

A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Pelo Prof. Doutor Jorge Miranda()*

SUMÁRIO:

I. A formação da Constituição. **II.** A dignidade da pessoa humana, fundamento da República. **III.** O Estado de Direito democrático. **IV.** O sistema de governo semi presidencial. **V.** As autonomias regionais e locais. **VI.** A fiscalização da constitucionalidade.

I. A formação da Constituição

1. 45 anos após a sua aprovação e através de múltiplas vicissitudes internas e externas, políticas, culturais, económicas e sociais, a Constituição de 2 de abril de 1976 tornou-se a Constituição portuguesa mais duradoura a seguir à Carta Constitucional, de 1842 a 1910.

Começada a elaborar em tempo de radicalismo revolucionário em Lisboa, acabaria por ser conformada em tempo de pacificação política tornada possível pelos acontecimentos de 25 de novembro de 1975. Continua, no texto inicial, formulações ideológicas próximas do marxismo (em sete ou oito artigos dos trezentos e doze) e mantinha ainda, a título transitório, o Conselho da Revolução.

Nada disso poderia prevalecer sobre:

- a afirmação da dignidade da pessoa humana como base da República, o Estado de Direito democrático e o pluralismo de expressão e organização políticas (arts. 1.º e 2.º);

(*) Professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

- o primado dos direitos fundamentais em face da organização económica (Parte I do texto constitucional);
- extenso e rigoroso enunciado de direitos, liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais (arts. 24.º, ss. e 58.º, ss.);
- a interpretação e a integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 16.º, n.º 2);
- o jus-internacionalismo, traduzido no princípio da equiparação de direitos dos não portugueses (art. 15.º), na proibição de extradição quando o Direito do Estado requisitante preveja pena de morte ou outra de que resulte lesão irreparável da integridade física (art. 33.º, n.º 6), o respeito dos direitos do homem nas relações internacionais (art. 7.º, n.º 1);
- a prescrição da aplicação imediata dos direitos, liberdades e garantias e de direitos de natureza análoga (art. 18.º, n.os 1 e 2);
- o princípio da proporcionalidade (art. 18.º, n.º 2, entre outros);
- a garantia de setores cooperativo e privado na economia (arts. 84.º e 85.º);
- a consagração de princípios gerais de Direito eleitoral (art. 113.º);
- a institucionalidade dos partidos políticos e do direito de oposição democrática (art. 114.º);
- a independência dos tribunais e a sua sujeição apenas à lei (art. 204.º);
- o desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade (arts. 277.º, ss.)(1).

Este entendimento esteve, porém, longe de ser o único aduzido.

2. Com efeito, se a Constituição trouxe a estabilização política segundo um modelo institucional idêntico ou análogo ao das democracias ocidentais, a sua entrada em vigor não significou o apaziguamento ou o consenso constitucional no país. Pelo contrário, desde o início, o debate à volta da Constituição assumiu um relevo inédito, por vezes excessivo e,

(1) V., sobretudo, *A Constituição de 1976 — Formação, estrutura, princípios fundamentais*, Lisboa, 1978.

em 1980, quase dramático. Nem isso surpreende a quem evoque o paralelo com outras épocas da nossa história contemporânea e, mais de perto, as vicissitudes e as sucessivas atitudes políticas que acompanharam a feitura da Constituição⁽²⁾.

Esse debate centrou-se sobre aspetos globais da obra constitucional: sobre o sentido normativo fundamental da Constituição, e em especial da Constituição económica⁽³⁾; sobre o seu carácter definitivo ou transitório; sobre os limites materiais de revisão constitucional; e sobre o modo de fazer a primeira revisão.

3. Quanto ao sentido fundamental da Constituição, desenharam-se quatro posições.

Para uns, o que haveria a realçar na Constituição seria o socialismo (ou a transição para o socialismo), o rumo para uma sociedade sem classes, o poder democrático das classes trabalhadoras, o controlo de gestão, a apropriação coletiva, a eliminação dos monopólios e dos latifúndios, as nacionalizações, o plano, a reforma agrária, as organizações populares de base⁽⁴⁾.

Para outros, seria também o socialismo e, mais do que o socialismo, o carácter marxista⁽⁵⁾ e a ditadura do proletariado⁽⁶⁾; mas, exatamente por isso, pronunciavam-se contra o texto de 1976.

Uma terceira leitura da Constituição, reconhecendo nela tanto um elemento democrático quanto um elemento socialista, afirmava-os incompatíveis (senão por princípio, pelo menos pelo modo como se dispõem ou sobreporiam, sem coordenação, no articulado constitucional). A Constituição seria internamente contraditória e, na prática, ou não poderia funcionar ou poderia conduzir a qualquer tipo de solução política e económica⁽⁷⁾.

(2) Segundo o que consta do *Manual de Direito Constitucional*, I, 10.^a ed., Coimbra, 2014, p. 211, ss.

(3) Principalmente na perspectiva da adesão às Comunidades Europeias.

(4) Assim, LUÍS CARVALHO OLIVEIRA, *A Constituição: alguns conceitos fundamentais*, Lisboa, 1976, e a orientação geral da revista *Fronteira*, editada no Porto, durante alguns anos, pela “Cooperativa de Defesa da Constituição”.

(5) MARCELLO CAETANO, *Constituições portuguesas*, 4.^a ed., Lisboa, 1978, p. 140.

(6) PEDRO SOARES MARTINEZ, *Comentários à Constituição portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978, *maxime* p. 14.

(7) Foi a tese sustentada por MANUEL DE LUCENA, *O Estado da Revolução*; mais mitigadamente, por ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA, *Da revisão constitucional ao “compromisso impossível”*, in *Expresso* de 19 de Janeiro de 1980; e, mesmo após 1982, por RUI MACHETE, *Os princípios estruturantes da Constituição e a próxima revisão constitucional*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1987, pp. 346, 357, 359 e 360, e, em termos radicais, por FRANCISCO LUCAS PIRES, *Teoria da Constituição de 1976, cit.*, *maxime* pp. 132, ss., 184, ss., 292, ss. e 388.

Uma quarta maneira de ver era a dos que encontravam na Constituição igualmente esses elementos — a democracia ou a democracia política, pluralista e representativa, e o socialismo ou a democracia económica, social e cultural — como frutos de um determinado compromisso político e os procuravam interpretar e integrar sistematicamente através dos processos próprios do trabalho jurídico. Mas ainda aqui podiam distinguir-se cambiantes⁽⁸⁾.

Foi sempre esta última posição a que sempre defendi, apoiando-me no ponto firme que era e é a legitimidade democrática da Constituição. E foi ela que constantemente veio a ser adotada pela Comissão Constitucional.

4. A Constituição não fala em “período de transição”⁽⁹⁾. No entanto, por a Plataforma de Acordo Constitucional entre o Conselho da Revolução e os partidos políticos de 26 de fevereiro de 1976 ter sido fonte imediata da parte III e da parte IV e por a Constituição prever um regime da primeira revisão diferente do das revisões ulteriores (menos difícil), estar-se-ia diante de uma Constituição transitória⁽¹⁰⁾, diante de uma Constituição destinada a vigorar por um período curto até essa primeira revisão ou novação constitucional.

Doutro prisma, a Constituição seria transitória, por incidível da transição para o socialismo a que ela própria se referia; seria uma Constituição para a transição para o socialismo e, logo que este objetivo estivesse alcançado, haveria de ser substituída por outra, determinada pelas relações sociais de produção que então viessem a prevalecer⁽¹¹⁾.

Estas opiniões não eram suficientemente fundadas.

Por um lado, o ter sido a Plataforma uma das fontes da Constituição e o falar em “período de transição” só poderia implicar (como veio a implicar) uma consequência: a extinção do Conselho da Revolução na primeira revisão constitucional (correspondente ou subsequente ao período dito de transição). E essa consequência apenas prova (e provou) que a Constitui-

⁽⁸⁾ Cf., acentuando mais o elemento socialista, J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, 1.ª ed., *maxime* pp. 8, 50, ss. e 189, ss.; ou, inversamente, tendo-o por não cogente, ANTÓNIO DE SOUSA FRANCO, *Sistema financeiro e Constituição financeira no texto constitucional de 1976*, in *Estudos sobre a Constituição*, obra coletiva, III, p. 567, ss.

⁽⁹⁾ E ao contrário do primeiro texto preparado pela 5.ª comissão da Assembleia Constituinte, em correspondência com a 1.ª Plataforma, de 13 de abril de 1975 (art. 2.º, n.º 1).

⁽¹⁰⁾ ANDRÉ THOMASHAUSEN, *Constituição e realidade constitucional*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, p. 473, ss.

⁽¹¹⁾ Divisa-se aqui um direto afloramento das concepções estalinistas da Constituição-balanço e Constituição-programa. Mas não foram só setores identificados com tais concepções que se serviram do argumento.

ção continha em si um princípio definitivo, o princípio democrático, em relação ao qual o Conselho da Revolução representava um desvio.

Por outro lado, regras específicas da primeira revisão eram a exigência de maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (art. 286.º, n.º 1), em vez de maioria de dois terços dos Deputados em efetividade de funções (art. 287.º, n.º 3); e a aproximada coincidência da atribuição à Assembleia da República de poderes de revisão com os termos da primeira legislatura e do primeiro mandato presidencial (arts. 286.º, n.º 1, 299.º, n.º 1, e 296.º). Mas estas regras justificavam-se por a primeira fase de vigência de qualquer Lei Fundamental equivaler a um tempo de experimentação e por a extinção do Conselho da Revolução exigir a reponderação do sistema de governo. Não permitiam concluir que se fosse passar de uma Constituição a outra⁽¹²⁾.

Quanto à “transição para o socialismo” tão pouco ela conferia à Constituição índole transitória, apenas lhe conferia (parcialmente) caráter programático. A transição não era exterior à Constituição formal e alterações de preceitos que viessem a ocorrer, por virtude disso, não afetariam a Constituição material⁽¹³⁾.

5. Tanto a Constituição não era transitória que enumerava explícitos limites materiais da revisão constitucional — quer dizer, princípios substantivos que deviam ser respeitados em ulterior modificação do seu texto. E à volta do preceito a eles referente (o art. 290.º) uma larga polémica doutrinal (e política) se estabeleceu.

O lugar indicado para analisar o problema, extremamente complexo, não pode ser, porém, este⁽¹⁴⁾. Por agora apenas se diga que cláusulas de limites materiais encontram-se em várias Constituições (como na nossa de 1911, no seu art. 82.º, § 2.4, a respeito da forma republicana de governo); o que distingue a Constituição de 1976 é prever um copioso elenco, abrangendo também princípios da organização económica.

6. Portugal pôde ratificar, dois anos depois da aprovação da Constituição, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e os seus Protocolos Adicionais.

(12) Significativo é ainda o facto de a matéria da revisão constitucional, que no parecer da Comissão de Sistematização da Constituinte era colocada em “Disposições finais e transitórias” (v. *Diário*, n.º 13, p. 272), no fim ter ficado a constituir o título II da parte IV.

(13) Para maior desenvolvimento deste assunto, v. *A Constituição de 1976, cit.*, p. 215, ss.

(14) *V. Teoria da Constituição*, Coimbra, 2020, p. 198, ss.

Mais tarde, aderiu ou ratificou numerosos tratados internacionais de proteção da pessoa humana; ingressaria nas Comunidades Europeias, antecessoras da União Europeia; ratificaria o Tratado institutivo do Tribunal Penal Internacional.

A Constituição portuguesa influenciaria, em alguns pontos, as Constituições espanhola de 1978 e brasileira de 1988 e pode considerar-se largamente fonte das Constituições de Cabo Verde, da Guiné-Bissau, de São Tomé e Príncipe, de Angola e de Moçambique, ocorrida nesses países a democratização dos anos noventa, tal como fonte principal da Constituição de Timor independente.

7. O modo como se deveria fazer a primeira revisão constitucional foi, de todas as questões, a mais agitada. A despeito de a Constituição se ocupar *ex professo* do assunto, cometendo tal poder à Assembleia da República [arts. 164.º, alínea *a*), 169.º, n.º 1, e 286.º, ss.], houve quem invocasse a possibilidade ou a necessidade de recorrer ao povo através de referendo; foram apresentados um projeto de lei e uma proposta de lei de autorização legislativa tendentes à organização do referendo⁽¹⁵⁾; e a campanha eleitoral relativa à eleição presidencial em 1980 teve-o como tema primacial.

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

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

Mas a fraqueza jurídica dos argumentos era notória, à face dos cânones gerais de interpretação e das regras básicas do constitucionalismo ocidental (em que todo o poder público tem de estar previsto e contido em regras jurídicas e em que prevalecem os mecanismos representativos⁽¹⁶⁾ e pluralistas).

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

(16) V., por todos, o colóquio sobre revisão constitucional em que intervieram FRANCISCO LUCAS

No fundo o que estava em causa era ainda a oposição à Constituição; era, não já um processo para a modificar — o que pressupunha a aceitação das suas regras — mas um processo para a substituir; era saber se deveria ou não dar-se, e de que forma, rutura da ordem constitucional de 1976.

8. Os resultados da eleição presidencial de Dezembro de 1980 resolveram este problema no sentido da inadmissibilidade do referendo (com risco de degenerar em plebiscito, na pior aceção do termo) e do respeito das regras constitucionais sobre revisão⁽¹⁷⁾.

9. A primeira revisão constitucional, em 1981 e 1982, efetuar-se-ia, pois, no respeito pela Constituição, em ambiente de participação. E extinto o Conselho da Revolução, os militares, pela primeira vez desde 1822, deixaram de intervir na vida política.

As revisões constitucionais subseqüentes continuariam nessa linha.

Assim como um papel importante seria desempenhado pela jurisprudência, primeiro da Comissão Constitucional, de 1976 a 1980 e, depois, pelo Tribunal Constitucional, semelhante aos de vários países europeus, e posto a funcionar em 1982.

II. A dignidade da pessoa humana, fundamento da República

10. Por circunstâncias históricas de vária índole, a ligação jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana só começa com os grandes textos internacionais e as Constituições subseqüentes à segunda guerra mundial⁽¹⁸⁾.

Surge na Carta das Nações Unidas (no preâmbulo); na Declaração Universal, ao afirmar-se que “o desconhecimento e o desprezo dos direitos do homem” tinham conduzido “a atos de barbárie que revoltaram a consciência da Humanidade e que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”

PIRES, ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, JOSÉ MIGUEL JÚDICE e MARCELO REBELO DE SOUSA, in *Democracia e Liberdade*, n.º 16, Novembro de 1980, p. 9, ss.

(17) Do mesmo modo que, em todas as eleições realizadas desde 1976, nunca o partido cujos deputados votaram contra a Constituição obteve maioria; ficou sempre abaixo dos 18%.

(18) *Direitos fundamentais*, 3.ª ed., Coimbra, 2020, p. 225, ss.

(preâmbulo); nos Pactos Internacionais de Direitos Económicos, Sociais e Culturais e dos Direitos Cívicos e Políticos (também nos preâmbulos); ou na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (preâmbulo e art. 1.º).

Surge em resposta “aos regimes que tentaram sujeitar e degradar a pessoa humana” (preâmbulo da Constituição francesa de 1946) e quando se proclama que “a dignidade da pessoa humana é sagrada” (art. 1.º da Constituição alemã de 1949). E vai constar depois das Constituições mais recentes.

11. Não foi, porém, nessa esteira das Constituições do segundo pós-guerra que a Constituição do regime autoritário de 1933 introduziu, na revisão constitucional de 1951, a expressão “dignidade humana” ao acrescentar ao art. 6.º, como uma das incumbências do Estado “zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a *dignidade humana*” (n.º 3); e a revisão de 1945 iria consagrar a “dignidade das pessoas” como limite à liberdade dos cultos (art. 45.º). Apesar de representar um progresso, parecia prevalecer aí uma linha principalmente assistencialista e paternalista.

Bem diferente viria a ser a Constituição atual, ao declarar logo no art. 1.º, a República “*baseada na dignidade da pessoa humana*”. Ao dizer que “todos os cidadãos têm a mesma *dignidade social* e são iguais perante a lei” e ao reiterá-lo no art. 26.º, n.º 2: “A lei estabelecerá garantias efetivas contra a utilização abusiva ou contrária à *dignidade humana*, de informações relativas às pessoas e famílias”. No art. 26.º, n.º 3: “A lei garantirá a *dignidade pessoal* e a identidade genética do ser humano...”. No art. 59.º, n.º 1, alínea *b*): “Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, raça, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: (...) *b*) À organização do trabalho em *condições socialmente dignificantes*, de forma a facultar a realização pessoal e a permitir a conciliação da actividade profissional com a vida familiar”. No art. 67.º, n.º 2, alínea *e*): “Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: (...) *b*) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a *dignidade da pessoa humana*”. Ou no art. 206.º, ao admitir limites à audiência dos tribunais para *salvaguarda da dignidade das pessoas*.

12. A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na conceção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Pelo menos, de modo direto e evidente, os direitos, liberdades e garantias pessoais e os direitos económicos sociais e culturais comuns têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas*. No entanto, os demais direitos, ainda quando projetados em instituições, remontam também à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. A copiosa extensão do elenco não deve fazer perder de vista esse referencial.

Por outro lado, o princípio da participação democrática na vida coletiva — quer enquanto subjetivado em direitos individuais, os direitos políticos (arts. 48.º, ss.), quer enquanto elevado a um dos objetivos da educação (art. 73.º, n.º 2), quer enquanto princípio estruturador da organização económica no tocante aos trabalhadores, aos empreendedores e aos consumidores [arts. 80.º, alínea g), e 60.º, n.º 3], quer, finalmente, enquanto condição do sistema democrático (art. 109.º) — alicerça-se no respeito e na garantia dos direitos e liberdades fundamentais (arts. 2.º e 9.º). Não se prevê a participação pela participação; prevê-se e promove-se como expoente da realização das pessoas.

Para além da unidade do sistema, o que conta é a unidade da pessoa. A conjugação dos diferentes direitos e das normas constitucionais, legais e internacionais a eles atinentes torna-se mais clara a essa luz assim como o carácter inalienável e imprescindível dos direitos fundamentais.

O “homem situado” do mundo plural, conflitual e em acelerada mutação do nosso tempo encontra-se muitas vezes dividido por interesses, solidariedades e desafios discrepantes; só na consciência da sua dignidade pessoal retoma unidade de vida e de destino.

Enfim, a jusfundamentalidade como critério para a admissibilidade de outros direitos afora os inseridos no texto constitucional pode ainda associar-se à ideia de respeito pela dignidade da pessoa humana.

13. O art. 1.º da Declaração Universal precisa e explicita a conceção de pessoa da Constituição, recolhendo as inspirações de diversas filosofias e, particularmente, de diversas correntes jusnaturalistas: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”.

Dotados de razão e de consciência — eis o denominador comum a todos os homens e mulheres em que consiste essa igualdade. *Dotados de razão e consciência* — eis o que, para além das diferenciações geográficas, económicas, culturais e sociais, justifica o reconhecimento, a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. *Dotados de razão e de consciência* — eis por que os direitos fundamentais, ou os que estão no seu

cerne, não podem desprender-se da consciência jurídica das pessoas e dos povos.

Devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade — eis o horizonte de esperança aberto ou proposto a todos os seres humanos.

III. O Estado de Direito democrático

14. Não basta enumerar, definir, explicitar, assegurar só por si direitos fundamentais; é necessário que a organização do poder político e toda a organização constitucional estejam orientados para a sua garantia e a sua promoção. Assim como não basta afirmar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política do Estado e a vontade popular em qualquer momento; é necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada cidadão tenha a segurança da previsibilidade do futuro⁽¹⁹⁾.

Em suma: é necessário que se não verifique incompatibilidade entre o elemento subjetivo e o elemento objetivo da Constituição; que os direitos fundamentais tenham um quadro institucional de desenvolvimento; que (na linha que, afinal, remonta a MONTESQUIEU) a garantia da liberdade se faça através da divisão do poder. A síntese destes princípios, o modelo ou a ideia em que se traduzem vem a ser o Estado de Direito.

Estado de Direito não equivale a Estado sujeito ao Direito, porque não há Estado sem sujeição ao Direito no duplo sentido de Estado que age segundo processos jurídicos e que realiza uma ideia de Direito, seja ela qual for. Estado de Direito só existe quando esses processos se encontram diferenciados por diversos órgãos, de harmonia com um princípio de divisão do poder, e quando o Estado aceita a sua subordinação a critérios materiais que o transcendem; só existe quando se dá limitação material do poder político; e esta equivale a salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Citando de novo uma fórmula lapidar da Declaração Universal (do seu preâmbulo): “É essencial a proteção dos direitos do homem através de um *regime de direito* para que o homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão”.

Há elementos inerentes ao Estado de Direito que antecedem a formulação da ideia e até o constitucionalismo moderno, porque são essenciais à

(19) *Direitos fundamentais, cit.*, p. 257, ss.

civilização jurídica (ou a *qualquer* civilização jurídica); a publicidade das leis, a sujeição dos governantes às leis em vigor enquanto não sejam modificadas, a imparcialidade dos tribunais, a salvaguarda dos casos julgados.

Mas o art. 16.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão identificaria os direitos individuais e a separação dos poderes com o cerne da Constituição e seria a partir daí que se desenvolveria o Estado de Direito ao longo do século XIX: a segurança como base da Constituição a par da liberdade e da propriedade (assim, entre nós, logo o art. 1.º do texto de 1822), as garantias da liberdade e da segurança pessoal, a não retroatividade das leis, ou, pelo menos, das leis penais incriminadoras, o primado da lei e o princípio da legalidade da Administração, a ressalva dos atos administrativos constitutivos de direitos, a independência dos tribunais.

A seguir à segunda guerra mundial surgiria aquilo a que se tem chamado *Estado de Direito material*, contraposto ao *Estado de Direito formal* do positivismo jurídico. Um Estado de direitos fundamentais e orientado para a justiça, em que avultam o princípio da constitucionalidade e a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos do poder, a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o carácter restritivo das restrições a direitos fundamentais, os princípios da proporcionalidade, da tutela da confiança e da tutela jurisdicional efetiva, a reserva (absoluta) de jurisdição dos tribunais, a obrigatoriedade de execução das sentenças dos tribunais administrativos, a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos seus órgãos e agentes.

Como as coordenadas do Estado de Direito se desenvolvem todas segundo a linha dos direitos fundamentais, ele agora desenvolve-se a par do Estado social.

15. No caso português, se muitos dos elementos acabados de indicar aparecem, sob feições e em graus variáveis, ao longo das sucessivas Constituições, certo é que, em nenhuma, elas os ressaltam de uma forma tão clara e tão completa quanto na Constituição de 1976.

Para isso terão contribuído, por um lado, as deficiências e insuficiências manifestadas pela Constituição de 1933 e, sobretudo, a denúncia das perversões na sua aplicação prática, bem como, por outro lado, depois de 25 de abril de 1974, a resistência a graves desvios verificados em 1974 e 1975 e a necessidade de evitar a sua repetição. Terão concorrido ainda a convicção, que subsistiu sobretudo entre os advogados, dos princípios do Estado de Direito e, embora menos, o ensino e a investigação nas Universidades.

O texto inicial da Constituição procurou ser, pois, extremamente minucioso e cuidadoso no domínio dos direitos fundamentais e na organi-

zação do poder — não obstante só falar em Estado de Direito, em Estado de Direito democrático no preâmbulo e encerrar algumas normas controversas à sua luz. A revisão constitucional de 1982, por seu turno, definiu o regime político como Estado de Direito democrático (art. 2.º), alargou ainda mais o quadro dos direitos, liberdades e garantias e os mecanismos de fiscalização e criou um Tribunal Constitucional. Enfim, as revisões de 1989 e de 1997 persistiram nessa linha, com especial incidência nos direitos dos administrados⁽²⁰⁾.

À face do texto inicial da Constituição chegou a ser contestada a qualificação do Estado português como Estado de Direito, nomeadamente, por causa da atribuição ao Conselho da Revolução da competência para declarar a inconstitucionalidade de normas jurídicas com força obrigatória geral (art. 281.º), da subsistência da Lei n.º 8/75, de 25 de julho (art. 309.º), e da constitucionalização do Decreto-Lei n.º 621-B/74, de 15 de novembro (art. 308.º).

Todavia, apesar de conter essas normas e de a aplicação retroativa de sanções criminais cominadas pela Lei n.º 8/75 ser, como sempre sustentei indiscutivelmente, violadora de princípios do Estado de Direito⁽²¹⁾, tal não era suficiente para inquinar a qualificação. Não só as referidas normas apareciam com alcance e duração limitados como eram amplamente compensadas — se é lícito pensar em compensação nesta matéria — por importantíssimos avanços na consagração dos direitos fundamentais e no reforço dos meios jurisdicionais de garantia.

Entre os progressos no sentido do Estado de Direito (muitos deles desconhecidos da generalidade das Constituições e dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos do homem) trazidos logo em 1976 avultavam (frisando, de novo, alguns pontos já aflorados atrás) os princípios sobre a força jurídica dos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º) e o regime da sua suspensão (art. 19.º), os limites materiais e a jurisdicionalização da extradição (art. 23.º, n.º 4; hoje art. 33.º, n.ºs 3 a 6), as garantias de direito e processo penais (art. 27.º, ss.), a definição do conteúdo do *habeas corpus* (art. 31.º), as garantias relativas à utilização da informática (art. 35.º), o direito à objeção de consciência (arts. 41.º, n.º 5, e 276.º, n.º 3), a interdição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos [art. 52.º, alínea *b*); hoje art. 53.º], a afirmação dos tribunais administrativos como verdadeiros tribunais (art. 212.º), valendo

⁽²⁰⁾ V. os Autores indicados in *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, p. 20.

⁽²¹⁾ Como sempre entendi: v. *A Constituição de 1976*, cit., p. 481, ss., e *Manual...*, VI, 4.ª ed., Coimbra, 2013, pp. 21-22.

para eles os princípios gerais sobre a execução das sentenças (art. 210.º, n.º 2; hoje art. 205.º, n.º 3), a consagração do Conselho Superior da Magistratura como órgão constitucional (art. 223.º; hoje art. 218.º), o princípio da imparcialidade da Administração (arts. 267.º, n.º 2; hoje 266.º, n.º 2), os princípios e regras sobre polícia (art. 272.º), a inexistência de garantia administrativa (art. 271.º, n.º 1).

16. Reportando-nos à Constituição, no articulado atual, firmam o Estado de Direito:

- a) O sentido restritivo das restrições a direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.os 2 e 3);
- b) Os princípios da segurança jurídica (arts. 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, e 282.º, n.º 4), da proporcionalidade (arts. 18.º, n.º 2, 19.º, n.os 4 e 8, 30.º, n.º 5, 50.º, n.º 3, 65.º, n.º 4, 266.º, n.º 2, 267.º, n.º 4, 270.º e 272.º, n.º 2) e da tutela jurisdicional efetiva dos direitos (arts. 20.º e 268.º, n.os 4 e 5);
- c) O princípio de separação e interdependência dos órgãos de poder [arts. 2.º, 112.º, n.º 1, e 288.º, alínea *j*)]; a distribuição de competências entre os órgãos governativos tendo em vista não apenas a prática de atos próprios mas também o exercício de funções de fiscalização recíproca (entre outros, arts. 133.º, 134.º, 135.º, 136.º, 161.º, 162.º, 195.º, 231.º e 233.º); a competência legislativa genérica da Assembleia da República [art. 161.º, alínea *d*)] e reservada, nomeadamente sobre direitos, liberdades e garantias, direito e processo penais, tribunais e magistratura (arts. 164.º e 165.º); a proibição de dissolução da Assembleia da República e de atos de revisão constitucional na vigência de estado de sítio ou de emergência (arts. 172.º, n.º 1, e 289.º) e a obediência das Forças Armadas aos órgãos competentes nos termos da Constituição e da lei (art. 275.º, n.º 3);
- d) A reserva aos tribunais da função jurisdicional, visto que eles são “os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo” (art. 202.º)⁽²²⁾, e, assim, cabe-lhes defender os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflí-

⁽²²⁾ Cf. acórdão n.º 41 da Comissão Constitucional, de 9 de novembro de 1977, *in* apêndice ao *Diário da República* de 30 de dezembro de 1977.

tos de interesses públicos e privados (art. 202.º e ainda arts. 20.º, n.º 1, e 113.º, n.º 7); a independência dos tribunais [arts. 203.º e 288.º, alínea *m*)] e a obrigatoriedade das suas decisões para todas as entidades públicas e privadas (art. 205.º, n.º 2); e a competência reservada dos tribunais judiciais, salvo em tempo de guerra a dos tribunais militares, para aplicar a lei criminal (arts. 27.º, n.º 2, 28.º, n.ºs 1 e 3, 30.º, n.º 2, 31.º, n.º 1, e 212.º); a proibição de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes (art. 209.º, n.º 4); a inamovibilidade, a irresponsabilidade e as demais garantias dos juizes (arts. 216.º);

- e) O exercício do poder político, a nível do Estado, das regiões autónomas e do poder local, com sujeição à Constituição [art. 3.º, n.º 2 — inicial 115.º — e arts. 10.º, n.º 1, 108.º, 110.º, n.º 2, 111.º, n.º 1, 114.º, n.º 2, 223.º, n.º 2, alínea *f*), 225.º, n.º 3, 227.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*), 234.º, n.º 1, e 241.º], dependendo a validade dos seus atos da conformidade com a Constituição (art. 3.º, n.º 3); o poder de apreciação pelos tribunais da existência de inconstitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento (art. 204.º); a competência de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional (art. 281.º); o direito de resistência a ordens que ofendam os direitos, liberdades e garantias (art. 21.º), o direito de não pagar impostos que não tenham sido criados nos termos da Constituição (art. 103.º, n.º 3) e o direito de petição para defesa da Constituição (art. 52.º, n.º 1); a fiscalização de inconstitucionalidade por ação ou por omissão de normas jurídicas como limite material da revisão constitucional [art. 288.º, alínea *l*);
- f) A subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé (art. 266.º, n.º 2); os direitos e garantias dos administrados, designadamente a necessidade de fundamentação expressa dos atos que afetem direitos ou interesses legalmente protegidos (art. 268.º, n.º 3) e a garantia do acesso à justiça administrativa (art. 268.º, n.ºs 4 a 5); a observância das regras gerais sobre polícia e o respeito dos direitos, liberdades e garantias na prevenção dos crimes, incluindo a dos crimes contra a segurança do Estado (art. 272.º, n.º 3);
- g) A responsabilidade civil do Estado e das demais entidades públicas, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários

ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem (art. 22.º); em especial, o dever de indemnizar o lesado, em caso de privação de liberdade contra o disposto na Constituição e na lei (art. 27.º, n.º 5) e de condenação criminal injusta (art. 29.º, n.º 6); a responsabilidade civil e criminal dos titulares de cargos políticos (arts. 117.º, 130.º e 196.º); a responsabilidade civil, criminal e disciplinar dos funcionários e agentes pelas suas ações ou omissões de que resulte violação dos direitos ou de interesses legalmente protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica (art. 271.º, n.º 1)⁽²³⁾.

17. Além destas regras a jurisprudência formulou outras, deduzidas da própria ideia ou do conteúdo do Estado de Direito, tais como:

- A extensão ao ilícito de mera ordenação social e às sanções disciplinares, inclusive em Direito do trabalho, do princípio da proporcionalidade e mesmo de alguns dos princípios fundamentais de Direito criminal (*v. g., nulla poena sine lege*) e das garantias essenciais de defesa;
- A aplicação judicial das medidas de reeducação privativas da liberdade;
- Os princípios da igualdade processual das partes e do contraditório;
- A proibição de lei retroativa — para lá de lei restritiva de direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 3), de lei penal incriminadora (art. 29.º, n.º 2) e de lei definidora de competência do tribunal (art. 32.º, n.º 9) — que viole de forma intolerável a segurança jurídica e a confiança das pessoas, designadamente de lei tributária retroativa nessas condições;
- A inadmissibilidade de privação retroativa do direito de interposição de recurso de decisões judiciais;
- O princípio da publicidade dos atos.

⁽²³⁾ Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2004, p. 243, ss.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 161, ss.; MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República*, Coimbra, 2005, p. 179, ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual de Direito constitucional*, II, 5.ª ed., Coimbra, 2013, p. 697, ss.

18. Quanto a *Estado de Direito democrático*, a expressão traduz a confluência de Estado de Direito e democracia. Se, historicamente, surgiram sob influências e em momentos diversos, hoje uma democracia representativa e pluralista não pode deixar de ser um Estado de Direito — por imperativo de racionalidade ou funcionalidade jurídica e de respeito dos direitos das pessoas. O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com a regra da maioria (arts. 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado — material e formalmente — à Constituição (citados arts. 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos atos do poder (arts. 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, 278.º, ss.)(²⁴).

Há uma interação de dois princípios substantivos — o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais — e a mediatização dos princípios adjetivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão jurídica sobre a sua modelação. O equilíbrio (ou, se se preferir, a síntese, obtém-se através da harmonia sistemática de valores e princípios, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta conceção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para proteção dos direitos individuais. Já não configurar os direitos como trunfos contra a maioria. Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efetivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem tensões ou desvios, hão de ultrapassar-se no âmbito da Constituição e dos seus mecanismos de garantia.

19. Em segundo lugar, porém, Estado de Direito democrático parece querer significar um pouco mais. Pode significar Estado social de Direito.

Ele liga-se especificamente também à democracia económica, social e cultural, cuja realização é objetivo da democracia política (art. 2.º, 2.ª parte); reporta-se ao relevo assumido pelos direitos económicos, sociais e culturais e pelas condições da sua efetivação [art. 9.º, alínea *d*), e arts. 58.º, ss.];

(²⁴) *Direitos fundamentais*, cit., p. 266, ss. Mas é bem melhor dizer *ordem constitucional democrática*, como diz o citado art. 19.º, n.º 2.

torna-se indissociável da vinculação das entidades privadas aos direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1, *in fine*) e da subordinação do poder económico ao poder político democrático [art. 80.º, alínea *a*), e art. 81.º, alínea *e*)]; pretende-se um modelo mais exigente (não necessariamente mais original) de Estado de Direito — no confronto do dos países da Europa ocidental — quer no tocante aos direitos sociais quer no que tange aos próprios direitos de liberdade.

Afirmando a decisão de assegurar o primado do Estado de Direito democrático, a Constituição reitera do mesmo modo o primado do Direito — do Direito que justifica e organiza um Estado democrático e, concomitantemente, reflete e conforma uma sociedade que se aspira de pessoas livres e iguais. O Estado e a sociedade são, assim, qualificados pela sua integração pelo Direito e este é, por seu turno, posto perante a vivência dos fatores de vária ordem decorrentes daquela perspetiva.

Não é uma harmonia pré-estabelecida que se pretende conservar a todo o custo, é uma sociedade imperfeita que se pretende transformar no respeito de certas regras e com vista a certos objetivos. Não se negam os contrastes, os conflitos e os antagonismos de classes, de grupos, de gerações, de setores e de regiões; mas inserem-se tais contrastes numa visão dinâmica do processo social em que se espera a sua superação através de níveis crescentes de participação e desalienação — tudo dentro dum rigoroso quadro constitucional e na permanência dos valores que imprimem caráter e razão de ser à comunidade política.

IV. O sistema de governo semi-presidencial

20. O sistema de governo de 1976 foi moldado com a preocupação maior de evitar os vícios inversos do parlamentarismo de assembleia da Constituição de 1911 e da concentração de poder da Constituição de 1933, e tendo como pano de fundo a situação institucional pós-revolucionária.

O ponto mais delicado dizia respeito ao lugar do Presidente da República, às suas competências e ao seu modo de eleição. Ele não devia ser um Presidente meramente representativo, nem um Chefe de Estado equivalente ao do regime autoritário, nem tão pouco (o que contrariaria a tradição constitucional portuguesa) um Presidente chefe do Poder Executivo. Mas tanto poderia ser um Presidente arbitral, embora com capacidade de intervenção efetiva, no âmbito de um parlamentarismo racionalizado, como um Presidente mais forte, regulador do sistema político, de tipo semipresidencial.

Optou-se pela segunda alternativa, desde logo, pela necessidade de compensar ou equilibrar o Conselho da Revolução, que iria subsistir durante alguns anos. E ainda por mais duas razões: pela dificuldade de instauração de um governo parlamentar após 50 anos sem Parlamento democrático e pela prefiguração de um modelo misto pela Lei n.º 3/74 (com Presidente da República, Governo e um Conselho de Estado, que fazia as vezes de assembleia).

Acrescia o modo de eleição, que não podia deixar de ser (após o desvio traduzido na 1.ª Plataforma de Acordo Constitucional) a eleição por sufrágio direto e universal, de resto prevista já no Programa do Movimento das Forças Armadas (C, 1). A sua reivindicação fazia parte desde 1958-1959 do património das reivindicações democráticas em Portugal. Só ela daria ao Presidente da República suficiente legitimidade para presidir ao Conselho da Revolução e, se fosse caso disso, para se lhe impor⁽²⁵⁾. Ela serviria de contraponto de unidade em face da eventual fragmentação parlamentar resultante do princípio da representação proporcional — decorrente este, por seu turno, de uma exigência de garantia do pluralismo e de integração numa sociedade tão dividida como se apresentava a portuguesa.

Sobre tudo isto formara-se um consenso difuso na Assembleia Constituinte, nos principais partidos e na opinião pública nos últimos meses de 1975 e nos primeiros de 1976. E estas orientações viriam a ser consagradas na 2.ª Plataforma e no texto constitucional.

21. Os aspetos fundamentais a considerar eram, pois, os seguintes:

- a) Existência de quatro órgãos políticos de soberania — Presidente da República, Conselho da Revolução, Assembleia da República e Governo (art. 113.º);
- b) Atribuição ao Presidente da República, também presidente do Conselho da Revolução, sobretudo de poderes relativos à constituição e ao funcionamento de outros órgãos do Estado e das regiões autónomas, do poder de promulgação e veto e do poder de declaração do estado de sítio ou do estado de emergência (arts. 136.º e 137.º);
- c) Condicionamento dos principais atos do Presidente da República pelo Conselho da Revolução (arts. 145.º e 147.º);

⁽²⁵⁾ Mas isso explica, por outra parte, a circunstância de o primeiro Presidente eleito ter sido um militar.

- d) Sujeição a referenda ministerial apenas de certos atos do Presidente da República (art. 141.º);
- e) Atribuição à Assembleia da República, Parlamento unicameral (art. 150.º, ss.), sobretudo do primado da função legislativa (arts. 164.º, 167.º, 168.º e 172.º) e de funções de fiscalização do Governo e da Administração pública (art. 165.º);
- f) Consideração do Governo como o órgão de condução da política geral do país (art. 185.º), sendo o Conselho de Ministros presidido pelo Presidente da República apenas a solicitação do Primeiro-Ministro [art. 136.º, alínea h)];
- g) Eleição direta do Presidente da República (art. 124.º), com candidatos propostos por grupos de cidadãos (art. 127.º) e em data nunca coincidente com a da eleição dos Deputados (art. 128.º);
- h) Exigência de maioria absoluta para a eleição do Presidente da República (art. 129.º);
- i) Eleição dos Deputados à Assembleia da República segundo o sistema proporcional e o método de Hondt (art. 155.º) e com candidaturas reservadas aos partidos (art. 154.º);
- j) Duração diferenciada do mandato presidencial — cinco anos (art. 131.º) — e da legislatura — quatro anos (art. 174.º) — e ineligibilidade do Presidente para terceiro mandato consecutivo e durante o quinquénio subsequente a segundo mandato consecutivo (art. 126.º);
- l) Incompatibilidade das funções de Deputado e de membro do Governo (art. 157.º);
- m) Sujeição da Assembleia da República a dissolução pelo Presidente da República, verificados certos requisitos, designadamente parecer favorável do Conselho da Revolução [arts. 136.º, alínea e), e 175.º];
- n) Formação do Governo por ato do Presidente da República “tendo em conta os resultados eleitorais” (art. 190.º), seguido da apreciação do seu programa pela Assembleia da República (art. 195.º);
- o) Responsabilidade política do Governo perante ambos os órgãos (art. 193.º), não sendo, porém, necessária a confiança positivamente afirmada (pelo menos, da Assembleia) para que ele subsista, e bastando a não desconfiança explícita, exceto quando seja o próprio Governo a pedir um voto de confiança (arts. 195.º a 198.º);

- p) Proibição de dissolução da Assembleia da República por efeito de rejeição do programa do Governo, salvo no caso de três rejeições consecutivas (art. 198.º, n.º 2) e, em contrapartida, dissolução obrigatória quando a Assembleia haja recusado a confiança ou votado a censura ao Governo, determinando por qualquer destes motivos a terceira substituição do Governo (art. 198.º, n.º 3)⁽²⁶⁾.

Da Plataforma de Acordo Constitucional viriam as regras correspondentes às alíneas *a)*, *b)* (em parte), *c)*, *g)*, *m)*, *n)*, *o)* (em parte) e *p)*.

Dos trabalhos da Assembleia Constituinte as regras correspondentes às alíneas *b)* (em parte), *d)*, *e)*, *f)*, *h)*, *i)*, *l)* e *o)* (em parte).

22. É interessante fazer uma comparação com a Constituição da V república francesa.

Entre as semelhanças contam-se a conceção do Presidente como órgão dinamizador das instituições e a do Governo como órgão de condução da política geral do país, o poder de dissolução do Parlamento, a tipicidade dos atos sujeitos a referenda e a eleição presidencial direta.

As diferenças apresentam-se, porém, mais significativas:

- a) Em Portugal, a eleição do Presidente da República não pode efetuar-se nos sessenta dias anteriores ou posteriores à data das eleições para a Assembleia da República; na França, desconhece-se esta regra de não simultaneidade das duas eleições e, portanto, dos seus resultados políticos;
- b) Em Portugal, o Governo responde tanto perante o Presidente como perante o Parlamento e o Primeiro-Ministro pode ser demitido pelo Presidente; não na França, juridicamente (mas politicamente sim, salvo em período de “coabitação”);
- c) Na França, o Presidente preside ao Conselho de Ministros e nomeia os funcionários civis e militares; em Portugal só pode presidir ao Conselho de Ministros a pedido do Primeiro-Ministro (o que assegura uma mais completa separação entre os dois órgãos);
- d) Na França, o Presidente tem poder de decisão de referendo e pode tomar medidas extraordinárias em estado de necessidade; não em Portugal;

⁽²⁶⁾ V. os Autores citados in *Manual de Direito Constitucional*, I, 2, 10.ª ed., Coimbra, 2014, p. 198, ss.

- e) Em Portugal, existe um órgão de condicionamento do Presidente da República; não na França.

23. Na primeira revisão constitucional, para lá da extinção do Conselho da Revolução, mencionem-se:

- A não reelegibilidade do Presidente da República, em caso de renúncia, nas eleições que se realizem no quinquénio imediatamente subsequente (art. 126.º, n.º 2);
- O alargamento de sessenta para noventa dias da regra de não simultaneidade da eleição do Presidente da República e das eleições para a Assembleia da República (art. 128.º, n.º 2);
- A criação do Conselho de Estado como órgão consultivo do Presidente da República [arts. 136.º, alínea a), e 144.º, ss.];
- A dependência da dissolução da Assembleia da República apenas de audição dos partidos e de parecer do Conselho de Estado [art. 136.º, alínea e)], em vez de parecer *favorável* do Conselho da Revolução (como era dantes), e a supressão das regras atinentes a crises ministeriais (anteriores n.os 2 e 3 do art. 198.º); mas, em contrapartida, a proibição de dissolução nos seis meses posteriores à eleição da Assembleia e nos seis últimos do mandato do Presidente (art. 175.º, n.º 1);
- A demissão do Governo pelo Presidente da República só quando tal se torne necessário para assegurar “o regular funcionamento das instituições democráticas” [arts. 136.º, alínea g), e 198.º, n.º 2];
- A regulamentação mais precisa do poder de veto (arts. 139.º e 235.º);
- A transferência para a Assembleia da República ou para a sua Comissão Permanente da competência para autorizar a declaração de guerra e do estado de sítio ou do estado de emergência [arts. 138.º, alínea c), 141.º e 164.º, alíneas j) e l)];
- A limitação do Governo, antes da apreciação do seu programa pela Assembleia, à prática dos atos estritamente necessários para assegurar a gestão dos negócios públicos (art. 189.º, n.º 5) e a possibilidade de ele solicitar a aprovação de um voto de confiança aquando dessa apreciação (art. 195.º, n.º 3);
- A definição geral das relações entre o Governo e o Presidente da República em termos de “responsabilidade”, e não já de “responsabilidade política” (arts. 193.º e 194.º);

— A prescrição da demissão do Governo por virtude do início de nova legislatura e de aprovação de uma moção de censura, e não já de duas (art. 198.º, n.º 1);

24. Na prática, o sistema tem-se traduzido em:

- a) Nenhum Governo se tem podido formar ou subsistir senão como emanação ou expressão da situação parlamentar, tendo sido sempre respeitados os resultados eleitorais (art. 187.º, n.º 1 da Constituição, inicialmente 190.º, n.º 1);
- b) O Presidente tem reservado, porém, para si a definição das condições e do termo da subsistência dos Governos (numa posição ativa, e não meramente declarativa, como seria em sistema parlamentar);
- c) Salvo uma única vez, o Presidente da República nunca deixou de nomear Primeiro-Ministro o dirigente político indicado pelo partido com maioria absoluta ou relativa;
- d) Tal não significa, porém, que, em casos extremos de impossibilidade de formação de Governo com base num partido ou numa coligação ou concertação de partidos, o Presidente não possa nomear um Governo de “iniciativa presidencial”, como sucedeu em 1978 e 1979 — só que, tendo esse Governo sempre de não ter o seu programa rejeitado pela Assembleia;
- e) Embora não seja a isso constitucionalmente obrigado, o Presidente da República tem quase sempre nomeado os membros do Governo propostos pelo Primeiro-Ministro e só, em raríssimos casos, tem provocado a demissão de um membro do Governo;
- f) Formado qualquer Governo e salvo em caso de crise, o Presidente, mais preocupado com o equilíbrio político geral, tem guardado sempre perante ele um maior ou menor distanciamento;
- g) Este último ponto, assim como a menor afirmação do Parlamento (por causas históricas antigas e por dificuldades atuais de funcionamento) têm contribuído para o avultar do papel do Governo, órgão de direção da política geral do país (art. 182.º da Constituição) e, quando de Governo maioritário, para a tendência para uma “governamentalização” do sistema.

V. As autonomias regionais e locais

25. Sem prejuízo de Portugal continuar a ser um Estado unitário (art. 6.º), a Constituição eleva os Açores e a Madeira a regiões autónomas, dotadas de estatutos político-administrativos e de órgãos de governo próprios.

As duas regiões gozam de largos poderes legislativos e executivos fundados nas suas características geográficas, económicas, sociais e culturais e nas históricas aspirações autónomas das suas populações (arts. 225.º, ss.). Poderes exercidos por assembleias legislativas eleitas por sufrágio universal e por governos regionais perante elas responsáveis (arts. 231.º, ss.).

Noutro âmbito — só administrativo — situam-se os princípios da subsidiariedade e da autonomia das autarquias locais e municípios, freguesias, regiões administrativas (estas, lamentavelmente ainda não criadas, quando seria possível aproveitar as áreas das comissões de coordenação e desenvolvimento regional do Continente)⁽²⁷⁾.

VI. A fiscalização da constitucionalidade

26. No texto inicial da Constituição, mantinha-se a fiscalização concreta, difusa e incidental vinda da Constituição de 1911 (art. 63.º) e da Constituição de 1933 (art. 122.º, depois 123.º)⁽²⁸⁾.

Todavia, ele só valia plenamente para normas não inseridas em leis, decretos regulamentares e diplomas equiparáveis (art. 282.º, n.º 3). Para as outras normas, as mais importantes do ordenamento jurídico, a fiscalização difusa sofria a compressão decorrente da existência da Comissão Constitucional — a fiscalização difusa, não a fiscalização jurisdicional, pois que a Comissão, como órgão de julgamento, era um verdadeiro tribunal (arts. 282.º e 283.º, n.º 3).

Quanto à fiscalização abstrata pelo Conselho da Revolução, o seu regime diferenciava-se bem do regime do art. 91.º, n.º 2, da Constituição de 1933 (no texto de 1971) em dois pontos do maior vulto. Enquanto que, na Assembleia Nacional de 1971 (ou no Conselho de Estado de 1974 ou no

⁽²⁷⁾ Sobre toda esta matéria, v. *Manual de Direito Constitucional*, III, 6.ª ed., Coimbra, 2010, pp. 301, ss. e 219, ss., e autores citados.

⁽²⁸⁾ Sigo aqui, *Fiscalização da constitucionalidade*, Coimbra, 2017, pp. 155, ss. e 279, ss.

Conselho da Revolução de 1975), qualquer dos membros a promovia, agora o Conselho não tinha iniciativa, tinha de decidir a instância de certos órgãos (dotados de um direito de ação *latissimo sensu*) — o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República, o Primeiro-Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República e, no tocante aos direitos constitucionais das regiões autónomas, as assembleias regionais. Enquanto que na Constituição de 1933 (quer no art. 91.º, n.º 2, quer no art. 123.º, § único, depois § 2.º), a Assembleia fixava ela própria os efeitos da inconstitucionalidade (salvo o respeito dos casos julgados), agora ao Conselho da Revolução era vedado fixar tais efeitos — isso competia às autoridades com poder de decisão no caso concreto e, em última palavra, aos tribunais⁽²⁹⁾; o Conselho limitava-se a declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral; e algo de semelhante se passava com a Comissão Constitucional (art. 44.º, n.º 1, do estatuto aprovado pelo Decreto-Lei n.º 503-F/76, de 30 de junho).

Enfim, fiscalização *a posteriori* vinha a ser também a nova figura de fiscalização (não de inconstitucionalidade, naturalmente) criada pela Constituição: a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 279.º), cujo processo era de iniciativa do Conselho da Revolução, compreendia um parecer da Comissão Constitucional e terminava, quando fosse caso disso, com uma recomendação do Conselho ao órgão legislativo competente.

27. Comissão Constitucional foi o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o constitucionalismo português⁽³⁰⁾ e a sua composição avizinhava-se da composição corrente em Tribunais Constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juizes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três); e cinco, não juizes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembleia da República (um).

Não se tratava, porém, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância como se sabe. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investido de um poder exclusivo (ou pre-

⁽²⁹⁾ V. a demonstração no parecer n.º 3/78, de 19 de janeiro, da Comissão Constitucional, in *Pareceres*, IV, p. 229, ss.

⁽³⁰⁾ Para uma visão geral, v. *Recordando a Comissão Constitucional*, Lisboa, 2019.

valecente), nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.

Por causa da sua circunscrita intervenção houve quem tivesse afirmado que a Comissão não teria por razão de ser tanto defender a Constituição quanto defender o poder legislativo contra o “governo dos juizes”. A explicação bem podia, contudo, ser diversa. O que se visaria seria essencialmente submeter a uma instância especializada as questões mais relevantes de inconstitucionalidade; e, para lá disso, abrir caminho, através da conjugação com o art. 281.º, n.º 2, à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das correspondentes normas de Direito ordinário.

28. Nem por isso deixaria a Comissão Constitucional de vir a desempenhar um papel centralíssimo no sistema:

- porque o Conselho da Revolução seguiu, na imensa maioria dos casos⁽³¹⁾, os seus pareceres (em 213 só não seguiu em 13);
- e porque, despertada finalmente a fiscalização difusa, subiram à Comissão centenas de recursos (e ela viria a emitir 481 acórdãos entre 1976 e 1983).

Adotando uma linha interpretativa moderada da Constituição económica (de integração sistemática com a Constituição política), deslindando, pela primeira vez, as normas de competência legislativa e formulando uma jurisprudência aberta no domínio dos direitos fundamentais, a Comissão contribuiu, significativamente, para o desenvolvimento constitucional e para a salvaguarda das instituições democráticas em período ainda marcado por contrastes pós-revolucionários.

29. O tema da fiscalização da constitucionalidade foi dos temas mais discutidos da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução obrigar a reponderar o sistema e haver uma mais ou menos clara consciência de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o sentido das normas constitucionais iriam depender do modo como a garantia viesse a ser estruturada e posta em ação.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o

⁽³¹⁾ E não apenas *com frequência* (como escreve CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, 2011, p. 1441).

imperativo de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por ação quanto da inconstitucionalidade por omissão [citado art. 290.º, alínea *m*)]. Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976 e pelos seus resultados.

Não se regressou, pois, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de formar um Tribunal Constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a atos respeitantes às regiões autónomas (segundo a Lei n.º 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se recortou o acesso ao Tribunal Constitucional na fiscalização concreta em termos idênticos aos que são adotados na generalidade dos países em que existe concentração por reenvio prejudicial.

30. Se a criação do Tribunal Constitucional foi aceite quase pacificamente — até por constar de dois projetos de revisão subscritos por Deputados de partidos que atingiam a maioria de dois terços⁽³²⁾ — algumas questões graves dividiam, à partida, os projetos de revisão submetidos a discussão da Assembleia da República.

Eram elas:

- a) A manutenção ou não da fiscalização preventiva;
- b) A manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão;
- c) A manter-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão saber se deveria competir a um Conselho da República, ouvido o Tribunal Constitucional, por analogia com o sistema de 1976, ou se devia competir ao Tribunal Constitucional, por analogia com a fiscalização abstrata sucessiva;
- d) O regime de intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta, se se preferir manter, ou manter com alterações, o regime de recursos de 1976.

No tocante à composição do Tribunal Constitucional, havia diferenças entre os projetos de revisão constitucional, e um ponto comum: a

⁽³²⁾ Projetos da Aliança Democrática e da Frente Republicana e Socialista, além do projeto (depois retirado) da Ação Social-Democrata Independente.

diversidade de origem ou de designação dos juizes. Mais tarde, porém, quase nos termos da revisão, a situação modificar-se-ia por via de acordo extraparlamentar; e, à volta deste ponto, abrir-se-ia também largo debate.

31. Estas cinco questões básicas viriam a ser decididas dos seguintes modos:

- a) Manteve-se a fiscalização preventiva, com algumas modificações — por, na experiência do primeiro período constitucional, as suas vantagens se terem revelado superiores aos inconvenientes;
- b) Manteve-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão — de resto, limite material da revisão constitucional;
- c) Organizou-se a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão por via de decisão declarativa do Tribunal Constitucional — por aproveitamento do esquema paralelo da fiscalização sucessiva de normas e por o Conselho de Estado então criado ou restaurado não ter senão funções consultivas do Presidente da República (novo art. 148.º do texto constitucional);
- d) Para efeito de fiscalização concreta, configurou-se o Tribunal Constitucional como tribunal de recursos, mas em moldes bastante mais abertos do que, antes, a Comissão Constitucional — por compromisso entre os diversos projetos de revisão;
- e) Estabeleceu-se uma composição deste Tribunal com 10 membros eleitos pela Assembleia da República, por maioria de dois terços de Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efetividade de funções, e 3 outros cooptados por aqueles — e devendo 6 dos juizes ser escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas.

Imediatamente a seguir à revisão, foi aprovada a lei relativa à organização, ao funcionamento e ao processo do Tribunal: a Lei n.º 28/82, de 15 de novembro⁽³³⁾, já alterada várias vezes.

É este, no essencial, o sistema que perdura até hoje.

⁽³³⁾ Os textos relativos à elaboração desta lei foram publicados pela própria Assembleia da República, *Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1984. Cf. de BARBOSA DE MELO e CARDOSO DA COSTA, *Projecto de lei sobre a Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1985.

32. A revisão constitucional de 1989 também atingiu alguns aspectos da justiça constitucional, quer no tocante ao Tribunal Constitucional, quer no tocante ao próprio regime substantivo e processual de fiscalização.

Uma primeira modificação foi de ordem sistemática: entendeu-se que se justificava autonomizar o seu estatuto e transferir para aí as normas organizatórias até então localizadas na parte IV (de “Garantia e revisão da Constituição”).

Nesse novo título (o VI da parte III da Constituição), as principais inovações trazidas pela revisão constitucional frente ao texto anterior a 1989 foram as seguintes:

- A definição do Tribunal Constitucional (art. 223.º, hoje 221.º);
- A possibilidade de a Assembleia da República eleger como juízes do Tribunal Constitucional mais de três juízes dos restantes tribunais, e não apenas três como acontecia desde 1982 (art. 224.º, n.º 2, hoje 222.º, n.º 2);
- A constitucionalização das competências de jurisdição eleitoral e de partidos e a extensão aos referendos nacionais da competência já prevista para os referendos locais [art. 225.º, n.º 2, alíneas c), e) e f)];
- A explicitação da possibilidade de funcionamento por secções não especializadas não só para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade mas também para o exercício de outras competências, salvo a fiscalização abstrata (art. 226.º, n.º 2, hoje 224.º, n.º 2);
- A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (art. 226.º, n.º 3, hoje 224.º, n.º 3) — inovação, como é evidente, destinada a propiciar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal.

Por outro lado, em sede de direitos fundamentais, ficaria consignado — numa perspectiva de certa abertura — que “para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e pela prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaça ou violação desses direitos” (novo art. 20.º, n.º 5). É uma norma da mesma *ratio* da apreciação judicial da prisão preventiva (art. 28.º da Constituição) e do *habeas corpus* (art. 31.º).

33. A revisão constitucional de 2001 (provocada pelo Tribunal Penal Internacional) não tocou na matéria da fiscalização da constitucionalidade e também não a de 2005, só respeitante aos tratados da União Europeia. Já não a de 2004, em que as alterações feitas no sistema das regiões autónomas implicaram:

- a) Por se ter deixado de consagrar (pelo menos explicitamente) a figura de leis gerais da República (anterior art. 112.º, n.º 5), o desaparecimento do controlo pelo Tribunal Constitucional da conformidade dos decretos legislativos regionais com os seus princípios fundamentais [anteriormente, art. 280.º, n.º 2, alínea b), e art. 281.º, n.º 1, alínea c)];
- b) Também, por arrastamento, o desaparecimento da fiscalização preventiva dos decretos regulamentares de regulamentação das leis gerais da República (art. 278.º, n.º 2).

34. A lei orgânica do Tribunal Constitucional admite dois tipos de recursos tendo por objeto as relações de desconformidade entre normas internas e normas internacionais [art. 70.º, n.º 1, alínea g)]:

- recursos das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento em mera contrariedade com uma convenção internacional ou, como se vai dizendo, em inconvenção;
- recursos das decisões dos tribunais que apliquem uma norma constante de ato legislativo em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.

A primeira hipótese é homóloga da da alínea a) do art. 280.º, n.º 1, da Constituição.

A segunda aproxima-se do caso previsto no art. 280.º, n.º 5, mas com uma diferença: no art. 280.º, n.º 5, há a aplicação de uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional; aqui, a decisão do Tribunal Constitucional tanto pode ter sido no sentido da contrariedade como da não contrariedade entre lei e convenção.

35. Desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e académicas, tenho propendido para o sistema europeu de reenvio judicial.

No entanto, vários autores reconhecem que o sistema misto vigente desde 1976, tem funcionado de modo globalmente positivo e que se tornou paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. A introduzirem-se reformas de fundo na fiscalização da constitucionalidade há outras áreas em que elas se mostram mais prementes.

Impressionam-me, sobretudo, o seguinte:

- 1.º) o sistema propicia o acesso direto dos cidadãos à garantia da Constituição, através do direito de invocação de inconstitucionalidade e da obtenção de uma decisão em qualquer tribunal (um verdadeiro direito, liberdade e garantia, insista-se);
- 2.º) torna, por isso, todos os juízes co-responsáveis pela Constituição, juízes constitucionais.

Em contrapartida, não podem ser ignorados os abusos de recursos e reclamações para o Tribunal Constitucional, banalizando-os para além do razoável ou aproveitando-os para dilação de processos. Mas a isso cabe atalhar através do agravamento dos requisitos e das sanções contra litigantes de má-fé e através de uma eventual reconsideração da regra geral do efeito suspensivo. E cabe ainda perguntar se um sistema de reenvio — com decisão da questão pelo Tribunal Constitucional, sem a filtragem decorrente de os recursos previstos no art. 280.º, n.º 1, alínea *b*), apenas serem admitidos depois de esgotados os recursos ordinários (art. 70.º, n.º 2, da Lei n.º 28/82) — não levaria a muitos mais processos naquele Tribunal do que presentemente sucede.

36. De resto, parecem-me mais convincentes do que os argumentos a favor:

- 1) Através do direito de petição e queixa perante o Provedor de Justiça (art. 23.º da Constituição), órgão de iniciativa da fiscalização da inconstitucionalidade por ação e por omissão [arts. 281.º, n.º 2, alínea *d*), e 283.º, n.º 1], os cidadãos podem levar ao Tribunal Constitucional quaisquer questões de direitos fundamentais; de certo modo, a filtragem operada na Provedoria funciona como equivalente à que é feita nos Tribunais Constitucionais com “recurso de amparo” e “queixa constitucional”;
- 2) A experiência mostra que a grande maioria das decisões do Tribunal Constitucional versa sobre direitos fundamentais.

37. A dificuldade está em que, não obstante o entendimento alargado que tem sido dado a normas jurídicas⁽³⁴⁾, não se torna possível impugnar no Tribunal Constitucional nem atos da Administração nem decisões jurisdicionais ofensivas de direitos fundamentais.

Quanto aos atos da Administração, porém, os remédios contenciosos oferecidos pelo Código de Processo nos Tribunais Administrativos afiguram-se satisfatórios, sejam as intimações (arts. 97.º, ss.), sejam as providências cautelares (arts. 112.º, ss.). E quanto às decisões dos tribunais em geral as vias de recurso igualmente prestam suficientes garantias. Restam as decisões dos Supremos Tribunais e as decisões de outros tribunais que não admitam recurso ordinário; e tem havido casos em que, chocantemente, a sua falta é manifesta⁽³⁵⁾.

Por isso, tenho propugnado desde há alguns anos pela consagração de um recurso — chame-se extraordinário ou não — de tais decisões para o Tribunal Constitucional, quando arguidas de violação de direitos, liberdades e garantias ou de direitos de natureza análoga.

⁽³⁴⁾ Ao invés, a queixa perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, por importante que seja na perspectiva da proteção internacional, não é sucedâneo daquele recurso ou daquela queixa, visto que o Tribunal Europeu não anula, nem revoga as decisões dos tribunais internos; apenas julga se houve ou não violação de direitos consignados na Convenção Europeia e nos seus Protocolos adicionais e, em caso positivo, concede à vítima uma reparação razoável.

⁽³⁵⁾ Cf., por exemplo, o caso do acórdão n.º 357/2009, de 8 de julho, *in Diário da República*, 2.ª série, de 17 de agosto de 2009.