Constituições é aferida, em larga medida, pelo grau de acolhimento no seu articulado dos Direitos Humanos.

Como se referiu atrás, a Constituição cabo-verdiana possui um catálogo alargado de direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos. A elevada densidade normativa da chamada parte dogmática da Constituição cabo-verdiana (76 artigos) traduz a preocupação de nela serem amplamente vertidos os Direitos Humanos, colocando o país no pelotão da frente dos Estados democráticos, em que os órgãos do poder político e a actuação das autoridades têm como referencial incontornável da sua actuação a salvaguarda da dignidade da pessoa humana nas suas diversas formas de manifestação.

Devemos diferenciar os “Direitos do Homem” e os “Direitos Fundamentais do Homem” expressões muitas vezes coincidentes e, por isso, utilizadas como sinónimas, como elucidaremos em seguida.

7. 1. Direitos Humanos

Os Direitos do Homem são os direitos aceites como válidos por toda a Humanidade (para todos os povos e todas as épocas), com base no carácter inviolável, intemporal e universal da natureza da pessoa humana. Derivam da natureza da pessoa humana, fazem parte da essência da Humanidade (entendida aqui como uma comunidade de gerações presentes e futuras).

Fazendo parte da essência da Humanidade e sendo conaturais ao próprio Homem, os Direitos Humanos têm por objectivo a protecção da personalidade humana na sua dimensão social e impõem limites à autoridade e soberania dos Estados modernos.

Os Direitos Humanos têm um carácter universal e indivisível e a Comunidade Internacional possui organizações (como a Amnistia Internacional) e normas, tratados ou convenções que visam a sua protecção ou salvaguarda (como a Declaração Universal dos Direitos do Homem)

A condenação generalizada da pena de morte, da tortura e da prisão por motivos políticos ou religiosos, do racismo e da xenofobia, do genocídio e da violação do princípio da autodeterminação dos povos constitui expressão do combate universal em prol da promoção dos Direitos Humanos.

Fazendo parte da essência da Humanidade e sendo conaturais ao próprio Homem, os Direitos Humanos têm por objectivo a protecção da personalidade humana na sua dimensão social e impõem limites à autoridade e soberania dos Estados modernos.

7.2. Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais do Homem são a consagração dos Direitos do Homem, garantida pelos Estados aos seus cidadãos através das respectivas Constituições ou Leis Fundamentais. São os Direitos do Homem em vigor num ordenamento jurídico concreto num dado momento histórico.

Assim, os Direitos Humanos têm maior ou menor consagração no direito positivo dos Estados.²⁷ No entanto, o direito positivo só tem efectividade numa sociedade se se fundamentar em valores aceites pela generalidade dos cidadãos e que, decorrendo da própria natureza humana (Direito Natural²⁸), servem de referencial para a conformação do Direito positivo vigente.

Assim, os direitos fundamentais integram o chamado direito objectivo enquanto conjunto de normas gerais e abstractas que se destinam a ordenar a vida em sociedade.²⁹

Os Direitos Fundamentais costumam ser divididos, em função da época histórica em que surgiram, em quatro gerações:

1ª Geração – Direitos Civis e Políticos – Tem como referências históricas a Declaração da Virgínia (Estados Unidos da América, 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) e inclui, entre outros, os direitos à vida, à integridade física, à identidade pessoal, à cidadania, ao bom nome e à reputação, à liberdade e à segurança, à liberdade de expressão de opinião, de reunião, associação e manifestação, à liberdade de pensamento, consciência e de culto, o direito de defesa, direito de contrair matrimónio e de constituir família, direito de voto, de participação na vida política, de acesso a cargos públicos, de constituir ou participar em associações e partidos políticos, direito à greve e liberdade sindical, etc., etc.);

²⁷ Direito positivo “é constituído pelo conjunto das normas jurídicas efectivamente em vigor, em dado momento e em dada comunidade” (Ana Prata).

²⁸ **Direito Natural** é o direito justo por excelência, fundado na natureza humana e ou que tem origem na vontade divina. O Direito Natural teria assim por função dar legitimidade ao Direito Positivo (ordenamento jurídico) que, por sua vez, para ser respeitado como válido deve conformar-se com os princípios do Direito Natural, entendido como:

- aquilo que é devido como justo em virtude da natureza das coisas (Lei Natural);
- as normas emanadas da vontade divina;
- os direitos subjectivos que todos os homens, enquanto pessoas, devem desfrutar (Direitos Fundamentais, Direitos Humanos).

²⁹ O direito objectivo, assim definido, identifica-se com o conceito de direito positivo, já apresentado.

2ª Geração – Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Emergem entre o século XIX e início do século XX, e incluem direitos ao trabalho, à iniciativa económica privada, à propriedade privada, à segurança social, à protecção da saúde, à habitação, à protecção da família, à protecção da paternidade e da maternidade, à protecção da infância, à educação e formação profissional, ao desporto e à cultura física, à fruição e criação culturais, etc., etc.). Algumas das referências históricas são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Russa de 1919.

3ª Geração – Direitos dos Povos e da Solidariedade (direitos dos povos à autodeterminação e à soberania, à paz e ao desenvolvimento económico, aos seus recursos naturais, a uma nova ordem política, económica e internacional mais justa e equitativa, à paz e à segurança internacionais, a um meio ambiente equilibrado, etc. Como marcos referenciais desta geração, citam-se, entre, outros documentos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e a Declaração Universal dos Direitos dos Povos (1976).

4ª Geração – Direitos ao ambiente e à qualidade de vida. Tendo como uma das referências a Carta da Terra ou a Declaração do Rio (1992), esta geração de direitos enfatiza os direitos dos homens e dos povos a uma vida saudável, em harmonia com a natureza, o direito a um ambiente saudável e ao desenvolvimento sustentável, etc.

Vê-se que os direitos da 4ª geração constituem um desprendimento dos de terceira geração, com maior ênfase colocada à problemática do ambiente e da sustentabilidade do desenvolvimento. Fala-se, ainda, actualmente, numa nova geração de direitos emergentes da Sociedade de Informação, colocando-se a ênfase no combate à chamada infoexclusão. Preferimos, entretanto, considerar que tais direitos podem enquadrar-se nos da 4ª geração, posto que ainda se está na senda da salvaguarda da qualidade de vida.

Não basta, porém, que sejam formalmente consagrados os Direitos Fundamentais, o que acontece na maior parte dos Estados da actualidade. Mais do que reconhecer é mister garantir a efectividade dos Direitos e Liberdades Fundamentais. Neste particular, existe um caminho longo a percorrer, como o demonstram as notícias que, diariamente, são difundidas sobre a violação dos direitos mais elementares do homem, como o direito à vida, à liberdade, à integridade física,

ao nome, à liberdade, dignidade, etc., apesar da acção sistemática de denúncia da sua inobservância por parte de organizações internacionais e nacionais vocacionadas (Amnistia Internacional, Comissões Nacionais de Direitos Humanos...).

Por outro lado, o facto de os chamados direitos da 1ª geração, acima referidos, serem conhecidos por alguma doutrina como **direitos exigíveis** e os restantes direitos, em especial os socioeconómicos, como **direitos não exigíveis** (ou direitos sob reserva do possível) pode levar a algum laxismo dos Estados na promoção do segundo grupo de direitos, sem os quais a liberdade e a democracia ficam destituídas de conteúdo, por falta de um elemento substancial que é a justiça social ou igualdade de oportunidades no acesso efectivo a bens tangíveis de natureza socioeconómica.

O laxismo dos Estados a que se referiu tende ainda a agravar-se quando as Constituições, em sede da sua garantia e salvaguarda, incluem normas de fiscalização da constitucionalidade que desconhecem em absoluto o instituto da inconstitucionalidade por omissão, ou seja, por falta da diligência no sentido da promoção e da realização da constituição dogmática.

Capítulo IV. SISTEMAS E FAMÍLIAS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEOS

Sumário: Conceitos de ordenamento jurídico e de sistemas constitucionais; a coerência do ordenamento jurídico; perspectivas e método de estudo dos sistemas ou famílias constitucionais; génese e formação das principais famílias constitucionais contemporâneas; sistemas constitucionais não integrados em famílias; pluralidade versus dualidade de sistemas constitucionais.

1. Conceitos de ordenamento jurídico e de sistemas constitucionais

Quando nos referimos ao facto de, num dado país, existir e vigorar um conjunto harmónico de normas jurídicas, coerentes entre si e com a Constituição, gozando esta que da prerrogativa de primazia (posição hierárquica superior) em relação às demais normas, estamos a falar do **ordenamento jurídico**, sistema jurídico ou sistema jurídico-constitucional desse país.

Quando, da análise comparativa dos sistemas constitucionais de diversos países, constatamos entre eles afinidades, em termos formais e ou materiais (ou seja, no que tange às grandes opções, estrutura ou modelo adoptados pelas Constituições desses países), estamos a falar da existência de **sistemas constitucionais** da mesma família ou **famílias constitucionais**.

É desta última temática de que nos ocupamos, essencialmente, mas falemos, brevemente, da primeira, tendo em conta que não é razoável pensar-se numa família constitucional sem que cada um dos ordenamentos jurídico-constitucionais dos Estados obedeça a uma coerência interna, sob pena de se tornar inviável um esforço de comparação com os demais.

2. A coerência do ordenamento jurídico

Ao falarmos da coerência do ordenamento jurídico, tratamos de o identificar não apenas como uma simples unidade mas sim como uma unidade ou totalidade sistémica, isto é, como, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem,

no sentido de que os entes que o constituem não se encontram somente em relação com o todo mas também numa relação de afinidade entre si.

Deste modo, quando nos interrogamos se um ordenamento constitui um sistema, questionamos se as normas que o compõem estão num relacionamento de coerência entre si e em que condições é possível essa relação. Dito de outro modo, um ordenamento jurídico-constitucional constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis.

Esta coerência deve ser entendida numa dupla condição: a coerência como condição de validade e como condição de justiça do ordenamento jurídico-constitucional.

Na verdade, a existência de ANTINOMIAS, isto é, de normas incompatíveis entre si, é uma das dificuldades com que os juristas (e não só) se têm defrontado ao longo dos tempos. Daí que, para se considerar o ordenamento jurídico uma unidade sistêmica, a Ciência Jurídica não admite a persistência de antinomias, que devem ser suprimidas, em nome da coerência do sistema.

De acordo Bobbio (1997)³⁰, existem três regras fundamentais para a solução das antinomias:

A) O CRITÉRIO CRONOLÓGICO- Quando a antinomia se expressa através da existência de duas normas incompatíveis, que se sucedem no tempo, resolve-se essa antinomia através da regra da prevalência da norma posterior, que, assim, derroga a anterior.

B) O CRITÉRIO HIERÁRQUICO (ou de *lex superior*) - Quando nos defrontamos com duas normas incompatíveis no ordenamento jurídico, de diferente hierarquia, prevalece a norma que é hierarquicamente superior, quer dizer a que tem maior poder normativo. Consequentemente, as normas jurídicas hierarquicamente superiores revogam as de nível inferior, e nunca o contrário, isto é, as normas inferiores não podem revogar as superiores.

C) O CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE (ou de *lex specialis*)- Quando a autonomia se expressa pela existência de duas normas incompatíveis, sendo uma geral e outras

³⁰ Cf. Norberto Bobbio (1997). Teoria do Ordenamento Jurídico, 10ª Edição. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos

especial, em regra prevalece a segunda (a lei especial). É certo que, nem sempre existe uma incompatibilidade absoluta entre as normas de uma lei geral e as de uma lei especial, admitindo-se que, nos casos em que as normas de uma lei especial, de per si, não são capazes de resolver todas as questões que constituem seu objecto, aplicam-se, supletivamente, as normas da lei geral. Mas, neste caso, não existem propriamente, antinomias; as normas das duas leis são complementares entre si.

3. Perspectivas e método de estudo dos sistemas ou famílias constitucionais

Face à existência actual de cerca de duas centenas de Estados formalmente soberanos e, como tal, dotados de Constituições, não constitui tarefa fácil “surpreender um quadro suficiente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das coordenadas do Direito Constitucional, das tendências comuns e das aproximações possíveis para lá das dissemelhanças inevitáveis” (Miranda (2002, p.87), de modo a que possamos identificar, à escala global, os principais grupos de países cujas Constituições, por obedecerem, grosso modo, à mesma matriz, pertencem às mesmas famílias ou sistemas constitucionais.

Sendo difícil, essa tarefa é, todavia, necessária, havendo diversas perspectivas que se nos oferecem para tal fim, de acordo com Miranda (*Ibid.*, p. 87-88), a saber: (i) “o recurso à Teoria Geral do Estado”, comparando as matérias de Direito Constitucional com os conceitos mais ou menos gerais e abstractos da Teoria do Estado; (ii) o estudo da “tipologia das formas políticas”, procurando inserir as Constituições em esquemas classificatórios de formas de governo ou de sistemas de governo e fazer a respectiva descrição; (iii) “a observação de experiências constitucionais” de cada um dos países, como um todo, procurando conhecer a sua origem, os elementos políticos, económicos, culturais e religiosos que o condicionam, os seus traços actuais dominantes e as suas prováveis linhas de projecção futura; (iv) o estudo da “formação de sistemas e famílias de Direito Constitucional”.

É desta última perspectiva que nos ocupamos aqui, começando por abordar o método de formação das famílias constitucionais. A este respeito, diz Miranda (*Ibid.*, pp. 88-89:

“Quanto ao método de formação de famílias constitucionais consiste, por um lado, em examinar o Direito Constitucional de um país tal como se apresenta na sua realidade de sistema dotado de vida própria e, por outro lado, em tentar agrupar sistemas semelhantes ou afins num pequeno número de famílias ou tipos constitucionais”

Este método, assinala Miranda (*Ibid.*, p. 89), é “mais concreto que o primeiro, mais compreensivo que o segundo e mais estritamente jurídico que o terceiro” dos métodos acima referidos e apresenta três vantagens: (i) baseia-se no Direito Constitucional como um todo, embora tenha de escolher os elementos sobre que vai incidir a comparação”; (ii) encara o Direito Constitucional “integrado no sistema jurídico a que pertence” (iii) “visa descobrir a continuidade institucional” e, ademais, “a coerência actual de valores, conceitos e normas”.

Este método, que tem uma dimensão temporal e uma dimensão espacial (é tendencialmente universalizante), posiciona-se bem entre as diversas tentativas de agrupamento das ordens jurídicas no âmbito do Direito Comparado. Todavia, deve ser utilizado com cautela, como alerta o autor (*Ibid.*, p. 89), “por se terem tornado menos firmes os contornos de sistemas e famílias num mundo em constante mudança”. Para isso contribui o forte impulso da comunicação no contexto internacional.

4. Génese e configuração das principais famílias constitucionais contemporâneas

As constituições modernas, que emergiram, no século XVIII, a partir das Constituições dos Estados Unidos e da França, não deixam de reflectir, em larga medida, o fenómeno de circulação e comunicação no contexto internacional, de tal sorte que, quando se fala da Lei Magna de um Estado, não se refere apenas a um **texto** que tem a sua Constituição mas de um **contexto** de influências constantes entre as constituições.

É neste contexto de grande circulação de ideias, expressão de um grande movimento cultural e político, que as constituições se vão influenciando reciprocamente, formando “Famílias de Direito Constitucional” ou simplesmente “Famílias Constitucionais”, isto é, agrupamentos de constituições que possuem uma

matriz comum, como são os casos de família constitucional de matriz inglesa, de matriz norte-americana, de matriz francesa e, num passado ainda recente, de matriz soviética.

Segundo René David, citado por Miranda (2002), os meios ou requisitos a ter em conta no agrupamento das famílias jurídicas prendem-se com a *técnica jurídica* e a *comunidade de princípios*, devendo os dois critérios serem utilizados cumulativamente e não isoladamente, e numa perspectiva ampla que permita distinguir entre as características essenciais e as secundárias ou acessórias. Segundo o primeiro critério, o da técnica jurídica, “o Direito pertence à mesma família de outro, desde que o jurista seja capaz de lidar sem dificuldade com os conceitos, institutos e construções dogmáticas de qualquer deles”; de acordo com o segundo critério, o que releva para a conformação de uma família jurídica é a “comunidade de princípios filosóficos, políticos e económicos” (Miranda, *Ibid.*, p. 90). Assim, David distingue as seguintes famílias: “a família romano-germânica, os Direitos socialistas, o sistema de Common Law e os Direitos religiosos e tradicionais (muçulmano, da Índia, do Extremo oriente e da Ásia e de Madagáscar” (*Ibid.*, p. 90).

Por seu turno, Konrad Zweigert, também citado por Miranda (*Ibid.*, pp. 90-91), toma como critério de determinação das famílias constitucionais os “estilos” dos sistemas jurídicos, entendendo serem factores determinantes de certo estilo “ a origem histórica e a evolução do ordenamento, os modos de pensar dos juristas, os institutos jurídicos caracterizantes, as fontes de Direito e a sua interpretação e os factores ideológicos”. À luz deste critério, Zweigert o sistemas jurídicos romanístico, germânico, anglo-americano, escandinavo, dos países socialistas, do Extremo Oriente, islâmico e indiano.

Já Loewenstein, segundo Miranda (*Ibid.*, p. 91) formula a conhecida “contraposição (...) entre Constituições originárias e derivadas, sendo “originária” uma Constituição que contém um princípio funcional novo, verdadeiramente criador e, portanto, original para o processo do poder político e para a formação da vontade estadual e “derivada” aquela que segue fundamentalmente um modelo nacional ou estrangeiro”. A esta luz, Loewenstein distingue, no rol dos tipos originários de Constituição, “o parlamentarismo britânico, o sistema constitucional americano, o

constitucionalismo francês de 1793 (que produziu o tipo de governo de assembleia), as Constituições napoleônicas (que introduziram o cesarismo plebiscitário), a Constituição francesa de 1814 (de monarquia constitucional de base legitimista), a Constituição belga de 1831 (que reconciliou o princípio monárquico com a soberania popular) e as Constituições russas soviéticas de 1918 e 1924”.

O processo intelectual de agrupamento dos sistemas constitucionais em famílias constitucionais situa-se entre duas balizas, a saber: por um lado, “o sistema ou os sistemas constitucionais concretos e palpáveis na vida” e, por outro, “o sistema ideal e típico de que participam e que os influencia” (Miranda, *Ibid.*, p. 94). Tendo em conta o que se afigura como paradigmaticamente comum a vários sistemas constitucionais positivos, podemos, assim, constatar, como o faz Miranda (*Ibid.*), que os sistemas constitucionais canadiano e neozelandês são de matriz inglesa, pertencendo à família constitucional inglesa, do mesmo modo que o direito constitucional chinês e cubano são manifestações históricas do sistema constitucional soviético.

As famílias constitucionais englobam, assim, todos os documentos constitucionais que provêm de uma ideia comum de Constituição, sob a influência de uma comum Constituição originária ou, eventualmente, de uma Constituição que, embora derivada ela própria de outra, tenha exercido influência exterior. No entanto, como remarca Miranda (*Ibid.*, p. 93) “a pertença a uma família de sistemas constitucionais não acarreta a imperiosa coincidência de todos os sistemas acerca de todos os critérios de comparação de que nos sirvamos”, sob pena de se tornar inviável qualquer agrupamento de sistemas constitucionais.

As famílias constitucionais mais antigas (a britânica, a americana e, de certo modo, a francesa) têm uma génese semelhante, como veremos em seguida.

4.1. Sistema constitucional britânico

O precedente constitucional mais antigo de que se tem notícia é a **Carta Inglesa de 1215 (Magna Carta Libertatum)**, que surge não em virtude da consagração da ideia de defesa dos direitos básicos do homem, como a liberdade e a igualdade,

mas sim para impor limite ao rei João Sem Terra, proibindo-lhe a cobrança de impostos. A regulação dos impostos está, pois, na gênese do **constitucionalismo britânico**, constituindo a Magna Carta a primeira grande fase deste processo. As duas outras grandes fases do Direito constitucional são: no século XVII, a aprovação da Carta de Direitos (Bill of Rights), em resultado da luta entre o rei e o parlamento; no século XIX, a partir de 1832, com o alargamento do direito de sufrágio.

A constituição inglesa não constitui um texto escrito como tal, mas sim formada por um conjunto de costumes, precedentes e leis esparsas. Isso faz com que seja uma Constituição flexível, não necessitando de um processo legislativo especial para a sua modificação. Esse modelo foi disseminado para diversas regiões do mundo devido, nomeadamente, à colonização da América do Norte e ao imperialismo britânico. Os países que utilizam tal matriz constitucional são membros do Common Law, comunidade jurídica onde se evidencia a importância do costume e da jurisprudência, predominando o sentido liberal das normas constitucionais e a menor rigidez de algumas Constituições.

“O sistema britânico é o mais antigo e o mais sólido dos sistemas constitucionalistas” (Miranda, *Ibid.*, p. 95), caracterizando-se por não ter uma Constituição escrita, mas sim pelo legado da observância dos costumes como limitação do poder real, em favor dos direitos dos súbitos. A Inglaterra não teve uma monarquia absolutista como as outras do continente europeu, embora tenha passado por convulsões, como as de 1648 e 1699, ao passar “do Estado estamental para o estado constitucional representativo” (Miranda, *Ibid.* p. 95).

A instituição parlamentar teve a sua origem na Inglaterra. Montesquieu inspirou-se no sistema inglês para formular a sua concepção de separação dos poderes. Por seu turno, Norberto BOBBIO³¹ afirma categoricamente que é na Inglaterra que se desenvolve o ideal liberal de contenção do Poder – através da supremacia do Parlamento e da liberdade do indivíduo. Pode-se enumerar os seguintes instrumentos de contenção do poder real inglês, resultante das conquistas

³¹ In BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, 6a ed., São Paulo, Ed. Brasiliense, 1994, p. 50.

da Revolução puritana e da Revolução Gloriosa, no séc. XVII: Petition of Right (1628), Habeas Corpus Act (1679) e BILL OF RIGHTS (1689).

4.2. Sistema constitucional americano

Após a vitória dos ingleses sobre os franceses na Guerra dos Sete Anos, o Parlamento inglês aprovou a instituição de impostos a serem cobrados, pela primeira vez na sua história, aos colonos americanos, nomeadamente através das leis do açúcar (1764), do selo (1765) e de importação do chá, papel, vidro, tintas (1767), entre outras. Não habituados à interferência mínima do rei ou do Parlamento sobre suas vidas e seus negócios, os americanos revoltam-se. Assim:

a) As principais lideranças políticas das colónias reuniram-se no Primeiro Congresso Continental da Filadélfia, em Setembro de 1774, tendo redigido nessa ocasião uma **Declaração de Direitos**, reivindicando autonomia jurídica e económica, que, se não fosse atendida, conduziria ao rompimento com a Inglaterra.

b) No Segundo Congresso Continental da Filadélfia, em 1776, os representantes optaram pela independência e encarregaram o líder político Thomas Jefferson de redigir um documento oficializando a separação. Jefferson escreveu a **Declaração de Independência**, promulgada em 4 de Julho de 1776. As treze colónias confirmavam seu ideal de liberdade. Nascia, assim, um dos mais importantes textos da história, que inspirariam vários povos na sua busca incessante pela liberdade.

Refira-se, ainda, pela sua importância, a Declaração dos Direitos da Virgínia, de 12 de Junho de 1776, que se inscreve no contexto da luta pela Independência dos Estados Unidos da América e é de nítida inspiração Iluminista. Precede a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, que, também se inspira nos ideais do Iluminismo.

O Direito constitucional dos Estados Unidos tem, assim, a sua génese na Declaração de Direitos dos primeiros estados, na Declaração de Virgínia e na Declaração de Independência, culminando com a Constituição federal de 1787, tida, simultaneamente, por rígida e elástica, visto que a sua modificação requer um

processo complexo que envolve até mesmo a participação das assembleias estaduais, mas ao mesmo tempo tem sido adaptada pela acção dos tribunais.

A Constituição dos EUA exerce a função de lei fundamental e de pacto constitutivo da União e de garante do federalismo, caracterizado pelo Poder Constituinte de cada estado, pela igualdade jurídica entre estes e pela especialidade das atribuições federais, ou seja, tudo o que não for de competência própria do Estado federal passa a pertencer aos estados federados.

Refira-se que o texto original não trouxe os direitos fundamentais, sendo estes garantidos pelas emendas posteriores. Esse sistema de matriz americana foi difundido pelo mundo de maneira total (ainda que apenas na aparência) ou parcial. Os principais institutos exportados foram o federalismo, a fiscalização judicial da constitucionalidade e o presidencialismo.

Em todo o caso, é ponto assente que “as primeiras Constituições escritas em pleno sentido moderno e que incorporam já a filosofia jusnaturalista, aparecem (...) no continente americano”, como são “as Constituições das treze colónias que deram origem aos Estados Unidos da América e a Constituição Federal de 1787” (Miranda, *Ibid.*, p. 96).

Tanto o constitucionalismo britânico como o norte-americano ficaram, num primeiro momento, confinados aos seus países e, no caso da Inglaterra, às suas colónias.

Num segundo momento, o constitucionalismo americano serve de referência ao modelo adoptado pela América Latina no século XIX, principalmente pelo Brasil, que adopta o lema: “tudo que é bom para o Estados Unidos é bom para o Brasil”.

Apesar da influência britânica e francesa (Montesquieu), algumas contribuições próprias marcam o constitucionalismo norte-americano, *maxime* o federalismo, o governo presidencial e a fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais.

O constitucionalismo norte-americano reveste-se, assim, de uma forma própria, inspiradora de vários sistemas constitucionais: traduz-se numa Constituição sucinta e de longa duração, cujos princípios democráticos se vão adaptando ao tempo, em conformidade com os contextos de transformação do mundo

4.3. Sistema constitucional francês

Na análise das causas da **Revolução Francesa de 1789**, que viria a transformar o mundo, por meio dos ideais iluministas, evidencia-se a desigualdade jurídica entre os cidadãos, que era, de resto, prevista na lei: padres e nobres representavam, conjuntamente, apenas 2% da população, mas concentravam cerca de metade das riquezas e das terras do país, além de deterem o direito a todos os cargos de governo e a muitos outros privilégios outorgados pela Monarquia; o rei detinha o poder de oferecer o monopólio de certas actividades económicas, tanto para o Estado quanto para grupos, em particular, aliados da nobreza, da alta burguesia e do clero.

Mas é também o tributo causa de um dos mais importantes eventos em prol da luta pela liberdade em França. Com efeito, no período que antecede a Revolução Francesa, a sociedade não só se confrontava com um aparelho estatal dispendioso e controlado por uma nobreza parasita como pelo excesso de taxas, regulamentos e proibições, que inibiam novos negócios e provocavam a estagnação económica, tendo por consequências o desemprego e a miséria.

Influenciados pelas ideias liberais e democráticas de pensadores como Locke, Rousseau, Adam Smith e Voltaire, o povo e a burguesia, desejos de derrubar o Antigo Regime e estabelecer um Estado democrático, revoltam-se.

Estas revoluções tiveram um carácter originário, pois aboliram os preceitos, as normas ou as regras que regulavam o Antigo Regime, fazendo surgir uma ordem política baseada no constitucionalismo, nos marcos do capitalismo.

Os sistemas constitucionais de matriz francesa têm a sua génese, como vimos, a partir da revolução de 1789, que destronou a dinastia então vigente. Entretanto, a ordem constitucional criada não foi homogénea, tendo a França experimentado catorze Constituições ao longo de sua história. Essas mudanças foram marcadas ora pela predominância das ideias de Montesquieu (liberdade), ora pelo pensamento de Rousseau (máxima democracia).

Embora algumas diferenças tenham marcado os diferentes ordenamentos jurídicos deste país, o sistema constitucional de matriz francesa costuma primar pela garantia dos direitos individuais, pela soberania nacional e pela separação dos poderes.

Este sistema foi transmitido a outras nações europeias, principalmente logo após a Revolução de 1789 e depois da revolução de 1848. Também houve uma importação do modelo francês por uma série de países que conseguiram a sua independência dos impérios após a Primeira Guerra Mundial, assim como pelos países que sofreram o processo de descolonização que se seguiu ao fim da Segunda Guerra Mundial.

Segundo assinala Miranda (*Ibid.*, p. 96), “o constitucionalismo, como movimento revolucionário de vocação universal é em França, em 1789, que triunfa e é de lá que irradia” além-fronteiras, sendo de se relevar o contributo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que “não se dirige apenas aos franceses” mas sim “a todos os homens”.

4.4. Sistema constitucional soviético

Completamente diferente dos anteriormente referidos sistemas constitucionais, o **sistema constitucional soviético** teve o seu início com a revolução russa de 1917. A primeira Constituição surgiu no ano seguinte ao da revolução, com a afirmação dos princípios colectivistas. Foi a primeira Carta Magna que adquiriu um conteúdo não liberal. Depois dela, surgiram as Constituições de 1924, 1936 e 1977.

Como principais características, o constitucionalismo soviético assegurava o domínio de todo o poder pelo partido comunista, enquanto vanguarda consciente da classe operária e força política dirigente. Assim, o poder político não reside propriamente no povo nem nos órgãos do Estado, mas nessa “vanguarda” política. Na verdade, o principal traço distintivo do sistema constitucional soviético consiste no facto de que “toda a organização política, económica e social” subordina-se “aos objectivos de realização do socialismo e do comunismo, definidos pelo partido” (Miranda, *Ibid.* 96).

De facto, para lá da insurreição contra uma ordem imperial opressiva, a revolução bolchevique (soviética), iniciada em 1917, propugna a substituição do capitalismo pelo socialismo, segundo um modelo de regime político que, reflectido nas Constituições socialistas soviéticas de 1918 e 1924, é marcado por crescentes contradições, tanto ao nível do regime económico como no das liberdades políticas.

O modelo em questão foi utilizado pelos países que sofreram dominação directa da ex-União Soviética, como as repúblicas que a compunham, bem como pelos países por ela influenciados, como estados do leste europeu (Jugoslávia, Roménia, etc.), China e Cuba, entre outros. Depois de 1989 com a queda do muro de Berlim e, em 1991, com a queda do poder soviético, o sistema constitucional que o legitimava, entra em decadência, tendo-se convertido aos modelos constitucionais democráticos do ocidente capitalista a maior parte dos países do então chamado bloco socialista, com a excepção de China, Cuba e alguns países periféricos, que se apresentam como ditaduras disfarçadas de democracias de cariz “nacional-socialista”.

5. Sistemas constitucionais não integrados em famílias

Além da divisão tradicional, ainda existem os sistemas constitucionais não integrados em famílias, destacando-se, de entre eles, os modelos suíço, alemão, dos regimes fascistas e dos Estados asiáticos e africanos.

O **sistema constitucional suíço** é caracterizado (i) pelo federalismo cantonal, em que cada um dos estados (cantões) tem a aparência das polis (cidades-estados) da Grécia Antiga, (ii) pela prática de democracia directa em cinco dos menores cantões, (iii) pela consagração da prática da iniciativa popular e do referendo e (iv) pela flexibilidade da Constituição.

O **sistema constitucional alemão** referenda um Estado federal, com a representação inigualitária dos estados no parlamento federal e por um Executivo bicéfalo, com um Chefe de Estado e um Chefe de Governo. A segunda das três constituições alemãs – a famosa Constituição de Weimar – foi a primeira das

grandes constituições europeias a interessar-se pela questão social, em contraste com as constituições liberais que a precederam.

Os **sistemas constitucionais dos regimes fascistas** tinham por características em comum a exaltação da força, o culto ao Chefe de Estado, a ideologização da política e o partido de massas elevado à categoria de partido único, assegurando um regime de governo totalitarista.

Os **sistemas constitucionais dos estados asiáticos e africanos** têm estado a evoluir nas últimas décadas, com a generalização progressiva dos modelos formais de democracia ocidental, havendo, contudo, a assinalar, em diversos casos, a precariedade da unidade política e a dependência externa que, traduzindo a problemática económica e social neles existente, se reflectem ao nível da problemática jurídico-constitucional. Nestes sistemas constitucionais, as instituições tendem a moldar-se segundo o figurino institucional das respectivas ex-potências coloniais, com a tendência para a superação dos regimes nacionalistas revolucionários do período imediatamente a seguir à Independência. Apesar disso, são frequentes os casos de interferência das Forças Armadas na vida política, de autoritarismo e de manifestações de fundamentalismo islâmico.

6. O Constitucionalismo nos países da CPLP

No que diz respeito ao **Constitucionalismo na CPLP (Comunidade dos Países de Língua Portuguesa)**³², cabe referir que as actuais Constituições de Portugal e suas ex-colónias têm por fundamentos o pluralismo político-partidário, a democracia representativa, os direitos fundamentais e as liberdades políticas, valores esquecidos pelo regime colonial-fascista português, derrubado em 1974, e que podem evoluir no sentido da emergência de um possível sistema constitucional a nível da CPLP.

De referir, entretanto, que as **Constituições dos países africanos de língua oficial portuguesa** só acolheram o pluralismo político-partidário, aproximando-se, assim, do actual constitucionalismo português, a partir da década de 90, com a

32 Veja-se, a respeito, o recente trabalho de Rui Medeiros, *CONSTITUCIONALISMO DE MATRIZ LUSÓFONA: REALIDADE E PROJECTO*, In Observatório da Jurisdição Constitucional, nº 4, 2010/2011.

1

derrocada do campo socialista, cujo modelo predominante de organização política, assente, em regra, num partido de “vanguarda”, inspirou, em maior ou menor grau, as Constituições das antigas colónias portuguesas.

Com efeito, nos primeiros quinze anos de Independência destes países, as constituições apresentam como características um regime de partido único, uma organização económica de tendência colectivizante ou estatizante, uma insuficiente separação de Poderes e uma limitada garantia dos direitos e liberdades, em especial as liberdades políticas

Quanto ao **sistema constitucional brasileiro**, na actualidade, a sua principal contribuição é a prioridade com que trata os direitos fundamentais em relação às demais matérias. Na sua história, o Brasil conheceu oito Constituições, das quais quatro foram elaboradas de forma democrática (1891, 1934, 1946 e 1988) e quatro impostas de maneira autoritária (1824, 1937, 1967 e 1969).

Em relação ao **Constitucionalismo cabo-verdiano**, têm sido publicados trabalhos de interesse, que dão conta da sua evolução, desde a proclamação da Independência Nacional ao estágio actual³³. Nessa evolução, cabe referir, sumariamente, que a Assembleia Nacional Popular, eleita a 30 de Junho de 1975, na impossibilidade de dotar o país, no imediato, de uma Constituição em sentido formal, fez aprovar, no dia do nascimento do novo Estado, a Lei de Organização Política do Estado, que, pela sua natureza, se enquadra na concepção de Constituição em sentido material, ainda que não contivesse todas as partes que, doutrinariamente, devem, em princípio, integrar uma Constituição, mas apenas a parte orgânica, o que, de resto, encontra paralelo no Constitucionalismo de outros países, como o americano, por exemplo. A primeira Constituição formal foi aprovada em 1980, ainda na vigência da I Legislatura, tendo sofrido revisões em 1981, 1988 e 1990, e a segunda Constituição formal é a de 1992, adoptada através do mecanismo de revisão

³³ Cf., entre outros: Silva, Mário (2010) *As Constituições de Cabo Verde e Textos Históricos de Direito Constitucional cabo-verdiano*. Praia: Serviços Gráficos da Imprensa Nacional; Fonseca, Jorge (2011). *Cabo Verde: Constituição, democracia e cidadania*. Coimbra: Almedina; LIMA, Aristides (2004). *Estatuto Jurídico-constitucional do Chefe de Estado. Um estudo de direito comparado*. Praia: Alfa Comunicações; ÉVORA, Roselma (2001). *A Abertura Política e o Processo de Transição Democrática em Cabo Verde*: Praia Spleen Edições...

total da Constituição de 1980 e objecto de revisões em 1995, 1999 e 2010. Outro aspecto relevante a salientar no Constitucionalismo cabo-verdiano prende-se com a natureza do sistema político, que de monopartidário, durante os primeiros 15 anos de Independência, passa a pluripartidário, com a revisão constitucional de 1990, aprofundando-se, na Constituição de 1992, a opção pelo constitucionalismo democrático, em processo de consolidação no país.

Sem a pretensão de se proceder aqui a uma análise detalhada e substancial das opções constitucionais dos países da CPLP³⁴, pode, contudo observar-se que, do ponto de vista do ordenamento constitucional formal, existem, actualmente, a par da diversidade de conteúdos, importantes similitudes nos textos constitucionais dos estados-membros da CPLP. Assim, e tal como se pode constatar a partir da análise do quadro comparativo em anexo, cabe ressaltar o seguinte:

- a) A densidade normativa das Constituições dos países da CPLP varia de país para país. Por ordem decrescente, os países cujas Constituições têm o maior número de normas são: Brasil (com 347 artigos, incluindo 97 disposições constitucionais transitórias), Moçambique, Portugal, Cabo Verde e Angola, Timor-Leste, São Tomé e Príncipe e Guiné-Bissau (com 133 artigos).
- b) Em termos de estrutura interna, as diversas constituições contêm, entre outras, a parte dogmática (direitos, liberdades e garantias fundamentais), a a constituição económica (normas sobre a organização económica, financeira e fiscal), a parte orgânica (organização e exercício do poder político) e o clausulado de garantia e revisão da Constituição.
- c) Os países cujas constituições apresentam menor densidade normativa na sua parte dogmática (direitos, liberdades e garantias dos cidadãos) são os de Brasil (13 artigos) e Guiné-Bissau (35 artigos), o que, de per si, não deve conduzir à conclusão de que os direitos fundamentais são menos observados nestes países, pois não existe, necessariamente, uma relação de causa e efeito

³⁴ A evolução e a situação actual do Constitucionalismo nos países da CPLP são objecto de trabalhos de pesquisa (orientada) dos estudantes da Universidade de Cabo Verde, no âmbito do estudo da unidade curricular de “Teoria da Constituição”, que actualmente leccionamos.

- entre o acolhimento formal dos direitos humanos nas constituições e a sua efectiva observância ou garantia na prática.
- d) A forma unitária de Estado é a que predomina nos países da CPLP, sendo Brasil o único Estado federal.
 - e) A República é a forma de governo acolhida pelas oito Constituições.
 - f) O sistema de governo é presidencial em Angola, Brasil e Moçambique e misto (semi-presidencial) nos demais países.
 - g) Consoante o sistema de governo, variam os órgãos de soberania, ainda que sob designações diferentes. Assim, nas Constituições dos diversos países existem o Parlamento, o Presidente da República e os Tribunais, enquanto o Governo não existe, como órgão de soberania, no Brasil e em Angola, nos quais o Presidente da República assume a Chefia do Executivo, não elevado à condição de órgão de soberania. De notar que, em Moçambique, apesar de vigorar um regime presidencial, existe um Governo, cuja chefia é acumulada pelo Presidente da República.
 - h) O Parlamento é bicameral no Brasil, denominando-se Congresso Nacional, que é integrado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado federal; nos demais países, o Parlamento é unicameral, denominando-se Assembleia da República em Portugal, Moçambique e São Tomé, Assembleia Nacional em Angola e Cabo Verde, Assembleia Nacional Popular na Guiné-Bissau e Parlamento Nacional em Timor.
 - i) Tanto o Parlamento como o Presidente da República são eleitos por sufrágio universal, directo e secreto, registando-se em Angola uma situação típica em relação á eleição do Presidente da República: é considerado eleito Presidente da República o cabeça de lista, pelo círculo nacional, do partido político ou coligação de partidos políticos mais votado. Salvo em Angola, a eleição do Presidente da República ocorre de forma autónoma, mediante um sufrágio a duas voltas
 - j) O mandatado parlamentar é de cinco anos nos diversos Estados, com a excepção do Brasil, em que os Deputados e os Senadores têm mandatos de 4 e 5 anos, respectivamente. É, igualmente, de cinco anos o mandato dos

Presidentes da República, com a excepção do Presidente Brasileiro que tem um mandato de quatro anos. Em todos os países da CPLP, existe limitação do número de mandatos, que não podem repetir-se, sucessivamente, mais do que uma única vez.

- k) Nas constituições dos diferentes países da CPLP é consagrado o modelo de controlo jurisdicional da constitucionalidade, isto é, compete a um órgão judicial, por natureza independente, a realização da justiça constitucional. Todavia, existem nuances: em Portugal, Angola, Moçambique, São Tomé e Timor-Leste, a Justiça constitucional, ou seja, a fiscalização da constitucionalidade processa-se segundo o modelo de controlo jurisdicional especial, ou seja, existe um órgão judicial que só se ocupa da fiscalização da Constitucionalidade (Conselho Constitucional, em Moçambique, e Tribunal Constitucional, nos demais casos citados); no Brasil, em Cabo Verde e na Guiné-Bissau, o modelo vigente é o de controlo jurisdicional comum, pois compete ao tribunal comum de maior hierarquia (Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e Supremo Tribunal Constitucional, nos dois restantes países) a fiscalização da constitucionalidade. Cabe referir, contudo, que o modelo existente em Cabo Verde é de carácter transitório, posto que, ao ser instalado o Tribunal Constitucional, previsto na Constituição, o Supremo Tribunal de Justiça deixará de acumular a justiça constitucional.
- l) Como nota comum, os diferentes países consagram o controlo difuso da constitucionalidade, ao estabelecer que, nos feitos submetidos ao julgamento, os juízes devem abster-se de aplicar normas que considerem inconstitucionais, sem prejuízo da fiscalização sucessiva concreta, em sede própria da Justiça Constitucional.
- m) Cabe ainda assinalar que, com a excepção do caso da Guiné-Bissau, em que a Constituição só regula a fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, nas demais Constituições são previstas as modalidades de fiscalização preventiva e sucessiva da constitucionalidade, compreendendo esta última a fiscalização abstracta e a fiscalização concreta.

- n) Ainda em matéria de controlo da constitucionalidade, importa referir que em Cabo Verde e Moçambique, as Constituições apenas prevêm a fiscalização da constitucionalidade por acção (o que também se depreende na Constituição guineense), enquanto os demais países (Angola, Brasil, Portugal, S. Tomé e Timor) contemplam a fiscalização da constitucionalidade por acção e omissão.
- o) Tendo em conta as limitações materiais e formais de revisão, as Constituições dos países da CPLP integram-se no rol das constituições rígidas, enquanto a da Guiné-Bissau deve considerar-se uma constituição semi-rígida.

Para mais pormenores, veja-se o quadro comparativo das Constituições dos países da CPLP, em anexo a este capítulo.

7. Pluralidade versus dualidade de famílias constitucionais

Tem-se falado de uma diversidade de tipos originários e famílias de Constituição: o parlamentarismo britânico, o sistema constitucional americano, o constitucionalismo francês de 1793, as Constituições napoleónicas, a Constituição francesa de 1814, a Constituição belga de 1831 e as Constituições russas de 1918 e 1924.

As diversas famílias constitucionais chegaram a apresentar-se segundo dois modelos ou sistemas opostos, em função dos sistemas políticos dominantes desde o fim da Primeira Guerra Mundial (1945) ao fim da década de noventa (1989-90): os **sistemas constitucionais do Ocidente** (capitalista), baseados, sucessivamente, no “Estado Liberal e social do Direito”, e o **sistema constitucional matriz soviético**, “correspondente ao Estado marxista-leninista”, reconduzindo-se estas duas famílias constitucionais a dois tipos fundamentais e antagónicos de Constituições, que seriam, respectivamente, as de orientação “capitalista” e socialista” (Miranda, p. 98-99).

O constitucionalismo ocidental “destina-se essencialmente a garantir direitos fundamentais dos cidadãos e a limitar o poder do Estado”, enquanto nos países do Leste, pelo contrário, destinava-se a “salvaguardar e promover as conquistas do

regime político socialista” (Miranda, *Ibid.*, p. 99), em detrimento dos direitos dos cidadãos.

Como ainda assina Miranda (*Ibid.*, p. 99), “os regimes políticos britânico, americano e francês assentam na atribuição do poder ao povo, recortado juridicamente como conjunto de cidadãos, e no exercício das liberdades públicas”, enquanto o sistema político soviético assentava na “atribuição do poder à classe operária e na sujeição das liberdades aos interesses dos trabalhadores e aos objectivos de realização do comunismo”, em detrimento do homem como ser independente e livre para escolher seus próprios caminhos.

Enfim, “o Direito constitucional ocidental admite a liberdade e a concorrência dos partidos como peças do dinamismo da vida política e social e expressão de uma sociedade pluralista”, contrariamente ao sistema soviético, em que o Estado é “construído e mantido por um partido único ou hegemónico considerado como vanguarda da classe operária” (Miranda, *Ibid.* p. 99), propugnando-se a edificação de uma democracia socialista que não assentava nas liberdades políticas.

Como sublinha Georges Burdeau (Apud Miranda, p. 100),

“Enquanto no Ocidente a vontade popular é o suporte e a justificativa de um poder aberto a todas as aspirações presentes do povo e a todas as renovações que, no futuro, possam transformar a sua vontade, no Leste o poder fecha-se sobre uma vontade popular cuja preponderância justifica a exclusão de qualquer contradição e cuja ortodoxia se opõe, no futuro, a qualquer alteração. De um lado, Poder aberto, se a vontade popular lhe dita os imperativos que comandam a sua acção, pelo menos esta vontade é aceite na sua complexidade real (...). De outro lado, Poder fechado ou Poder servidor de uma vontade popular cuja substância está definitivamente fixada”...

A alteração desse quadro político e jurídico-constitucional só veio a ocorrer, como vimos, com o fim da URSS, sendo o constitucionalismo vigente na actual Rússia de orientação pluralista e capitalista, ainda que de contornos práticos ainda não muito claros.

Por outras palavras, assiste-se à tendência para a afirmação, no contexto global, de um **sistema constitucional do Ocidente como referencial hegemónico**, devido à pouca expressão das famílias constitucionais alternativas.

No entanto, é preciso estar-se atento à evolução do processo constitucional nos diversos países do mundo, designadamente nos países em desenvolvimento, nos

países ainda identificados com o socialismo (China, Cuba, etc.) e, em especial, nos países árabes, que conhecem mutações constitucionais decorrentes de levantamentos populares, para se avaliar o seu sentido e alcance.

ANEXO: Análise comparada das constituições dos países da CPLP

Temática	Cabo Verde	Portugal	Brasil	Angola	Moçambique	S.Tomé e Príncipe	Guiné-Bissau	Timor-Leste
Estrutura e densidade normativa	<p>Preâmbulo</p> <p>Parte I - Princípios Fundamentais (artigos 1º a 14º);</p> <p>Parte II - Direitos e deveres dos cidadãos (artigos 15º a 90º);</p> <p>Parte III - Organização Económica, Financeira e Fiscal (artigos 91º a 94º);</p> <p>Parte IV - Do exercício e da organização do Poder Político (artigos 95º a 118º);</p> <p>Parte V - Da organização do Poder Político (artigos 119º a 269º);</p> <p>Parte VI - Das Garantias de Defesa e da Revisão da Constituição (artigos 270º a 292º);</p> <p>Parte VII – Disposições finais e transitórias (293º a 295º).</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>Princípios Fundamentais (artigos 1º a 11º);</p> <p>Parte I - Direitos e deveres dos cidadãos (artigos 12º a 79º);</p> <p>Parte II - Organização Económica (artigos 80º a 107º);</p> <p>Parte III- Organização do Poder Político (artigos 108º a 276º);</p> <p>Parte VI - Garantia e Revisão da Constituição (artigos 277º a 296º);</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>TÍTULO I Dos Princípios Fundamentais (artºs 1º a 4º)</p> <p>TÍTULO II Dos Direitos e Garantias Fundamentais (inclui deveres) - artºs 5º a 17º)</p> <p>TÍTULO III Da Organização do Estado (artºs 18º a 43º)</p> <p>TÍTULO IV Da Organização dos Poderes (artºs 44º a 135º)</p> <p>TÍTULO V Da Defesa do Estado e Das Instituições Democráticas Artºs 136º a 144º)</p> <p>TÍTULO VI Da Tributação e do Orçamento (artºs 145º a 169º)</p> <p>TÍTULO VII Da Ordem Económica e Financeira (artºs 170º a 192º)</p> <p>TÍTULO VIII Da Ordem Social (artºs 193º a 232º)</p> <p>TÍTULO IX Das Disposições Constitucionais Gerais (artºs 233º-revogado a 250)</p> <p>TÍTULO X ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS (artºs 1º a 97º e parágrafos diversos)</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>TÍTULO I PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS (artºs 1º a 21º)</p> <p>TÍTULO II DIREITOS E DEVERES FUNDAMENTAIS (artºs 22º a 88º)</p> <p>TÍTULO III ORGANIZAÇÃO ECONÓMICA, FINANCEIRA E FISCAL (artºs 89º a 104)</p> <p>TÍTULO IV ORGANIZAÇÃO DO PODER DO ESTADO (artºs 105º a 197º)</p> <p>TÍTULO V ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (198º a 212º)</p> <p>TÍTULO VI PODER LOCAL (artºs 213º a 225º)</p> <p>TÍTULO VII GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE (artºs 226º a 237º)</p> <p>TÍTULO VIII DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS (artºs 238º a 244º)</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>TÍTULO I Princípios Fundamentais (1º a 22º)</p> <p>TÍTULO II Nacionalidade (23º a 34º)</p> <p>TÍTULO III Direitos, deveres e liberdades fundamentais (35º a 95º)</p> <p>TÍTULO IV ORGANIZAÇÃO ECONÓMICA, SOCIAL, FINANCEIRA E FISCAL (96º a 132º)</p> <p>TÍTULO V ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO (133º a 145)</p> <p>TÍTULO VI PRESIDENTE DA REPÚBLICA (146º a 167º)</p> <p>TÍTULO VII ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA (168º a 199º)</p> <p>TÍTULO VIII GOVERNO (200º a 211º)</p> <p>TÍTULO IX TRIBUNAIS (212º a 233º)</p> <p>TÍTULO X MINISTÉRIO PÚBLICO (234º a 240º)</p> <p>TÍTULO XI CONSELHO CONSTITUCIONAL (241º a 248º)</p> <p>TÍTULO XII ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, POLÍCIA, PROVIDOR DE JUSTIÇA E ÓRGÃOS LOCAIS DO ESTADO (249º a 264º)</p> <p>TÍTULO XIII DEFESA NACIONAL E CONSELHO NACIONAL DE DEFESA E SEGURANÇA (265º a 270º)</p> <p>TÍTULO XIV PODER LOCAL (271º a 281º)</p> <p>TÍTULO XV GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO (282º a 296º)</p> <p>TÍTULO XVI SÍMBOLOS, MOEDA E</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>PARTE I - Fundamentos e objetivos (1º a 14º)</p> <p>PARTE II - Direitos Fundamentais e Ordem Social (15º a 65º)</p> <p>PARTE III - Organização do Poder Político (66º a 143º)</p> <p>PARTE IV - Garantia e Revisão da Constituição (144º a 155º)</p> <p>PARTE V- Disposições Finais e Transitórias (156º a 160º)</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>Título I Princípios fundamentais — Da natureza e fundamentos do Estado (1º a 23º)</p> <p>Título II Dos direitos, liberdades, garantias e deveres fundamentais (24º a 58º)</p> <p>Título III Organização do poder político (59º a 125º)</p> <p>Título IV Garantia e revisão da Constituição (126º a 131º)</p> <p>Título V Disposições finais e transitórias (132º e 133º)</p>	<p>Preâmbulo</p> <p>PARTE I PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS (1º a 15º)</p> <p>PARTE II DIREITOS, DEVERES, LIBERDADES E GARANTIAS FUNDAMENTAIS (16º a 61º)</p> <p>PARTE III ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO (62º a 137º)</p> <p>PARTE IV ORGANIZAÇÃO ECONÓMICA E FINANCEIRA (138º a 145º)</p> <p>PARTE V DEFESA E SEGURANÇA NACIONAIS (147º a 148º)</p> <p>PARTE VI GARANTIA E REVISÃO DA CONSTITUIÇÃO (149º a 157º)</p> <p>PARTE VII DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS (158º a 170º)</p>

					CAPITAL DA REPÚBLICA (297° a 301°) TÍTULO XVII DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS (302° a 306°)			
Forma do Estado	Estado unitário	Estado unitário	Estado federal	Estado unitário	Estado unitário	Estado unitário	Estado unitário	Estado unitário
Forma de governo	República	República	República	República	República	República	República	República
Sistema de governo	Semi-presidencial	Semi-presidencial	Presidencial	Presidencial	Presidencial	Semi-presidencial	Semi-presidencial	Semi-presidencial
Órgãos de soberania	Assembleia Nacional, Presidente da República, Governo e tribunais	Assembleia Nacional, Presidente da República, Governo e Tribunais	Congresso Nacional, Presidente da República (chefe do Executivo), e Tribunais	Assembleia Nacional, Presidente da República (chefe do Executivo) e Tribunais	Assembleia da República, Presidente da República, Governo (presidido pelo PR) e Tribunais	Assembleia da República, Presidente da República, Governo e Tribunais	Assembleia Nacional, Presidente da República, Popular, Governo e Tribunais	Parlamento Nacional, Presidente da República, Governo e Tribunais
Eleição do PR	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Eleição por sufrágio atípico (É eleito Presidente da República e Chefe do Executivo o cabeça de lista, pelo círculo nacional, do partido político ou coligação de partidos políticos mais votado)	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas	Sufrágio universal, maioritário a duas voltas
Mandato do PR	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 4 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez	Mandato de 5 anos, renovável uma só vez
Tipo de Parlamento	Unicameral: Assembleia Nacional	Unicameral: Assembleia da República	Bicameral: Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal	Unicameral: Assembleia Nacional (no prolongamento da Assembleia Constituinte)	Unicameral: Assembleia da República	Unicameral: Assembleia da República	Unicameral: Assembleia Nacional Popular	Unicameral: Parlamento Nacional (que resulta da transformação da Assembleia Constituinte)
Mandato parlamentar	5 anos	5 anos	Deputados – 4 anos Senadores – 8 anos, com renovação em cada Estado de 4 em 4 anos, alternadamente de 1/3 e 2/3	5 anos	5 anos	5 anos	4 anos	5 anos
Modelo de fiscalização da Constitucionalidade	Controlo jurisdicional comum (a cargo de um Supremo Tribunal de Justiça, que faz as vezes do Tribunal Constitucional), como transição para o Controlo Jurisdicional especial (a cargo do Tribunal Constitucional, ainda não instalado)	Controlo jurisdicional especial (a cargo do Tribunal Constitucional)	Controlo jurisdicional (a cargo do Supremo Tribunal Federal)	Controlo jurisdicional especial (a cargo do Tribunal Constitucional)	Controlo jurisdicional especial (a cargo do Conselho Constitucional)	Controlo jurisdicional especial (a cargo do Tribunal Constitucional)	Controlo jurisdicional comum (a cargo do Supremo Tribunal de Justiça)	Controlo jurisdicional comum (a cargo do Tribunal Constitucional)

Modalidades de fiscalização da constitucionalidade	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção; (Não existência de Fiscalização por omissão)	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção e por omissão)	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção e por omissão)	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção e por omissão)	Fiscalização preventiva, apenas por iniciativa do Presidente da República; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; (Não existência de Fiscalização por omissão)	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção e por omissão)	Fiscalização sucessiva concreta;	Fiscalização preventiva; Fiscalização sucessiva (abstracta e concreta; Fiscalização por acção e por omissão)
Modelo de revisão constitucional	Revisão ordinária de 5 em 5 anos e extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 4/5 dos deputados em efectividade de funções; Aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão ordinária de 5 em 5 anos e extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 4/5 dos deputados em efectividade de funções; Aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Emenda Constitucional votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão ordinária de 5 em 5 anos; Revisão extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 4/5 dos deputados em efectividade de funções; Aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão ordinária de 5 em 5 anos; revisão extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 3/4 dos deputados em efectividade de funções; aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão ordinária de 5 em 5 anos e extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 3/4 dos deputados em efectividade de funções; aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão a todo o tempo, por iniciativa de 1/3 dos deputados; Aprovação por maioria de 2/3 dos deputados; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)	Revisão ordinária de 6 em 6 anos e extraordinária a todo o tempo por iniciativa de 4/5 dos deputados em efectividade de funções; aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções; Previsão de limites materiais de revisão constitucional (Constituição rígida)

Capítulo V - ELEMENTOS BÁSICOS DA TEORIA DA DO ESTADO

SUMÁRIO: Conceito e tipos históricos do Estado; fins e funções do Estado; elementos constituintes do Estado; órgãos do Estado; actos jurídico-constitucionais do Estado; Estado Constitucional, Estado de Direito e Estado de Direito Democrático.

1. Origem e conceito de Estado

Na sua obra “ A Sociedade Primitiva”, Lewis Morgan³⁵ tipifica duas formas pelas quais teve origem o Estado, que são as relações pessoais na comunidade primitiva e as relações de propriedade nos territórios em que se assentam as comunidades primitivas.

a) Através das relações pessoais – A matriz organizativa é a gens (conjunto de pessoas consanguíneas descendentes de um antepassado comum), que irá evoluir, sucessivamente, para a fratria (reunião de duas ou mais gens da mesma tribo, com vista à realização de determinados fins comuns), a tribo e a confederação de tribos, da qual irá emergir a Nação e, por conseguinte, o Estado;

b) Através das relações de propriedade e do território - A colectividade humana assente num território, no qual estabelece relações de propriedade, vai evoluindo, com a expressão de uma diversidade de interesses que se vão tornando cada vez mais complexos, a ponto de se tornar necessária a sua regulação por uma entidade especial, surgindo, assim, o Estado, sob o qual se constituirá uma sociedade política, em que as relações das pessoas com o poder (governo) serão determinadas pelo seu vínculo com o território (*jus soli*).

Para os marxistas, o surgimento do Estado está inequivocamente ligado ao aparecimento das classes sociais e à substituição da sociedade sem classes (sociedade primitiva) pela sociedade classista (esclavagismo, feudalismo, capitalismo). Assim, onde existe sociedade classista existe o Estado e nem todas as formações socioeconómicas constituem uma sociedade estatalmente organizada (comunidade primitiva, comunismo). A aparição do Estado caracteriza-se pela

³⁵ Cf. MORGAN, Lewis Henry (1987). Ancient Society (A sociedade primitiva).
Elementos de Estudo da Teoria da Constituição

formação de um grupo de homens exclusivamente dedicados à governação e que empregam para isso um aparelho especial de coerção e persuasão, com o objectivo de defender os interesses da classe dominante.

Quanto a nós, as explicações de Morgan e dos Marxistas convergem no sentido de que é a necessidade de regulação das relações sociais, cada vez mais complexas, que leva ao surgimento de uma entidade incumbida de gerir a vida societária (o Estado), dotando-se a sociedade, deste modo, de um poder especialmente organizado (poder político) que se vai apoiar na persuasão e na coerção para garantir a observância das normas jurídicas de convivência social.

Pelas condições que estiveram na origem do seu aparecimento, o Estado se caracteriza, fundamentalmente, ***pelo facto de o poder se organizar de uma forma que transcende a mera relação de parentesco***, sendo capaz de unificar, defender e controlar a sociedade circunscrita a um dado território, mediante a adopção de normas e o emprego da coerção, para além da persuasão. A génese (origem) do Estado consubstancia-se, com efeito, na transfiguração de uma comunidade organizada com base nas relações interpessoais assentes no parentesco e no sangue para uma ***sociedade organizada na base do direito ditado e mantido por um grupo restrito e especial de homens***.

Dito de outro modo, o **Estado** é uma comunidade humana que, num dado contexto histórico, se vai dotar do poder de auto-governo (poder político) num dado território. É, pois, essencialmente, uma comunidade política, contrariamente às sociedades primitivas pré-estaduais, em que a ordem societária era assegurada por normas sociais mantidas por um poder social, exercido a nível do clã, da gens ou da tribo.

Esta definição de Estado está de acordo com o conceito de Jellinek, para quem o **Estado** é, tradicionalmente, entendido como “um povo fixado num território, de que é senhor, e que dentro das fronteiras desse território institui, por autoridade própria, os órgãos que elaboram as leis necessárias a vida colectiva e imponham a respectiva execução”³⁶. Desta simples observação pode concluir-se que são três os

³⁶ Cf. JELLINEK, Georg (1943). *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros.

elementos que compõem um Estado: Povo, Território e Poder Político. Mas o Estado nem sempre existiu com as características tais como as conhecemos hoje em dia.

2. Tipos de Estado³⁷

Ao longo da história existiram vários tipos de Estados que, pelos seus elementos estruturantes, se aproximam, de alguma maneira, do Estado tal como o conhecemos. Pressupõe-se que existiram sociedades anteriores à formação do Estado mas que não atingiram o grau de institucionalização que caracteriza a organização política estadual. Por exemplo, a família patriarcal e a tribo, designadas por sociedades políticas pré-estaduais.

Jellinek é, habitualmente, o autor referenciado para a classificação dos diversos tipos de Estado. Aliás, trata-se de um autor que é seguido por diversos académicos portugueses como Jorge Miranda e Freitas do Amaral. A tipologia definida por estes autores assenta na seguinte classificação: Estado Oriental; Estado Grego; Estado Romano; Estado Medieval; Estado Moderno. Este, por sua vez, divide-se em Estado Estamental ou Corporativo, Estado Absoluto e Estado Constitucional.

Iremos, de seguida, analisar cada um destes **tipos de Estado**.

A - ESTADO ORIENTAL

O Estado Oriental desenvolve-se nas civilizações mediterrânicas da Antiguidade Oriental - Babilónia, Egipto (entre outros) e tem como traços mais marcantes a teocracia (poder político reconduzido ao religioso), a forma monárquica (combinada com Teocracia, porquanto o monarca é adorado como um Deus) uma larga extensão territorial, reduzidas garantias jurídicas dos indivíduos (o que não quer dizer que não tivessem quaisquer direitos) e ordem desigualitária, hierárquica e hierática da sociedade.

³⁷ Em relação a este ponto, o texto que se segue é transcrito do trabalho de VERDE, Rui; MOREIRA, Benilde e POLIDO, Alexandra, "*Teoria da Constituição – Uma Introdução*". Disponível em: <http://sites.google.com/site/apontamentosdedireitofduc/temas-1/direito-constitucional>, consultado em 11.10.2011.

B - ESTADO GREGO

Não se pode falar de Estado Grego, mas Estados gregos ou Cidades-Estado. Apenas com a unificação helénica, trazida por Alexandre, a Grécia atinge alguma unidade. Como quer que seja, a Polis grega era caracterizada por uma reduzida expressão territorial. O centro da vida política era constituído pelo povo que em Assembleia exercia a autoridade suprema. A governação da Polis estava assente no exercício de direitos políticos por parte dos cidadãos, o que, contudo, não conduzia à concessão plena de direitos civis (por exemplo, não podiam escolher qual a religião que queriam praticar, tal escolha era um sacrilégio).

Pela primeira vez verifica-se a concepção de uma ideia de poder político e quadros classificativos dos sistemas políticos que inspiraram as grandes correntes de pensamento Ocidental (oligarquia, democracia, teocracia).

C - ESTADO ROMANO

O Estado romano sofreu várias vicissitudes. Começou por ser uma monarquia, depois uma república e finalmente um império. Em todo o caso, nas suas linhas constantes, a Roma Imperial poderia definir-se como um Império autocrático, ou seja, Estado soberano, absoluto e independente de qualquer constituição política. A nível político, revelava-se através da criação gigantesca de um Império em termos territoriais - constituído pelo agrupamento de famílias. É, igualmente, um Estado de base municipal quando organiza um Império em 3 Continentes. Com o consolidar do poder do Imperador desenvolve-se a noção de poder político como poder supremo e uno. Reconhecia-se, neste tipo de Estado, uma autoridade política do povo, ainda, que este fosse o último a exercê-la. Daqui se retira que existe uma clara separação entre o Estado e os indivíduos, o que em termos jurídicos leva à distinção entre poder público do Estado e o poder privado, bem como a uma caracterização do indivíduo como pessoa jurídica com determinados direitos e prerrogativas. Por exemplo, os direitos básicos do cidadão como o jus suffragii – direito de eleger; o jus honorum – direito de acesso as magistraturas; o jus connubii – direito de casamento legítimo; o jus commercii – direito de celebração de actos jurídicos.

D - ESTADO MEDIEVAL

A propósito do Estado Medieval, Jorge Miranda refere que “Na Idade Média não há Estado com as características que lhe são atribuídas em toda a Europa, isto porque o Feudalismo dissolve a ideia de estado, na medida em que o poder se privatiza e passa do imperium para o dominum e esta é a concepção patrimonial do poder”.

Isto porque não há uma relação geral e imediata com os súbditos. Estes direitos não são conferidos individualmente, mas sim em função de um grupo em que se integram, são direitos em concreto e em particular como expressão da situação de cada pessoa, direitos que se apresentam como privilégios e regalias, imunidades que uns têm e outros não, em vez de serem genericamente atribuídos a todas as pessoas.

Neste tipo de Estado a realeza encontra-se no topo da hierarquia feudal mas, está de tal maneira longe que não existe uma relação directa com os vassallos.

E - ESTADO MODERNO

É o tipo de Estado característico da Idade Moderna e Contemporânea. (século XVI a XX). Surge directamente associado à tentativa de formação do Estado Nacional (estado correspondente a uma nação, o factor de unificação política deixa de ser a religião para passar a ser uma finalidade de nova índole). O Estado Moderno assenta num processo de centralização do poder político levado a cabo pelos monarcas que, de forma gradual, se foram libertando da pressão do papa e respectivo clero e nobreza. Desenvolve-se o conceito de soberania estadual (poder supremo e aparentemente ilimitado), o que permite ao monarca ter uma plena liberdade de acção externa, no respeito do princípio da igualdade entre todos os Estados e, ao mesmo tempo ver reduzidos privilégios e prerrogativas feudais e eclesiásticas.

As principais características do Estado Moderno são: rápida centralização dos poderes políticos no rei; definição dos limites territoriais e o controle efectivo deste pelos órgãos do estado; conceptualização e afirmação da ideia de estado nação; definição de estado como ente soberano (ou seja dotado de um poder supremo na

ordem interna e de um poder independente na ordem Internacional); a secularização do estado. (separação entre igreja e Estado); o culto crescente da razão de estado; aperfeiçoamento das garantias individuais; início do período Constitucional com a revolução Francesa e Americana.

Na concepção do Estado Moderno é, ainda, estudada a seguinte categorização:

I - Estado Estamental ou Corporativo

O rei e os estamentos, ou seja, as ordens, desenvolvem entre si uma relação na qual o primeiro deve ter em consideração a opinião do segundo, os quais têm voz através das Assembleias Estamentais (Parlamentos, Estados Gerais, Cortes), com faculdades ora deliberativas ora consultivas. O rei só por si não podia determinar a evolução dos acontecimentos políticos, necessitava de recorrer ao apoio de forças estruturais que tinha que necessariamente ouvir.

II - Estado Absoluto

O rei ao centralizar o poder faz com que os Estamentos (ordens) desvaneçam. O Estado é absoluto não porque o monarca viva à margem da lei, mas porque tem todo o poder e portanto faz a lei. Nesta linha veja-se, por exemplo a expressão de Luís XIV “L’ ETAT C’ EST MOI”. Aquilo que podia limitar o papel do rei era o Direito e, de alguma maneira, as Leis fundamentais. Este é um período do Absolutismo onde o rei se afirma por “direito divino” (o rei governa porque foi escolhido por Deus).

Num segundo período, o Iluminismo introduz o “despotismo esclarecido” (poder absoluto e arbitrário), segundo o qual o Estado é uma associação que visa prosseguir o interesse público, devendo rei ter plena liberdade de meios para o alcançar.

Em termos históricos o Estado Absoluto permitiu a unidade do estado através da elevação do papel da Lei como Fonte de Direito, pela formação de exércitos nacionais e pela intervenção até ai inédita em áreas como a Economia.

III - Estado Constitucional

Na determinação do momento do Estado Constitucional, registam-se três factos históricos essenciais: a Revolução Francesa; o aparecimento das primeiras constituições escritas nos EUA; a influência filosófica e jurídica da Alemanha.

É na Constituição que se vão localizar as novas ideias quanto ao poder. Os direitos e garantias dos cidadãos, a separação de poderes, passam a ser fundamento de validade de qualquer sociedade (ou seja a limitação do poder é uma das bases do Estado Constitucional ou Liberal bem como a ideia de liberdade), cujos pressupostos doutrinários se podem encontrar em Adam Smith e Benjamin Constant.

No séc. XX, assistimos a profundas transformações políticas, económicas e sociais, em que o Estado Constitucional, de ênfase liberal, dá lugar à ênfase social. Alguns dos marcos dessa transição e que ainda hoje perduram revelam-se no papel intervencionista do Estado em vários domínios, no aparecimento de regimes totalitários (que são Estados em que os interesses ou direitos do indivíduo estão absolutamente subordinados aos da colectividade) de teor fascista e comunista, na descolonização, na organização da sociedade Internacional, na protecção Internacional dos Direitos do Homem.

3. Fins e funções Clássicas do Estado

A teoria clássica do Estado começa por definir os **fins do Estado**, entendidos como as suas atribuições ou finalidades gerais do Estado. Embora se diferenciem, em termos substanciais ou materiais, de época para época, existe um consenso actual (embora em discussão cada vez mais intensa) de que os fins do Estado são a segurança, a justiça e o bem-estar social (Verde & outros, 2011; Alves & Silva, 2010).

Eis como Verde e outros (*Ibid.*, p. 31) explicam, resumidamente, os fins do Estado:

I – A Segurança - necessidade que levou os homens a instituir um poder político, garante a estabilidade de bens, da duração de normas e da irrevogabilidade das decisões do poder;

II – A Justiça - ideal a atingir pelo Direito, existência de regras e normas que têm de ser inspiradas pela justiça;

III – O Bem-estar social – o Estado deve desempenhar um papel fulcral na concretização das aspirações do bem-estar do Homem, como por exemplo criar hospitais, escolas e estradas.

Ao sistematizar os fins do Estado, Jellinek³⁸ classificou-os do seguinte modo:

- Fins objectivos – Os fins do Estado decorrem da própria ordem natural (da natureza das coisas, transcendente e independente da vontade humana) e não

³⁸ Cf. JELLINEK, Georg (1943). *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros

propriamente da vontade política, ou seja, é a natureza da ordem política que determina o fim do Estado.

- Fins subjectivos – Os fins do Estado não constituem um dado natural mas sim de ordem política, ou seja, são independentes de toda objectividade, o que equivale dizer que os indivíduos que fazem parte de uma comunidade política propõem-se um fim próprio, que não decorre, aprioristicamente, da ordem natural ou objectiva.

- Fins particulares – São aqueles que cabem a um Estado num determinado contexto histórico, tendo em vista os homens que o constituem, o que quer dizer que cada Estado tem uma vocação histórica a cumprir.

- Fins absolutos – São os determinados em função de considerações axiológicas, significando que o Estado está vinculado e não deve desviar-se do que é ideal e válido para todos os tempos e lugares.

- Fins relativos – Traduzem-se no entendimento de que os fins do Estado são delimitados pela própria natureza deste, correspondendo às manifestações sistemáticas da vida solidária do homem, assentes em três categorias que devem impregnar a vida estadual: conservação, ordenação e ajuda.

- Fins universais – Entendem-se como tais os que correspondem a qualquer Estado, em todos os tempos (de modo intemporal), ou seja, ao Estado visto de forma abstracta.

- Fins exclusivos – Como tais são entendidos aqueles privativos do Estado, como os de segurança (externa e interna), justiça e bem-estar socioeconómico.

- Fins concorrentes – São aqueles para cuja realização se admite a colaboração, a participação ou parceria de outras sociedades entidades, com os quais se identifiquem.

Para diversos autores, os fins diferenciam-se das **funções do Estado**, sendo estas entendidas, geralmente, como o conjunto das actividades levadas a cabo pelos órgãos do poder político, com vista à realização dos seus fins, ou seja, os objectivos consagrados na Constituição (Alves e Silva, *Ibid.*, p. 135).

No entanto, na abordagem de Miranda (2002, pp. 335-336), *os fins do Estado constituem um dos sentidos das funções do Estado*. Assim, as **funções do Estado** têm, segundo o autor, dois sentidos possíveis: (i) como “fim, tarefa ou incumbência,

correspondente a certa necessidade colectiva (...)", traduzindo um "determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou tentativa) de legitimação do exercício do poder", mediante a satisfação das crescentes e complexas necessidades humanas de segurança perante o exterior, de justiça, paz social e de promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do meio ambiente (ii) "como actividade com características próprias", ou seja, como "passagem à acção" e "modelo de comportamento", tipificando-se como "uma manifestação específica do poder", apreendida numa tríplice perspectiva – material, formal e orgânica".

Marcelo Caetano (2003), seguido de perto por Verde e outros (2011), tipifica as funções do Estado com base no Direito, distinguindo-as do seguinte modo:

a) Funções jurídicas, que se subdividem em **função legislativa** (de criação de normas jurídicas de carácter geral e impessoal) e **função executiva** (que visa assegurar o cumprimento da lei e aplicar as sanções aos infractores). Referindo-se a estas funções, Verde e outros (*Ibid.*) salientam que não basta ao Estado elaborar as leis, ou seja, cumprir a função legislativa, interessando-lhe, igualmente, velar pela sua execução, que assume diversas modalidades: 1ª – a punição das transgressões; 2ª - a prevenção da violação de lei; 3ª - a atribuição de poderes e deveres aos órgãos do estado no sentido de assegurar a observância das normas jurídicas aprovadas.

b) Funções não jurídicas, que integram a **função política** (ou governativa, segundo alguns), cuja actividade visa a manutenção da sociedade política e a prossecução do interesse geral, e as **funções técnicas**, que abarcam as actividades cujo objecto directo e imediato é a produção de bens ou a prestação de serviços para a satisfação das necessidades colectivas de ordem material ou espiritual.

Miranda (*Ibid.*, pp. 344-346) apresenta um quadro classificatório das funções do Estado, mediante uma divisão *tricotómica*, que distingue a **função política** (legislativa e governativa ou política *stricto sensu*), a **função administrativa** e a **função jurisdicional**, explicitando cada uma delas através de critérios materiais, formais e orgânicos.

Segundo a teoria de Jellinek³⁹, há actos do Estado que não se enquadram nas suas funções, nomeadamente a guerra. Segundo esta teoria, o Estado propugna dois fins, a saber: (i) o estabelecimento e a tutela do direito; (ii) a afirmação da força e o incremento da cultura. Como se pode observar, estes fins podem ser alcançados mediante a criação de normas jurídicas e a actuação concreta para alcançar certos e determinados objectivos. As funções do estado são diferenciadas como uma actividade livre (orientada pelos interesses gerais) e uma actividade vinculada (ou seja, adstrita ao cumprimento de deveres jurídicos). Os actos praticados pelos órgãos do estado classificar-se-iam, materialmente, em leis, actos administrativos e decisões judiciais.

Por outro lado, tem-se a Teoria de Duguit⁴⁰, que se baseia no conceito de acto jurídico, ou seja, na manifestação de vontade com a intenção de produzir uma modificação na ordem jurídica existente, próxima ou futura. O acto jurídico pode assumir uma de várias formas: acto regra, que é produzido com a intenção de modificar regras abstractas constitutivas do Direito objectivo); acto condição, que é aquele que torna aplicáveis certas regras que lhe eram inaplicáveis (por ex., o acto de nomear um funcionário torna aplicáveis ao nomeado todas as regras que regulam os direitos e deveres dos funcionários); acto subjectivo, que engendra uma obrigação especial individual, como acontece num contrato.

Assim, de acordo com a teoria de Duguit, as funções do estado, em sentido jurídico, podem ser enumeradas da seguinte forma: função legislativa (prática de actos regra); função administrativa (prática de actos condição de actos subjectivos); função jurisdicional (resolução pelo Estado de uma questão de direito que lhe é submetida, mediante uma decisão que assegura a eficácia dessa resolução).

Para Kelsen, considerado o principal representante da escola positivista do Direito, o Estado é, simplesmente, um sistema hierarquizado de normas jurídicas e, por isso, toda a função do Estado é uma função da criação jurídica, sendo as normas estruturadas segundo uma pirâmide abstracta. No topo encontra-se a Constituição do Estado, que subordina as restantes normas jurídicas. Desta

³⁹ Cf. JELLINEK, Georg (1943). *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urruti. Buenos Aires: Editorial Albatros

⁴⁰ Cf. DUGUIT, Léon (1927). *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris 1ère éd. 1911, 3ème éd. 1927.

elaboração teórica nasce, também, a ideia de um sistema de tutela da integridade da Constituição, uma vez, que esta é o garante da existência dos demais actos normativos⁴¹.

4. Elementos do Estado

Como vimos, são inerentes à natureza do Estado três elementos que o corporizam e definem: o povo, o território e o poder político.

4.1. O Povo

Alguns autores preferem o termo “Nação” ao de Povo, mas, em todo o caso, o elemento humano é imprescindível à existência do Estado, visto que não há Estado sem um substrato humano. Entretanto, **Povo não é sinónimo de População nem de Nação.**

População é um conjunto de pessoas que residem num determinado território. Inclui os nacionais residentes (mas já não os nacionais emigrantes) bem como os estrangeiros e apátridas que residem no território. É assim um conceito económico ou estatístico, enquanto Povo, como explicitaremos adiante, é uma comunidade política e, como tal, um conceito político.

Nação é um conjunto de indivíduos assentes, em regra, num território, podendo ou não nele exercer a soberania, possuidores de uma tradição cultural comum e de uma vontade de viver em comunidade e que aspiram à realização conjunta de determinados fins. Factores como a língua, a raça, a religião, etc. podem contribuir para a consolidação do vínculo nacional, ainda que não sejam determinantes.

Na definição de Mancini, *apud* Azambuja, 1971, p. 22), professor de Direito Internacional de Turin (Mancini, 1971, p.22), "Nação é uma sociedade natural de um homem, na qual a unidade de território de origem, de costumes, de língua e a comunhão de vida criará a consciência social".

⁴¹ Cf. Kelsen, Hans (2000). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Editora Martins Fontes.

O que é dominante na Nação é o facto de ela traduzir o evoluir histórico de uma sociedade, expressar a sua idiossincrasia e perspectivar-lhe um futuro ou desígnio comum. Essa identidade histórica e cultural esse desígnio comum caracterizam de tal modo a Nação que esta se mantém independentemente da manutenção de parte dos nacionais no território pátrio. Daí que, particularmente numa nação de emigrantes espalhados pelos diversos continentes, como é o caso da cabo-verdiana, se fale da existência de uma nação global, enfatizando-se, deste modo, a prevalência dos laços identitários dos cabo-verdianos onde quer que se encontrem.

O **Povo**, parte integrante da Nação, concretiza-a num dado contexto histórico. Povo é, pois, um conjunto de indivíduos que, em cada momento histórico, constituem a Nação. Para Marcelo Caetano (2003), Povo é um grupo de indivíduos que, tendo em vista a realização dos objectivos comuns, se constitui numa comunidade política, subordinando-se a leis próprias e sob a direcção de um mesmo poder.

Podemos também, e de forma concisa, definir o **Povo** dizendo que é uma Nação que exerce ou aspira a exercer a exercer ou poder político ou a soberania (= poder supremo e independente) ou ainda que Povo é o elemento pessoal ou humano do Estado, sendo constituído por cidadãos. Em suma, Povo, enquanto comunidade política, não é sinónimo de Nação, ainda que, amiúde, numa mesma comunidade humana possam coincidir, em larga medida, as duas condições: a de nação (conjunto de nacionais) e a de povo (conjunto de cidadãos).

Importa explicitar também que **Nação e Estado não se confundem**. Com efeito, se é natural que toda a Nação aspire a se autogovernar ou a exercer poder político (a tornar-se Estado), nem sempre a Nação se concretiza em Estado, havendo Nação sem Estado (v.g.: a Polónia ocupada pelos nazis durante a II Grande Guerra; os Judeus antes de se constituírem em Estado de Israel; os palestinianos que lutam para a edificação do seu próprio Estado; os cabo-verdianos antes da Independência Nacional...). Por outro lado, nem sempre o Estado tem por base uma Nação (caso do Estado do Vaticano ou ainda dos E.U.A durante o período da sua formação...).

Em correlação com os conceitos de Nação e de Estado estão os de nacionalidade e cidadania. A **nacionalidade** é a condição daqueles que são membros de uma Nação, tal como a definimos atrás. A **cidadania** é o vínculo jurídico-político de um indivíduo ao respectivo Estado; é a condição daqueles que, independentemente da nacionalidade, são membros do Estado, denominando-se cidadãos.

Note-se, contudo, diversos autores, como Marcelo Rebelo de Sousa e Jorge Miranda, utilizam indistintamente o conceito de Cidadania e Nacionalidade, o mesmo acontecendo na legislação de vários países, incluindo Cabo Verde, em que, frequentemente, os dois termos são encarados como sinónimos.

Utilizam-se, fundamentalmente, dois critérios de **atribuição de cidadania**: (i) o critério do *ius sanguinis*, em que se atende aos laços de sangue ou de filiação em relação a cidadãos de certo Estado (filhos de cidadãos cabo-verdianos têm direito à cidadania dos progenitores ou de um deles, onde quer que nasçam); (ii) o critério do *ius soli*, em que se determina a cidadania através do local de nascimento (cabo-verdiano nascido nos Estados Unidos da América pode ter cidadania estado-unidense).

Distinguem-se duas formas de **aquisição da cidadania**: (i) a aquisição originária da cidadania, que produz efeitos desde o nascimento; (ii) a aquisição derivada da cidadania ou aquisição da cidadania por “naturalização”, que apenas têm efeitos posteriores ao nascimento, mediante acto de atribuição ou reconhecimento por parte da autoridade competente do respectivo Estado.

4.2. O Território

O Território é o espaço terrestre, aéreo e marítimo sobre o qual o Estado exerce o poder político. Um povo só se constitui em Estado quando se assenhoreia de um determinado território onde exerce a sua vontade política.

Tal como salientam Verde e outros (2011), o Território é um elemento imprescindível ao conceito de Estado, na medida em que delimita o âmbito espacial de validade das normas emanadas dos órgãos do poder político e é nele que o Estado consegue impor a sua autoridade.

Do território do Estado fazem parte:

Território terrestre: é a parte sólida do planeta, habitável e ocupável, onde se assenta a sociedade e, com ela, o Estado. Compreende o solo e a camada subjacente que é o subsolo;

Território aéreo: abarca na sua extensão horizontal os territórios terrestre e aquático, prolongando-se, no plano vertical, às alturas mais fantásticas do espaço cósmico. Não existe ainda uma regulação precisa sobre a fronteira que separa o espaço aéreo, que constitui território do Estado subjacente, e o espaço exterior ou ultraterrestre, submetido ao princípio da liberdade de navegação dos Estados;

Território aquático: É o espaço líquido do planeta sobre o qual o Estado exercer sua soberania, podendo compreender:

a) As águas interiores: águas situadas no interior da linha de base a partir da qual começa o mar interior do Estado (mares interiores, rios, lagos);

b) As águas arquipelágicas: águas do Estado arquipélago que se estendem das respectivas costas até às linhas de base a partir das quais se mede a extensão do ar territorial;

c) O mar territorial: franja do mar que abrange uma extensão de 12 milhas contadas desde as linhas de base (da baixa-mar) que unem os pontos mais exteriores da costa ou, no caso do Estado arquipélago, das suas águas arquipelágicas.

Existem outros espaços marítimos que não constituem território propriamente dito, sem prejuízo do direito que assiste ao Estado costeiro de neles fazer a exploração dos recursos vivos do mar e dos recursos minerais do solo e subsolo marinhos.

São as chamadas:

(i) Zona contígua: espaço marítimo que se estende além do limite do mar territorial, em direcção ao mar alto⁴², até a uma distância de 24 milhas contadas a partir das linhas de base que servem para medir a largura do mar territorial;

⁴² O alto mar compreende todas as partes do mar não incluídas na zona económica exclusiva, no mar territorial ou nas águas interiores de um Estado, nem nas águas arquipelágicas de um Estado arquipélago. Está aberto a todos os Estados, que o utilizam livremente, para fins pacíficos, sem prejuízo dos interesses dos outros Estados e nos termos das convenções internacionais.

(ii) Zona Económica Exclusiva: zona marítima exterior ao mar territorial, e a este adjacente, que se estende até (ou par além de) 200 milhas a partir das linhas de base em que começa o mar territorial.

(iii) Plataforma Continental: compreende o leito e o subsolo das águas submarinas que se estendem além do mar territorial e até uma profundidade de 200m (NB: há outras definições que não importa referir aqui).

Como referimos noutro trabalho (Varela, 2011), no que concerne à vigência das normas jurídicas no espaço, ou seja, no território dos Estados, vigora o **princípio básico da territorialidade**, isto é, a lei de um Estado é ditada para se aplicar no território desse mesmo Estado. Todavia, em determinadas situações, as normas jurídicas de um Estado podem ter um alcance maior em termos de aplicação espacial, casos em que se revestem da característica de **extraterritorialidade**, ou seja, podem aplicar-se a cidadãos ou organizações que se encontrem fora do território do Estado em questão.

Acontece também que, em certos casos, se admite a aplicação num Estado de lei estrangeira. Tal ocorre fundamentalmente se o ordenamento jurídico do país assim o permite e se a aplicação da lei não põe em causa o princípio da “ordem pública internacional”.

Tal como ensina o Direito Internacional Privado, a eficácia extraterritorial das leis depende de sua natureza. Assim, e em termos sucintos:

a) **As leis pessoais** (que se referem à cidadania, nacionalidade, estado civil, idade, domicílio, residência, sede, etc.) são leis que se aplicam a todos os nacionais ou domiciliados de um país onde quer que vão ou se encontrem. É o princípio da personalidade das leis: estas “perseguem” as pessoas lá onde se encontrem. Referem-se a tipos legais como a capacidade ou a incapacidade, o estado civil, as relações de família, as relações de direito sucessório, etc. Exemplo: sou cidadão cabo-verdiano e, por este facto, sujeito-me à legislação de Cabo Verde que regula o exercício do direito de sufrágio em qualquer país onde me encontrar; sou casado segundo as leis do Estado de Cabo Verde e esta circunstância acompanha-me em qualquer país (os exemplos são infindáveis);

b) As **leis voluntárias**, que são aquelas que se ditam para produzir efeitos no território mas que podem produzir efeitos fora desse território quando as partes contratantes assim o estipulam. Por exemplo: num contrato de prestação de serviços, as partes, que podem ser de distintos países, um dos quais Cabo Verde, podem estipular que “em caso de controvérsia na aplicação das cláusulas contratuais, deve aplicar-se a lei cabo-verdiana reguladora da matéria”;

Já as **leis territoriais**, que, como vimos, se aplicam a todas as pessoas que se encontrem no território do respectivo Estado, sejam elas cidadãos, estrangeiros ou apátridas, obedecem ao princípio da territorialidade, ou, por outro, não têm eficácia extraterritorial. Variam segundo os Estados e referem-se a tipos legais ou normas de direito constitucional, penal, processual e, em parte, de direito civil.

Numa abordagem similar, Verde e outros (2011) explicam a tripla relevância jurídico-política do território: este constitui a condição de independência do Estado; circunscreve o âmbito do poder soberano do Estado; representa um meio de actuação jurídico-política do Estado.

Quanto ao primeiro aspecto, referem os autores, “a independência nacional tem naturalmente que ver com o território, pois a existência e manutenção de um Estado só é possível se dispuser de território próprio (a perda de todo o território por parte de um Estado levaria evidentemente ao seu desaparecimento, isto é ao termo da independência nacional, por falta de um dos seus elementos constitutivos, por isso uma das tarefas fundamentais do Estado deve ser a defesa da sua própria independência nacional (...), a qual passa desde logo pela garantia da integridade territorial (...), tarefa prosseguida essencialmente pelas forças armadas”...

Quanto ao segundo aspecto, esclarecem os autores, “os órgãos de soberania exercem o seu poder em certo território, o que não significa que o ordenamento jurídico estadual não possa aplicar-se a factos ocorridos no estrangeiro” (note-se que os cabo-verdianos no estrangeiro beneficiam dos direitos e estão sujeitos aos deveres constitucionalmente previstos, a menos que a sua aplicação seja incompatível com a ausência do país). Em relação ao segundo aspecto, entramos na teoria a aplicabilidade de certa ordem jurídica, segundo a qual (e ainda de acordo com Verde & outros, 2011):

- O Direito de um Estado é aplicável dentro das suas fronteiras e só aí. No seu território a ordem jurídica aplica-se a todos quanto nele residam ou se encontrem (cidadãos nacionais, estrangeiros e apátridas); ou

- O Direito do Estado é aplicável aos seus nacionais, onde quer que se encontrem e não é aplicável aos estrangeiros ou apátridas, residam ou não no território do Estado.

Contudo, hoje em dia, verifica-se a prevalência do princípio da territorialidade, ou seja, as normas da ordem jurídica de um Estado ou as que ele receba só podem ser executadas, como tais, no território do mesmo Estado. Porém, este princípio não leva ao rompimento do vínculo de cidadania pelo facto de o cidadão se encontrar no estrangeiro, e engloba, por outro lado, várias e importantes excepções.

Pode ainda acontecer, sendo Verde e outros (*Ibid.*). que um estado aceite a vigência no seu território de normas jurídicas de outro Estado, aplicando-as na própria ordem interna (é o que se passa nas relações internacionais privadas que têm uma conexão com vários ordenamentos ex: um cidadão cabo-verdiano casa-se com uma belga e o casamento é celebrado nos Estados Unidos, sendo, então, necessário saber qual das três ordens jurídicas deve regular o esse casamento, o que pode levar à aplicação num determinado Estado de normas jurídicas oriundas de outro ordenamento. Em Cabo Verde, o Código Civil prevê a aplicação de direito estrangeiro).

Quanto ao terceiro aspecto, “a relevância jurídica do território projecta-se na actuação do poder político do Estado, na medida em que as zonas do território que pertencem a entes públicos são utilizadas para os objectivos que o Estado se propõe realizar.

4.3. O Poder Político

Entende-se por poder político a faculdade que uma colectividade tem de, autonomamente, tomar decisões políticas concernentes à sua própria vida. Na

verdade, uma colectividade humana fixada num território só ascende à categoria de Estado quando passa a exercer poder político.

Como o define Marcelo Caetano (2002) “é o poder exercido em nome próprio por um povo num certo território com o fim de garantir a sua segurança, a justiça e o bem-estar dos seus membros, e de modo a regular a vida colectiva, nomeadamente através da aprovação de Leis e da imposição do seu cumprimento”. Dito de outro modo, poder político é uma capacidade de autogoverno assumida pelo povo como prerrogativa ou autoridade sua, não conferida por qualquer outra entidade, interna ou externamente, traduzindo-se no poder de tomar, executar e fazer cumprir decisões que visam a realização do seu desígnio e das suas aspirações comuns.

Como surge o poder político? Tal como explicam Verde e outros (2011), o poder político erigido por um povo num certo território tem natureza originária, porquanto não é delegado por outro povo, por outro país ou por qualquer outra autoridade, é uma autoridade sua; o acto da sua instituição encontra o seu fundamento numa vontade própria e decorre de uma manifestação da mesma, não dependendo portanto de qualquer outra, o que significa que o poder político é um poder fundacional (todo o Estado surge necessariamente por obra de um poder constituinte, de cujo exercício derivam outros poderes no âmbito estadual, ou seja, poderes “constituídos”, assim denominados porque só existem se criados ou tolerados pelo poder político e caso se mantiverem nos limites que este lhes estabelecer, razão porque não gozam das prerrogativas de independência e soberania, como o poder constituinte.

O poder político prossegue objectivos de natureza e alcance diferentes, como assinalam Verde e outros (*Ibid.*):

a) Objectivo Imediato, que é a regulação da vida colectiva (se um povo se assenhoreia de um território e nele institui uma nova realidade política há que garantir a organização e a estabilidade dessa comunidade estruturada).

b) Objectivo Mediato, que tem a ver com a garantia da segurança, justiça e bem-estar dos cidadãos

A existência do poder político traduz-se: (i) na prática sistemática e organizada de determinados actos, cujo objectivo é a prossecução dos fins do Estado (que são a

segurança, justiça e bem-estar social); (ii) na definição de opções político-legislativas, ou seja, através de decisões fundamentais para o futuro colectivo (exercer o poder político é antes de tudo governar, isto é, decidir, perante as várias possibilidades que a cada momento se colocam, o rumo a seguir, conformando, normativamente, a opção adoptada, o que significa transportar para o domínio jurídico algo que antes se situava na área puramente política).

Obviamente, o exercício do poder estadual não se traduz, em exclusivo, na definição de políticas e na feitura de leis, que constituem apenas as suas funções primárias. A faculdade de imposição destas leis é, porventura, o elemento mais característico do exercício do poder político estadual, que, para o efeito, dispõe de um aparelho de coerção, que é utilizado para fazer cumprir as normas jurídicas caso estas não forem observadas voluntariamente e através dos mecanismos de persuasão.

O Poder Político não é exactamente sinónimo de soberania, a qual supõe um poder político supremo sobre o território e o povo e independente em relação aos restantes estados. O conceito de soberania tem evoluído ao longo dos tempos.

Assim, em 1576, Jean Bodin desenvolvia a “doutrina da soberania” que resumia a essência do Estado ao poder do soberano, comparando um Estado sem soberania como um barco sem quilha. No entanto, não o concebia como um poder totalmente absoluto ou arbitrário, antes considerando que havia certas leis (lei divina, lei da natureza, leis fundamentais) que o limitavam.

Século mais tarde, e sob a influência das guerras que tendiam a minar os fundamentos dos Estados, aparece Tomas Hobbes com um conceito qualitativamente diferente de soberania (= poder absoluto): o poder soberano deixava de se subordinar às leis, quaisquer que elas fossem. A necessidade de um poder que garantisse a segurança e o bem comum justificava que o próprio direito se subordinasse ao poder soberano. Assim, a soberania passou a identificar-se com a força e não com o poder legal.

Em reacção à prepotência e ao arbítrio que esse conceito de soberania (poder absoluto) provocava, aparece a teoria da soberania popular, segundo a qual a

soberania deveria residir no povo. Esta teoria, que inspirou as Revoluções Americana e Francesa, é a que ainda prevalece na generalidade das Constituições.

Podemos, então, definir a **Soberania** como a faculdade que tem o Estado de decidir livremente os seus assuntos internos e externos, sem se subordinar a qualquer outra autoridade. Soberania é também a capacidade que todo o Estado tem de impedir que outros Estados decidam por si a respeito dos seus assuntos internos e externos. Manifesta-se em dois planos: como um poder supremo do Estado sobre o seu povo e território (no plano interno) e como um poder independente e autónomo em relação aos demais estados (no plano externo).

O poder político pode ser exercido através de duas formas essenciais: a persuasão e a coerção: (i) a **persuasão**: consiste no convencimento político e ideológico. Faz recurso ao diálogo, à explicação convincente, à motivação das pessoas. Conforme os marxistas, a persuasão utiliza os chamados “aparelhos ideológicos” do Estado, como os meios de comunicação social. A força que emprega é a força moral, ou seja, aquela que deriva da razoabilidade das posições, da justeza das medidas, da identificação entre os governantes e os governados; (ii) a **coerção** consiste, como vimos atrás, no emprego da força material para impor o cumprimento das normas jurídicas quando estas não são aceites ou cumpridas voluntariamente. Utiliza os chamados “aparelhos coercitivos” ou “repressivos” do Estado (tribunais, polícia, estabelecimentos prisionais, autoridades diversas). Todos os regimes utilizam a coerção, mas a utilização desta força de constrangimento material só é admissível num Estado de direito democrático quando se baseia na lei.

5. Órgãos do Estado e entidades supra e infra estaduais

5.1. Órgãos do Estado

O Estado, seja ele simples (Unitário) ou composto (Federação de Estados) compõe-se de um conjunto de órgãos, aparelhos e instrumentos mediante os quais é exercido o poder político ou mediante os quais se faz a direcção política de uma sociedade.

Conforme explica Marcelo Caetano (2003), a sociedade política (uma vez constituída, com a institucionalização do poder político, enquanto elemento constituinte do Estado) “diferencia-se dos indivíduos e das sociedades primárias que a compõem, em razão dos interesses que a determinaram e dos fins que tem de realizar”. Enquanto colectividade, a sociedade política procede como pessoa jurídica (pessoa colectiva), manifestando a sua vontade através de órgãos próprios. Denominam-se órgãos do Estado os “cargos, colégios ou assembleias aos quais, segundo a Ordem constitucional, pertence o poder de manifestar uma vontade imputável ao Estado” (Caetano, *Ibid.*, p. 179).

Quer sejam colegiais, quer singulares, “os órgãos são imprescindíveis ao exercício do Poder político” (Caetano, *Ibid.*, p. 179). Seus titulares são pessoas singulares que têm de “distinguir entre aquilo que constitui a sua esfera de acção pessoal e o que corresponde ao exercício da função pública” (Caetano, *Ibid.*, p. 181).

Ao conceito de órgão são inerentes três elementos inseparáveis, que são:

- a) A instituição ou, em certa acepção, o ofício – sendo instituição (...) a ideia de obra ou empreendimento que se realiza e perdura no meio social;
- b) A competência ou complexo de poderes cometidos ao órgão, a parcela do poder público que lhe cabe;
- c) O titular ou pessoa física ou conjunto de pessoas físicas que, em cada momento, encarnam a instituição e formam a vontade que há-de corresponder ao órgão;
- d) O cargo ou (quando se trate de órgão electivo) mandato – função do titular, “papel institucionalizado” que lhe é distribuído, relação específica dele com o Estado, traduzida em situações subjectivas, activas e passivas” (Miranda, 2002, pp. 380-381).

Os órgãos administrativos e executivos do Estado constituem os Governos. Os órgãos encarregados de fazer as leis são os Parlamentos e os incumbidos de administrar a justiça segundo as leis existentes são os Tribunais. Além destes três tipos de órgãos, existe um órgão, normalmente singular, que representa o Estado e tem a função de velar pelo normal funcionamento dos demais órgãos e instituições do Estado: é o Chefe do Estado (Rei, nas Monarquias; Presidente da República, nas Repúblicas).

No caso dos Estados compostos, cada um dos Estados federados (membros da Federação ou Confederação de Estados) detém poder político, com os respectivos

órgãos, mas trata-se de um poder limitado no plano interno e externo, logo um poder não soberano.

5.2. Entidades Políticas Supra e Infra Estaduais.

Nos tempos actuais, mais precisamente, no período que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, emerge uma série de Organizações Internacionais, dotadas de órgãos próprios, que, de algum modo e de forma mais ou menos eficiente, limitam a actuação e os poderes dos estados, alterando a teoria clássica do Estado, designadamente no concerne ao conceito de soberania.

A teoria internacional aponta alguns elementos de explicação do funcionamento das Organizações Internacionais, como a **abordagem neo-funcionalista**, que é uma teoria de integração regional baseada no trabalho de David Mitrany, e a **teoria inter-governamental**, que é uma teoria alternativa de políticas de integração. Vejamos como Verde e outros (*Ibid.*), esclarecem estas teorias:

“O **neo-funcionalismo** (...) é uma teoria não-normativa que tentava descrever e explicar o processo de integração europeia baseada no senso comum, a integração foi vista como um processo inevitável ou seja decorrente de uma integração espontânea que não depende da classe política.

O neo-funcionalismo defende que as instituições supra-nacionais (ou supra-estaduais), da própria União Europeia têm sido a força “motora” por detrás da Integração Europeia. David Mitrany argumentou que as instituições supra-nacionais são elas próprias uma força de integração europeia.

A outra teoria é a inter-governamental, a qual é uma teoria alternativa de políticas de integração, onde o poder em Organizações Internacionais é mantido pelos Estados-membros e onde as decisões são tomadas por unanimidade. O inter-governamentalismo é usado hoje em dia pela maior parte das Organizações Internacionais, e também uma teoria que rejeita o neo-funcionalismo. Esta teoria proposta por Stanley Hoffmann, sugere que os governos controlem o nível e a rapidez da integração europeia. Hoffmann argumenta que qualquer aumento no poder a nível supra – nacional resulta de uma decisão directa pelos governos, e rejeita a ideia de que as Organizações Internacionais estejam a um igual nível (em termos de influência política) ao dos governos nacionais”.

Mediante a assunção do princípio da descentralização política, o Poder constituinte pode criar **entidades infra-estaduais**, dotadas de um poder que não é estadual nem soberano, mas sim um poder derivado do Estado.

No caso de Portugal, essa descentralização tem levado à criação, no âmbito do Estado unitário, regiões políticas (Açores e Madeira), dotadas dos respectivos órgãos legislativos e de governo, no quadro da soberania portuguesa. Configura-se, deste modo, naquele país, um Estado unitário regional, realidade desconhecida no ordenamento jurídico-constitucional cabo-verdiano. As regiões autónomas são assim

parcelas de território português detentoras de um estatuto político e administrativo próprio, definindo-se como pessoas colectivas públicas de natureza territorial.

Uma forma de descentralização do poder estadual é a descentralização territorial, através da criação das autarquias locais, dotadas de órgãos representativos e executivos, cujas competências se orientam para a satisfação das necessidades das colectividades locais.

6. Actos jurídico-constitucionais do Estado

Às funções do Estado correspondem alguns tipos de actos de Estado, denominados por Miranda (*Ibid.*, pp. 346-347), de actos jurídico-públicos.

Os actos jurídico-públicos são praticados no âmbito do exercício de uma triplicidade de funções do Estado, que são: a função **política**, a função **administrativa** e a função **jurisdicional**.

A **função política** do Estado subdivide-se em duas funções, a saber: (i) **função legislativa**, que se traduz na prática de actos de conteúdo normativo, ou seja das Leis. Trata-se, por conseguinte função de aprovação das Leis Constitucionais (actos constituintes e leis de revisão constitucional) e de Leis infraconstitucionais, que compreendem as leis de eficácia externa (leis *stricto sensu*) e de eficácia interna (regimentos de órgãos políticos); (ii) **função governativa**, que tanto se traduz em actos de Direito Interno como em actos de Direito Internacional e se expressa na aprovação de actos de conteúdo normativo e actos políticos, correspondentes, respectivamente, a “*actos de povo activo*” (eleições, referendos não normativos) e “*actos dos órgãos governativos*” (actos políticos *stricto sensu* ou de governo),

A **função administrativa** compreende a prática de actos de conteúdo normativo e actos de conteúdo não normativo. Os actos de conteúdo normativo subdividem-se em *actos externos* (regulamentos) e *actos internos* (instruções, estatutos, regimentos de órgãos administrativos, regulamentos internos de serviços, protocolos entre entidades administrativas). Os actos de conteúdo não normativo podem ser *actos unilaterais*, que visam a imposição da autoridade através de actos

administrativos e outros actos da administração, e *actos bilaterais* ou convencionais, como os contratos administrativos ou, mais amplamente, dos contratos públicos.

A **função jurisdicional** consiste na prática de actos jurisdicionais ou das sentenças *latíssimo senso*, compreendendo os actos de conteúdo normativo (declarações de inconstitucionalidade e de ilegalidade) e actos de conteúdo não normativo, como as sentenças *medio sensu* (sentenças e acórdãos) e decisões interlocutórias.

Como se pode constatar, a prática dos diferentes actos jurídico-públicos, no âmbito das três funções do Estado, deve estar sempre conformada com a Lei, *maxime* com a Constituição.

Entretanto, os actos jurídico-públicos diferenciam-se dos actos jurídico-constitucionais do Estado, como explica Miranda (*Ibid.*, pp. 404-405). Assim actos jurídico-constitucionais compreendem: “os actos cujo estatuto pertence, a título principal, ao Direito Constitucional; os actos regulados (não apenas previstos, embora não necessariamente regulados até ao fim) por normas da Constituição; ou ainda, os actos provenientes de órgãos constitucionais e com a sua formação adstrita às normas constitucionais”.

O mais importante pressuposto dos actos jurídico-constitucionais é a competência, que implica três exigências (Miranda, *Ibid.*, p. 407):

- a) Que o acto dimanar de um órgão do Estado (...);
- b) Que o acto dimanar de um órgão competente em razão da matéria;
- c) Que o acto dimanar de um órgão competente em razão dos outros factores de competência (tempo, lugar, pessoas)”.

Como em qualquer acto jurídico, a prática de um acto jurídico-constitucional implica na manifestação de **vontade**, em relação a um **objecto** ou conteúdo, segundo a **forma** constitucionalmente prevista e tendo em vista o **fim** prosseguido pelo órgão que o pratica (cf. Miranda. *Ibid.*, pp. 407-408).

De igual modo, a prática de um acto jurídico-constitucional obedece a determinados **requisitos**, que se situam ao nível dos valores, interesses e finalidades que a ordem constitucional consagra como pressupostos e elementos desse acto. Fala-se, assim (cf. Miranda, *Ibid.*, pp. 408-409), dos requisitos orgânicos (que se

prendem com a competência), requisitos materiais (que se prendem com a vontade, o objecto e o fim) e requisitos formais (que se prendem com a forma do acto).

Numa perspectiva de valoração da maior ou menor virtualidade de subsistência ou de produção de efeitos dos actos jurídico-constitucionais, destacam-se, por via descendente, três categorias de requisitos (*Ibid.*, p 409): requisitos de qualificação, ou seja, de recondução ou subsunção do acto em qualquer dos tipos constitucionais estabelecidos (lei constitucional, lei, decreto-lei, decreto-legislativo, etc.); requisitos de validade, isto é, de perfeição do acto ou de plena virtualidade para produção dos seus efeitos jurídicos típicos; requisitos de regularidade, que se referem à adequação do acto às regras constitucionais, em especial às formalidades previstas, independentemente da produção dos seus efeitos. A preterição destes três requisitos (sendo o primeiro mais relevante) acarreta, respectivamente, a *inexistência jurídica*, a *invalidade* e a mera *irregularidade* do acto jurídico-constitucional⁴³.

7. Estado Constitucional, Estado de Direito e Estado de Direito Democrático

Da abordagem que vimos fazendo sobre a Teoria da Constituição e, designadamente, acerca da Teoria do Estado, parece evidente que, na actualidade, tende a prevalecer, à escala universal, uma concepção de Estado assente em três conceitos básicos: um Estado que exerce o poder político com base nas normas constitucionais, que o legitimam e o limitam (**Estado Constitucional**); um Estado cujos órgãos, estruturas, serviços e agentes actuam segundo o direito positivado, ou seja, de acordo com o primado da lei (**Estado de Direito**); um Estado que se legitima na soberania ou vontade popular, respeita e assegura amplamente os direitos e liberdades dos cidadãos, incluindo os de participação dos cidadãos na vida política, bem como o pluralismo político na configuração do regime político (**Estado Democrático**).

Como assinala Campilongo (2002, pp. 43-44), na teoria jurídica distinguem-se os conceitos de **Estado de Direito** e do **Estado Constitucional de Direito**. Assim, segundo o autor, no primeiro sentido (Estado de Direito), é considerado como tal o

⁴³ O que se referiu acerca dos requisitos e pressupostos do acto jurídico-constitucional aplica-se, *mutatis mutandi*, aos actos jurídico-públicos.

Estado em que o poder deve ser conferido e exercitado na forma da lei. Quanto ao Estado Constitucional de Direito, devemos entender como tal aquele em que o poder político, além de conferido e exercitado nos termos da lei fundamental, deve ser limitado pela lei, que o condiciona na forma e no conteúdo, em conformidade com as normas constitucionais.

Em outro texto (Varela, 2011, p. 85.), conceituamos o Estado de Direito Democrático, considerando-o como “aquele em que o Poder Político reside no Povo (princípio da soberania popular) e é exercido pelo Povo directamente (especialmente por sufrágio e referendo) e indirectamente (através dos seus representantes eleitos), na base da estrita observância da Constituição e das Leis e no respeito pelos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos”.

De entre os mais importantes princípios do Estado de Direito Democrático, destacamos os seguintes: “a) a soberania popular; b) a constitucionalidade; c) a legalidade; d) a vinculação do Poder Político aos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos; e) a separação e a limitação recíproca de poderes” (*Ibid.*, p. 85).

CAPÍTULO VI. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: Conceito; Métodos de interpretação constitucional; Princípios de interpretação constitucional; Limites à interpretação; Mutação constitucional; Criatividade e activismo jurisprudencial

1. Conceito de Hermenêutica Constitucional

A Hermenêutica Jurídica é a teoria científica da arte de interpretar, aplicar e integrar o direito. Existe íntima relação entre estas três situações. Se o Direito existe, existe para ser aplicado. Antes, porém, precisa ser interpretado. Só aplica bem o Direito quem o interpreta bem. Caso, entretanto, a lei apresente lacunas, é necessário preencher tais vazios, pela integração.

Ora bem: este conceito aplica-se à **Hermenêutica Constitucional**, enquanto teoria e técnica de interpretação das normas constitucionais. Com efeito, e tal como refere Canotilho (2002), interpretar a constituição consiste em atribuir um significado a um ou vários símbolos lingüísticos escritos na constituição com o fim de se obter uma decisão fundamentada sobre os problemas práticos colocados pelas normas constitucionais.

Entretanto, a metódica de interpretação da Constituição está envolvida em muitas discussões, podendo apresentar-se dois métodos, que correspondem a duas posições distintas sobre a matéria, tal como assinala Canotilho (2002, p. 1184):

a) “O método científico-espiritual”, segundo o qual, “a interpretação da constituição não pode separar-se da idéia de constituição como “ordem de valores”, cujo sentido só pode captar-se através de um método que tenha em conta não apenas o “texto”, mas também os conteúdos axiológicos últimos da ordem constitucional”;

b) “O método jurídico”, nos termos do qual “a interpretação da constituição não se distingue da interpretação de uma lei e, por isso, para se interpretar o sentido da lei constitucional devem utilizar-se as regras tradicionais da interpretação”.

Na nossa perspectiva, as duas perspectivas não são de todo irreconciliáveis, ainda que deva prevalecer o método jurídico, tanto mais que este não se limita ao

texto constitucional nem faz tábua-rasa dos princípios e valores axiológicos que são inerentes à ordem constitucional. Nenhuma norma constitucional deve ser interpretada sem ter em conta a sua finalidade e alcance, à luz do que se configura como o sentido global e sistêmico do texto constitucional.

2. Princípios, fases e elementos da Interpretação

A interpretação das normas constitucionais obedece a um catálogo de princípios referidos por Canotilho (2002, pp. 1209-1212) e que passamos a resumir:

a) O “princípio da unidade da Constituição”, segundo o qual “a Constituição deve ser interpretada de modo a evitar contradições (antinomias, antagonismos) entre as suas normas”;

b) O “princípio do efeito integrador”, segundo o qual “na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favorecem a integração política e social e o reforço da unidade política”

c) O “princípio da máxima efectividade”, da eficiência ou da interpretação efectiva, conforme o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”, sendo, hoje, invocado, sobretudo, no âmbito dos direitos fundamentais (em caso de dúvida, deve prevalecer a interpretação que reconheça maior eficácia a tais direitos);

d) O “princípio da justeza ou da conformidade funcional”, segundo o qual na interpretação de uma norma constitucional, a entidade encarregada de a fazer “não pode chegar a um resultado que subverta ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido”;

e) O “princípio da concordância prática ou da harmonização”, que, sem se dissociar dos anteriormente referidos, “impõe a coordenação e a combinação dos bens jurídicos em conflito de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

f) O “princípio da força normativa da constituição”, conforme o qual na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em vista os pressupostos da constituição (normativa),

contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental”, conjugando a “historicidade das estruturas constitucionais” e a “actualização” normativa, de modo a que se coloquem no mesmo pé a sua “eficácia e permanência”

A interpretação da norma jurídica-constitucional integra **duas fases**: interpretação literal, em que se vai apreender o sentido gramatical, textual ou literal da norma constitucional; interpretação lógica, em que, a partir do texto da norma e com base em elementos extra-literais, se procura extrair o pensamento do legislador constitucional.

Na interpretação das normas constitucionais, temos presentes quatro elementos, a saber⁴⁴:

- Elemento literal – Atende-se à letra do texto da norma constitucional, ao sentido das palavras que o compõem;

- Elemento lógico – São exploradas todas as possibilidades de análise do texto da norma constitucional, para se determinar a razão de ser das normas, o espírito da lei fundamental;

- Elemento sistemático – Tem-se em conta a norma constitucional não numa perspectiva isolada mas sim no âmbito do sistema em que tal norma está inserida;

- Elemento histórico – Para se interpretar bem uma norma constitucional, deve-se considerar o contexto histórico em que a mesma foi adoptada, sendo para isso importante a consulta dos documentos políticos e jurídicos que fazem parte dos trabalhos preparatórios do texto constitucional⁴⁵.

3. Métodos de interpretação da Constituição

Tal como em relação à interpretação das demais leis, existem vários métodos de interpretação das normas jurídicas constitucionais⁴⁶, cuja classificação varia consoante os critérios: sua fonte ou origem, sua finalidade e seu resultado

3.1. Atendendo ao critério da fonte ou origem da interpretação, esta pode ser autêntica ou doutrinária:

⁴⁴ Adaptado de Varela, B. (2011, p.69). Manual de Introdução ao Direito.

⁴⁵ Os quatro elementos de interpretação estudados correspondem a outros tantos métodos de interpretação: interpretação literal, interpretação lógica, interpretação sistemática e interpretação histórica.

⁴⁶ Este item é adaptado do trabalho de Varela, B. (2011, *Ibid.*, pp. 70-71).

a) Interpretação autêntica - É uma interpretação que é feita pelo próprio órgão que criou a norma constitucional (não pode ser feita por outro órgão) e deve assumir a mesma forma de acto que a utilizada na produção da norma que ora se interpreta. Recentemente, como assinala Canotilho (*Ibid.*, p. 1217), admite-se que a “possibilidade da interpretação autêntica ser feita pelo Tribunal (Constitucional) relativamente às declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral”.⁴⁷

b) Interpretação doutrinal - É uma interpretação feita por especialistas de Direito Constitucional e técnicos de Direito, assim como pelos tribunais, fazendo uso da doutrina e da ciência jurídico-constitucionais.

3.2. Quanto ao critério da finalidade da interpretação da norma jurídico-constitucional, distinguem-se os métodos de interpretação: subjectivista, objectivista, histórica ou actualista.

a) Interpretação subjectivista - É um método de interpretação através do qual se procura reconstituir o pensamento concreto do legislador.

b) Interpretação objectivista - É um método de interpretação em que se busca apurar o sentido da norma constitucional abstraído-se de quem foi o legislador constitucional, ou seja, das pessoas que criaram essa norma

c) Interpretação histórica - É um método de interpretação em que se busca alcançar o sentido que a norma constitucional tinha no momento de sua aprovação e entrada em vigor.

d) Interpretação actualista - É um método de interpretação em que se busca alcançar o sentido que a norma constitucional tinha no momento de sua aplicação ou execução.

3.3. Atendendo ao resultado da interpretação, distinguem-se os seguintes métodos de interpretação: interpretação declarativa, extensiva, restritiva, enunciativa e ab-rogante.

a) Interpretação declarativa - É um método de interpretação em que o intérprete entende que o sentido da norma constitucional está de acordo com o respectivo texto;

⁴⁷ Ver a este respeito o capítulo VII.
Elementos de Estudo da Teoria da Constituição
106

b) Interpretação extensiva - É um método através do qual se faz uma interpretação de modo a corrigir a não conformidade entre a letra da norma constitucional e o pensamento do legislador constitucional, no entendimento de que este expressou na lei constitucional menos do que queria, não abarcando todas as situações que caberiam razoavelmente no seu pensamento. Assim, o intérprete alarga o alcance da norma constitucional de modo a abarcar essas situações, adequando-se, assim, a letra da norma ao pensamento do legislador constitucional.

c) Interpretação restritiva - É um método através do qual se faz uma interpretação de modo a corrigir a desconformidade existente entre a letra da norma constitucional e o pensamento ou vontade do órgão que a aprovou, no entendimento de que este órgão expressou nessa norma mais do que queria, usando uma formulação demasiado ampla que foi além da realidade que pretendia abarcar. Assim, o intérprete restringe ou reduz o alcance da norma de modo a abarcar apenas as situações que caberiam razoavelmente no pensamento do criador da mesma norma.

d) Interpretação enunciativa - É uma interpretação em que, através de um processo dedutivo, se retira da norma constitucional todas as suas consequências.

e) Interpretação ab-rogante - É um método de interpretação em que o intérprete, apesar de presumir que o legislador constitucional consagrou a solução mais acertada e exprimiu correctamente seu pensamento, conclui que a norma constitucional não tem qualquer efeito útil, nomeadamente porque é incompatível e irreconciliável com outra norma constitucional.

4. As lacunas e sua integração

Diferente da interpretação é a questão do tratamento a dispensar às lacunas na lei em geral (incluindo a constitucional), entendendo-se como tais os casos omissos no sistema jurídico-constitucional, ou seja, de ausência de normas constitucionais aplicáveis a certas situações.

Efectivamente, o legislador não consegue, por mais providente que seja, prever todas as hipóteses que podem ocorrer na vida real. Esta, em sua

manifestação infinita, cria a todo instante situações que o legislador não logrará fixar nas formulações constitucionais.

Pode ocorrer que, ao julgar determinada questão, o órgão jurisdicional não encontre no ordenamento jurídico a solução adequada.

No que se refere especialmente às leis ordinárias, houve época em que, na falta de disposição legal aplicável ao caso concreto, o juiz abstinha-se de julgar. Hodiernamente, tal solução não mais se admite, sob pena de remanescerem questões sem pronunciamento definitivo. Efectivamente, após a interpretação e uma vez verificada a lacuna, o jurista procura, pelos processos admitidos pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, encontrar a forma de resolver a situação. Assim, por exemplo, segundo o Código Civil vigente (artigo 8º), o juiz, na sua função de julgar não pode deixar de decidir um caso devido ao silêncio da lei (ou à falta dela). Ao resolver o caso, estará a fazer a integração de lacuna (artigo 10º do Código Civil)⁴⁸.

Na integração de lacunas de uma lei, o juiz deve começar por procurar no ordenamento jurídico uma norma que embora não regule especificamente a situação em causa, possa contudo ser-lhe aplicável em virtude da semelhança da situação regulada pela mesma norma. Deste modo, estará a aplicar a analogia. Analogia é, pois, a aplicação ao caso omissis a norma reguladora de um caso semelhante (ou análogo)

Coisa diferente é a interpretação extensiva, em que não há ausência de norma (como na analogia), existindo, sim, uma norma que, na sua letra, não abarca certos aspectos que no entanto cabem no seu espírito ou no espírito do legislador (este disse menos do que pretendia).

Pois bem: a questão que se suscita é a de se saber se será admissível a integração de lacunas quando estas se verificam numa Constituição.

Nos sistemas jurídicos anglo-saxónicos, em que, normalmente, a principal fonte do Direito não é a lei escrita (incluindo a Constituição), mas sim a jurisprudência, fundada na doutrina, nos princípios gerais de direito e no direito

⁴⁸ Cf. a Portaria nº 68-A/97, de 30 de Setembro, que reconstitui e publica integralmente o Código Civil, ao abrigo do disposto no Decreto-Legislativo nº 12-C/97, de 30 de Setembro (B.º nº 37, 2º Suplemento)
Elementos de Estudo da Teoria da Constituição Bartolomeu Varela

natural, afigura-se mais fácil uma resposta afirmativa, tanto mais que, nesses casos, a cultura jurídico-constitucional está fortemente alicerçada na prevalência da lei e da constituição em sentido material.

Nos casos em que prevalece uma cultura jurídica fortemente baseada na primazia da lei (constituição) formal, a possibilidade de verificação, na prática, de integração de lacunas constitucionais é mais remota, tanto mais que existe sempre o argumento de que, pela via da revisão constitucional, será possível superar-se a lacuna, evitando que o poder constituinte derivado (ou, simplesmente, o poder de revisão) seja, de algum modo, esvaziado por vias inidóneas.

De resto, nestes casos, mesmo a utilização de métodos de interpretação que ultrapassem os marcos restritos da interpretação literal encontra muita resistência, por vezes inexplicável.

Todavia, há casos em que não é aplicável a analogia nem, por conseguinte, a integração de lacunas, como nos casos de normas de excepção, sejam elas constitucionais ou não. Assim, nas situações excepcionais reguladas pelo direito constitucional, a ausência de norma constitucional de excepção é insusceptível de suprimimento por analogia⁴⁹.

5. Limites à interpretação; Mutação constitucional; activismo jurisprudencial

Os princípios e métodos acima referidos permitem compreender que a interpreta o da Constitui o está sujeita a limites.

De resto, as próprias Constitui es costumam estabelecer alguns parâmetros de sua interpreta o, tal como acontece com a Constitui o cabo-verdiana de 1992 em vigor (revisão de 3 de Maio 2010), que estabelece, nos seus artigos 17  e 18 , o seguinte:

Artigo 17 

⁴⁹ NB: No caso das leis ordinárias, também não são permitidas analogias nos seguintes casos: No caso das normas penais, que se regem pelos princípios da legalidade e da tipicidade⁴⁹, nos termos dos quais não   possível condenar ninguém por condutas e ou com penas não previstas expressamente na lei; No caso das normas tributárias (normas do Direito Fiscal ou Tributário), pois que ninguém   obrigado a pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da lei.

(Âmbito e sentido dos direitos, liberdades e garantias)

1. As leis ou convenções internacionais poderão consagrar direitos, liberdades e garantias não previstos na Constituição.
2. A *extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias não podem ser restringidos pela via da interpretação.*
3. *As normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.*
4. Só nos casos expressamente previstos na Constituição poderá a lei restringir os direitos, liberdades e garantias.
5. As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias serão obrigatoriamente de carácter geral e abstracto, não terão efeitos retroactivos, não poderão diminuir a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais e deverão limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos.

Artigo 18º

(Força jurídica)

As normas constitucionais relativas aos direitos, liberdades e garantias vinculam todas as entidades públicas e privadas e são directamente aplicáveis.

No entanto, a realidade é pródiga em exemplos em que os limites da interpretação constitucional nem sempre são observados, como acontece no âmbito das transições ou mutações constitucionais, a que se refere Canotilho (*Ibid.*, pp.1215-1216).

Considera-se **transição constitucional** “a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto” (*Ibid.* p. 1215). Por outras palavras, na prática, esvazia-se de sentido o compromisso político firmado no texto constitucional.

A transição constitucional difere da **alteração constitucional**, pois esta última consiste na “revisão formal do compromisso político, acompanhada da alteração do próprio texto constitucional” (*Ibid.* p. 1215).

Coisa diferente é a mutação constitucional operada por via da interpretação das normas constitucionais. Como refere Canotilho (*Ibid.* p. 1215-1216):

“O problema que agora se põe é saber se, através da interpretação de uma constituição se pode chegar aos casos-limite de mutações constitucionais, ou se, pelo menos, a mutação constitucional não deve transformar-se sem princípio ‘normal’ da interpretação... A rigorosa compreensão da estrutura normativo-constitucional nos leva à exclusão de mutações constitucionais operadas por via interpretativa.”

Tal posição, que sufragamos, não quer significar qualquer entendimento da Constituição como um texto estático e imutável, completamente imune ou insensível

às transformações da realidade social, económica e política e, por consequência, da realidade constitucional.

O que se rejeita é a legitimação, por via interpretativa, de alterações constitucionais que se traduzam na existência de uma “realidade constitucional inconstitucional”, isto é, “alterações manifestamente incomportáveis pelo programa da norma constitucional” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1215).

Entretanto, já se admite como legítimo o acto de interpretação em que as mutações constitucionais (incluindo as denominadas “mutações constitucionais silenciosas”) não contrariam os princípios estruturais (políticos e jurídicos) da constituição, ou seja, “quando se reconduz a um problema *normativo-endogenético*”. Já não se admite uma mutação por via interpretativa “quando ela é resultado de uma evolução normativamente *exogenética*” (Canotilho, *Ibid.*, p. 1215).

Como assinalámos atrás, quando, através da fiscalização da constitucionalidade, uma norma constitucional é declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, a declaração de inconstitucionalidade tem o mesmo valor de norma jurídico-constitucional, configurando-se uma das modalidades de interpretação autêntica da norma constitucional.

Por outro lado, o **activismo jurisprudencial** em matéria constitucional, ao traduzir-se na tomada de decisões reiteradas e congruentes sobre o sentido e o alcance da aplicação da norma constitucional em relação a casos concretos submetidos ao tribunal constitucional, fixa o modo como casos idênticos devem ser apreciados por todos os órgãos jurisdicionais. É este, de resto, o sentido da jurisprudência como fonte mediata ou indirecta (no sistema jurídico romano-germânico): a sua validade, como modo de revelação ou de clarificação do direito afirma-se em relação às normas de direito em geral, incluindo as constitucionais, constituindo, a par da doutrina, uma das vias de efectivação de uma criatividade constitucional que, entretanto, não deve pôr em causa a coerência sistémica, o sentido programático e os limites de garantia da própria Constituição, acima analisados

Capítulo VII. CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE E GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO⁵⁰

SUMÁRIO: A problemática da inconstitucionalidade e da garantia da Constituição; tipos ou modelos doutrinários de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.

1. A Teoria do controlo da constitucionalidade

Em geral, as Constituições da actualidade contêm normas que garantam a sua própria defesa ou salvaguarda, quer relativas aos limites da sua revisão, quer respeitantes à sua interpretação, quer concernentes às implicações decorrentes da sua inobservância. Conforme assinala Canotilho (2002, p. 881),

“O Estado Constitucional democrático ficaria incompleto e enfraquecido se não assegurasse um mínimo de *garantias* e de *sanções*: garantias de observância, estabilidade e preservação das normas constitucionais, sanções contra actos dos órgãos de soberania e de outros não conformes com a constituição. A ideia de *protecção, defesa, tutela ou garantia* da ordem constitucional tem como antecedente a ideia de **defesa do Estado**, que, num sentido amplo e global, se pode definir como o complexo de institutos, garantias e medidas destinadas a defender e proteger, interna e externamente, a existência jurídica e fáctica do Estado. Desta forma, o objecto de defesa não é pura e simplesmente a defesa do Estado e sim da forma de Estado tal como ela é constitucionalmente formada”.

Os meios e institutos de defesa ou garantia da Constituição consistem, fundamentalmente, (i) “na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à constituição”; (ii) na existência dos “limites da revisão constitucional”; (iii) na “separação e interdependência dos órgãos de soberania”; (iv) na “fiscalização judicial da Constituição” (Canotilho, 2002, pp. 882-883). Ocupamo-nos, neste texto, especificamente, do último aspecto.

A Teoria Constitucional distingue, de entre outros, dois tipos de controlo ou fiscalização da constitucionalidade: o controlo político e o controlo jurisdicional.

⁵⁰ Este texto é extraído do capítulo XI do nosso trabalho “Manual de Introdução ao Direito” (Varela, B., 2011, pp. 85-90), contendo ligeiras alterações em relação ao texto original, sobretudo de natureza formal.

O controlo político é aquele que é exercido pelo próprio órgão criador da norma jurídica ou por outro órgão *ad hoc*, o qual não detém garantias de independência, caracterizando-se como preventivo e discricionário.

Em contrapartida, o controlo jurisdicional é aquele exercido por órgãos detentores de garantias de independência, como o Poder Judiciário, os quais não participam no processo de criação das normas jurídicas, agindo por provocação ou “*ex lege*”, de forma definitiva e com pouca discricionariedade.

Para melhor se entender a distinção entre estes dois sistemas de controlo, destacam-se os ensinamentos de José Afonso da Silva⁵¹:

a) O **controlo político** é o que entrega a verificação da inconstitucionalidade a órgãos de natureza política. Pode ser de dois tipos: a) controlo político comum, quando um órgão político, como o próprio Poder Legislativo (solução predominante na Europa no século passado e que chegou a vigorar em Cabo Verde na chamada I República) faz o controlo da constitucionalidade, além de exercer as suas funções correntes; b) controlo político especial, quando esse controlo é feito por um órgão de natureza política que só se ocupa da fiscalização da constitucionalidade, como o Presidium do Soviete Supremo da ex-União Soviética (Constituição da URSS, art. 121, n.º 4) e o *Conseil Constitutionnel* da vigente Constituição francesa de 1958 (arts. 56 a 63).

b) O **controlo jurisdicional**, generalizado, hoje em dia (e denominado “*judicial review*” nos Estados Unidos da América do Norte), é a faculdade que as constituições outorgam ao Poder Judicial de declarar a inconstitucionalidade de lei e de outros actos do Poder Público que contrariem, formal ou materialmente, preceitos ou princípios constitucionais⁵².

Quando o controlo da constitucionalidade e da legalidade é feito por um tribunal que acumula essa função de controlo com a sua função corrente e essencial, que é administrar ou fazer a justiça (como ainda acontece em Cabo Verde), está-se perante um controlo jurisdicional comum.

⁵¹ Cf. Curso de Direito Constitucional Positivo, de José Afonso da Silva, 16ª Ed., actualizada, 1998

⁵² Cf. Laisla Fernanda Zeni, in “A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade”.

Tem-se um sistema de controlo jurisdicional especial se a fiscalização da constitucionalidade e da legalidade é confiada a um tribunal especial, que apenas se dedica a essa fiscalização, como acontece com o Tribunal Constitucional em Portugal e está previsto que aconteça em Cabo Verde (no nosso caso, o Tribunal Constitucional aguarda oportunidade para ser instalado de forma autónoma).

À luz do que acabamos de referir, o sistema cabo-verdiano de fiscalização da constitucionalidade é de natureza jurisdicional, pois que cabe Tribunal Constitucional (cujas funções são assumidas transitoriamente pelo Supremo Tribunal de Justiça), decidir a respeito da inconstitucionalidade das normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados. Em suma, temos ainda um controlo jurisdicional comum (pois o Supremo Tribunal, que faz o controlo é um tribunal comum que, no entanto, faz, transitoriamente, as vezes de Tribunal Constitucional), mas, logo que entrar em funções, de forma autónoma, o Tribunal Constitucional., teremos um controlo jurisdicional especial.

2. Constitucionalidade por acção e por omissão

A Constituição da República de Cabo Verde regula o sistema de fiscalização da constitucionalidade, começando pela inconstitucionalidade por acção, ou seja, a violação da Constituição pela actuação concreta dos órgãos e entidades incumbidos de legislar, aplicar e acatar as normas jurídicas.

A inconstitucionalidade por omissão (que não é objecto de regulação na Constituição cabo-verdiana) seria a violação da Constituição por inacção de órgão ou entidade que deveria agir em defesa ou aplicação das normas constitucionais.

3. Modalidades de fiscalização

São previstas na Constituição cabo-verdiana em vigor as seguintes modalidades de fiscalização da constitucionalidade:

1) A **fiscalização preventiva** (artigos 278º e 279º) tem lugar antes da entrada em vigor dos diplomas legais. É da iniciativa do Presidente da República, de, pelo menos, quinze Deputados em efectividade de funções ou do Primeiro Ministro, e consiste em solicitar ao Tribunal Constitucional que faça a apreciação preventiva da constitucionalidade nos termos seguintes: i) o Presidente da República pode requerer apreciação preventiva da constitucionalidade de norma constante de Tratado ou Acordo Internacional ou de acto legislativo que lhe tenham sido enviados, respectivamente, para ratificação ou promulgação; ii) os Deputados e o Primeiro Ministro podem requerer fiscalização da constitucionalidade de norma constante de acto legislativo que, estando sujeita a aprovação por maioria qualificada, haja sido enviado ao Presidente da República para promulgação.

2) A **fiscalização sucessiva** tem lugar em relação a normas jurídicas em vigor e compreende duas modalidades:

a) - A **fiscalização abstracta** (artigo 280º), em que o Tribunal Constitucional aprecia e declara a constitucionalidade ou a ilegalidade de normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto, cabendo a iniciativa de suscitar esta fiscalização ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia Nacional, ao Primeiro Ministro, ao Procurador-Geral da República e a, pelo menos, quinze deputados;

b) - A **fiscalização concreta** (artigos 281º e 282º), que tem lugar através de recursos formulados ao Tribunal Constitucional pelo Ministério Público ou por pessoas legitimadas para o fazer nos termos das leis de processo, recursos esses motivados:

b)1. Por decisões dos Tribunais que recusem a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de qualquer norma ou resolução de conteúdo material normativo ou individual e concreto;

b)2. Por decisões dos Tribunais que apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada no processo;

b)3. Por decisões dos Tribunais que apliquem normas ou resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas anteriormente inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional;

b)4. Por decisões que apliquem ou recusem a aplicação de resoluções de conteúdo material normativo ou individual e concreto que tenham sido julgadas ilegais pelo Tribunal Constitucional ou cuja ilegalidade haja sido suscitada no processo.

Decorre do que foi referido em b)1, a existência em Cabo Verde, tal como em diversos países, de um **sistema difuso de controlo jurisdicional da constitucionalidade** (cf. Canotilho, *Ibid.*, p. 891), que consiste em reconhecer a qualquer juiz, chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto, a faculdade de apreciar a respectiva constitucionalidade, com a possibilidade de recusar a aplicação de normas que considerar inconstitucionais, levantando-se, assim, um incidente de inconstitucionalidade cujo processo é apreciado pelo Tribunal Constitucional através da fiscalização concreta da constitucionalidade.

4. Efeitos da fiscalização

Quando uma norma é considerada inconstitucional ou ilegal, o efeito geral é o de a mesma norma deixar de ter efeitos.

Entretanto, as implicações variam segundo a natureza das situações: Quando se trate de uma norma de um Tratado, a decisão de inconstitucionalidade (que assume a forma de Parecer) deve levar o Presidente da República a não ratificar o Tratado salvo se a Assembleia, ouvido o Governo, confirmar a aprovação por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções (neste caso, o Presidente da República pode ratificar o Tratado).

Quando se tratar de norma constante de acto legislativo, a decisão de inconstitucionalidade (que assume a forma de Acórdão) implica que o Presidente da República vete o diploma e o devolva ao órgão que o aprovou (Assembleia ou Governo) para o expurgar da inconstitucionalidade, sem prejuízo da possibilidade

de a Assembleia confirmar o diploma por maioria de 2/3 dos deputados em efectividade de funções, caso em que o Presidente da República já poderá promulgá-lo.⁵³

Os Acórdãos do Tribunal Constitucional que tenham por objecto a fiscalização da constitucionalidade ou ilegalidade têm força obrigatória geral, o que quer dizer que produzem o mesmo efeito que uma norma jurídica, impondo-se à observância de todos. Essa força obrigatória geral implica que a declaração (Acórdão) produza efeitos retroactivos à data de entrada em vigor da norma declarada inconstitucional ou ilegal, com a consequente repristinação (reposição) das normas que aquela (norma inconstitucional) tiver revogado (nº 1 do artº 285º da Constituição vigente).

Quanto aos demais efeitos da declaração de inconstitucionalidade, veja-se o disposto na Constituição da República, *maxime* no seu artº. 285º, nºs 2 e 3, que passamos a transcrever:

- “2. Tratando-se de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infracção de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a sua entrada em vigor.
3. A declaração de inconstitucionalidade de norma constante de qualquer convenção internacional produz efeitos a partir da data da publicação do acórdão.
4. No caso referido nos números 1 e 2, quando razões de segurança jurídica, equidade ou interesse público de excepcional relevo, devidamente fundamentado o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar efeitos de alcance mais restrito do que os previstos nos números 2 e 3.
5. Dos efeitos da declaração da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com força obrigatória geral ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido”

⁵³ A superação do veto presidencial pela Assembleia Nacional (ainda que com votos favoráveis de 2/3 dos deputados em efectividade de funções), numa situação em que o veto é precedido de acórdão ou parecer do Tribunal Constitucional que considera uma norma inconstitucional, é uma solução polémica, que coloca problemas de fundo. Parecem estar em causa, de certo modo, princípios do Estado de Direito Democrático, como o da constitucionalidade (ou da primazia constitucional), além, claro está, das garantias efectivamente oferecidas pelo sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade, ao beliscar-se desta forma a autoridade da Justiça Constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo (2007). *Reforma Constitucional - Lições do Constitucionalismo Português*. Lisboa: Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AlexandrinoJosedeMelo2.pdf>
- ALVES, Dora Resende e SILVA, Maria Manuela Magalhães (2010). *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Lisboa: Editora Rei dos Livros
- AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Globo, 1971.
- BOBBIO, Norberto (1997). *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª Edição. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos
- CAETANO, Marcelo (2003). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*: Coimbra, Almedina.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 43-44.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes (2003). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina.
- ÉVORA, Roselma (2001). *A Abertura Política e o Processo de Transição Democrática em Cabo Verde*. Praia: Spleen edições.
- FONSECA, Jorge (2011). *Cabo Verde: Constituição, democracia e cidadania*. Coimbra: Almedina
- JELLINEK, Georg (1943). *Teoría General del Estado*. Tradução de: Fernando de los Ríos Urriti. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- LIMA, Aristides (2004). *Estatuto Jurídico-constitucional do Chefe de Estado. Um estudo de direito comparado*. Praia: Alfa Comunicações.
- MATTOS, Mauro R.G. (2005). *Teoria da Constituição e a Constitucionalização do Direito*. In http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/teoria_da_constituicao_e_a_constitucionalizacao_dos_direitos.pdf
- MEDEIROS, Rui (2011). Constitucionalismo de matriz lusófona: realidade e projecto. In Observatório da Jurisdição Constitucional, nº 4, 2010/2011
- MIRANDA, Jorge. (2002). *Teoria do Estado e da Constituição*: Coimbra: Coimbra Editora
- MIRANDA, Jorge. (1988). *Manual de Direito Constitucional. Introdução à Teoria da Constituição*, Tomo II, 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, Lda.
- VARELA, Bartolomeu Lopes (2011). *Manual de Introdução ao Direito*. Disponível em: <http://unicv.academia.edu/BartolomeuVarela/Papers/>
- VERDE, Rui; MOREIRA, Benilde e POLIDO, Alexandra (2011). *Teoria da Constituição – Uma Introdução*. Disponível em: <http://sites.google.com/site/apontamentosdedireitofduc/temas-1/direito-constitucional>, consultado em 11.10.2011.
- SILVA, José Afonso (1998). Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed., atualizada
- SILVA, Mário Silva (2010). *As Constituições de Cabo Verde e Textos históricos do Direito Constitucional Cabo-Verdiano*: Praia: Imprensa Nacional.
- SOUSA, Marcelo (1979). *Direito Constitucional I*. Policopiado. Lisboa: Faculdade de Direito, 1979.
- ZENI, Laisla Fernanda A Supremacia da Constituição e o Controle de Constitucionalidade. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/16160-16161-1-PB.pdf>

Referências normativas

- CONSTITUIÇÃO de Cabo Verde de 1980 – Lei de revisão de 29 de Setembro de 1990.
- CONSTITUIÇÃO de Cabo Verde de 1992 – Lei de revisão de 3 de Maio de 2010