

VOLUME XLVII — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



2 0 0 6



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
XLVII — N.ºs 1 e 2 - 2006

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- MESTRE MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE
- LIC. JORGE SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 798 4600 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Junho de 2008

I Doutrina	Págs.
<i>Pedro Soares Martinez</i> — O pensamento filosófico de Portalis	9
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — The portuguese economy: institutional issues, the macroeconomic crisis, structural reforms	19
<i>Jorge Miranda</i> — Notas sobre cultura, Constituição e direitos culturais	29
<i>Vasco Pereira da Silva</i> — A justiça administrativa e fiscal na hora zero da reforma	47
<i>Fernando Loureiro Bastos</i> — Os limites do poder constituinte. Algumas considerações sobre a feitura e a modificação de uma constituição de um Estado de Direito	55
<i>Carla Amado Gomes</i> — Direitos e deveres dos alunos nas escolas públicas de ensino não superior: existe um direito à qualidade de ensino?	77
<i>Rute Saraiva</i> — Qualificações profissionais no âmbito do rendimento energético dos edifícios e da qualidade do ar interior	111
<i>Susan Haack</i> — On logic in the law: “something, but not all”	155
<i>Gilmar Mendes</i> — As decisões no controle de constitucionalidade de normas e seus efeitos	187
<i>Carlos Alberto Alvaro de Oliveira</i> — O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo	253
<i>Romano Orrú</i> — La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese	279
<i>André Ramos Tavares</i> — Princípio da consubstancialidade parcial dos direitos fundamentais na dignidade do homem	313
<i>André Ramos Tavares</i> — O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro	333
 II Legislação	
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa sobre o anteprojecto do decreto-lei relativo a graus académicos e diplomas do ensino superior	349

III Vida Universitária

Págs.

<i>Martim de Albuquerque</i> — Sessão de apresentação da obra “Estudos em Honra de Ruy de Albuquerque”	353
<i>Jorge Miranda</i> — Na homenagem ao Prof. Doutor Ruy de Albuquerque	359
<i>José Duarte Nogueira</i> — Sessão em honra de Ruy de Albuquerque	363
<i>J. Oliveira Ascensão</i> — Aquando da entrega do grande-oficialato da Ordem de Santiago d’Espada aos Professores Oliveira Ascensão, Ruy de Albuquerque e, a título póstumo, ao Professor Castro Mendes	367
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso no doutoramento <i>honoris causa</i> pela Universidade do Porto (6-10-2005).....	369
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso no lançamento da obra colectiva de homenagem ao Prof. Doutor André Gonçalves Pereira	375
<i>Jorge Miranda</i> — Apreciação do relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos de ensino de uma disciplina de Direito Internacional Público (processo no Tribunal Internacional de Justiça) apresentado pelo Prof. Doutor José Manuel Sérvulo Correia a provas de agregação.....	377
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes sobre a actividade pedagógica e científica respeitante ao quinquénio de 2001 a 2006	387
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta relativa à Comissão Coordenadora do Conselho Científico	391
<i>Jorge Miranda</i> — Proposta de criação da Comissão Coordenadora do Conselho Científico.....	395
<i>Jorge Miranda</i> — Homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque ...	401
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição do currículo do Prof. Doutor Carlos Blanco de Moraes em provas para obtenção do título de agregado.....	403
<i>Jorge Miranda</i> — Arguição da dissertação de doutoramento do Mestre José de Melo Alexandrino, intitulada “A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa”	415
<i>Jorge Miranda</i> — Parecer sobre o relatório com o programa, os conteúdos e os métodos de ensino da disciplina de Direito Internacional Público e Europeu apresentado, em concurso para professor associado, pelo Doutor Jónatas Machado	431

	Págs
<i>Jorge Miranda</i> — Discurso na homenagem ao Prof. Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento	437
<i>Fausto de Quadros</i> — O Poder Sancionatório da União Europeia e das Comunidades Europeias sobre os Estados Membros — Arguição da dissertação de doutoramento em direito (menção de ciências jurídico-políticas) apresentada pela mestre Maria José Rangel de Mesquita	441
<i>David Duarte</i> — Proposta de Plano Curricular — Licenciatura (1.º Ciclo) — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	451
<i>Rui Guerra da Fonseca</i> — Direito Administrativo da Economia — Programa e indicações bibliográficas de uma disciplina no âmbito do Curso de Pós-Graduação de Especialização em Ciências Jurídico-Administrativas do ICJP — Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa	505
Doutoramento <i>honoris causa</i> do Professor Doutor Peter Badura, Professor Catedrático Emérito da Faculdade de Direito da Universidade de Munique, em 8 de Novembro de 2007, na Aula Magna da Reitoria da Universidade de Lisboa	513

OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A FEITURA E A MODIFICAÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DE DIREITO (*)

FERNANDO LOUREIRO BASTOS (1)

SUMÁRIO

	Págs.
I — Considerações introdutórias.....	55
a) Considerações gerais.....	55
b) A matriz ocidental dos conceitos de Estado, democracia e constituição.....	57
c) A necessidade de situar o fenómeno constitucional no espaço e no tempo.....	57
II — A ideia de direito subjacente a uma constituição de Estado de Direito.....	61
III — A autonomia do legislador constituinte — os limites ao poder constituinte originário ..	63
IV — A relevância da existência de limites materiais expressos à revisão constitucional	68
V — Conclusões	73

I — CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

a) Considerações gerais

Antes de iniciar a minha intervenção sobre a problemática dos limites ao poder constituinte, gostaria de felicitar a ideia de acompanhar as comemorações do 10.º aniversário da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP) de uma conferência sobre questões de natureza jurídico-constitucional. Com efeito, sendo a CPLP uma comunidade de povos baseada numa identidade cultural partilhada, o progressivo surgimento e afirmação de uma família jurídica lusófona apresenta-se, cada vez mais, como um dos seus aspectos mais relevantes. E também, provavelmente, como um dos menos valorizados na apreciação

(*) Texto elaborado para a intervenção oral feita, em 24 de Julho de 2006, em Bissau, na República da Guiné-Bissau, no âmbito da Cimeira jurídico-constitucional comemorativa da VI Cimeira e dos 10 anos da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), organizada pelo Supremo Tribunal de Justiça, com a colaboração da Ordem dos Advogados, a Procuradoria Geral da República e a Faculdade de Direito de Bissau.

(1) Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

que se faz dos laços que ligam os oito Estados soberanos separados geograficamente, mas unidos por uma língua oficial comum.

Para muitos dos não juristas, as “leis” são entendidas como qualquer coisa de mais ou menos irrelevante, uma espécie de dado adquirido, cuja origem, articulação e aplicação é tarefa de “uma gente” difícil de entender, que só complica os raciocínios expeditos de quem pode fazer funcionar os países e a economia de uma forma eficaz.

Essa abordagem esquece, no entanto, que a ordem jurídica é uma construção humana que visa garantir a convivência entre todos os elementos que integram a comunidade respectiva e salvaguardar os diversos interesses e actividades em que se projecta a sua existência terrena. Nestes termos, os padrões de conduta que regem as relações entre os indivíduos, ao acompanhar a dinâmica social, condicionam e são condicionados pela evolução das sociedades.

Neste domínio, é particularmente interessante apreciar a forma com as normas constitucionais podem contribuir para promover o bem-estar das comunidades humanas subjacentes aos Estados. A consagração de catálogos de direitos fundamentais apresenta-se como paradigmática dessa realidade, nomeadamente ao garantir um conjunto de direitos aos cidadãos perante o poder.

A existência de uma família jurídica lusófona é passível de ser especialmente apreciada ao nível do Direito Constitucional. Com efeito, existe um conjunto de institutos jurídicos nos textos constitucionais dos Estados da CPLP cujos dados fundamentais de compreensão são idênticos, independentemente do local onde estejam a ser apreciados e aplicados pelos juristas.

Deve ser, por isso, efusivamente aplaudida a iniciativa do Supremo Tribunal de Justiça da República da Guiné-Bissau em promover esta Cimeira Jurídico-Constitucional, com a participação de juristas de todos os locais onde se utiliza o português como língua oficial do Direito, com o objectivo de discutir matérias de interesse para a comunidade dos juristas da Guiné-Bissau. Um particular agradecimento é devido à Senhora Dra. Maria do Céu Monteiro, Muito Ilustre Presidente do Supremo Tribunal de Justiça pelo convite que me foi formulado, enquanto Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, para intervir nestas jornadas. São duas as qualidades em que faço este agradecimento. Por um lado, enquanto jurista de origem portuguesa que acredita na existência de uma comunidade de juristas lusófonos, por poder contribuir para a sua progressiva formação e consolidação. Por outro lado, enquanto Vice-Presidente do Instituto de Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, por ter tido a oportunidade de ver os frutos da participação da Faculdade no projecto da Faculdade de Direito de Bissau, cuja comemoração dos quinze anos teve recentemente lugar.

É agora ocasião de passar ao tema que me foi proposto, no âmbito das questões relacionadas com a “Revisão constitucional e Democracia”: os limites ao

poder constituinte. A intervenção visa tratar o problema em termos genéricos e abrangentes, recuando ao momento original da feitura do texto fundamental, para questionar se o legislador constituinte está obrigado a respeitar limites na produção daquela que é a primeira das leis de um ordenamento jurídico. Com efeito, se esses limites existirem no momento da sua formação, torna-se menos difícil perceber a sua posterior existência, aquando da modificação da Constituição.

A sua apreciação implica, no entanto, que se teçam algumas considerações introdutórias, relacionadas com algumas questões que podem ser consideradas seus pressupostos de enquadramento. O objectivo é ajudar a situar um conjunto de problemas necessários ao entendimento das matérias da feitura da constituição e da sua modificação.

b) A matriz ocidental dos conceitos de Estado, democracia e constituição

Estando a presente intervenção a ter lugar na República da Guiné-Bissau, no continente africano, as considerações introdutórias procuram salientar que a temática em apreciação tem uma origem cultural distinta, tendo na sua base três conceitos sedimentados no seio de comunidades humanas de matriz ocidental: Estado, democracia e constituição.

Estado, como uma forma de organização política, baseado no modelo de origem ocidental, que se difundiu universalmente desde o final da Segunda Guerra Mundial, em particular em consequência do processo de descolonização dos territórios integrados nos impérios coloniais europeus.

Democracia, como um modo específico de participação na tomada da decisão política pelos seres humanos que formam a comunidade política subjacente ao Estado, que surgiu e se desenvolveu nos Estados ocidentais desde os finais do século XVIII, no seguimento das revoluções liberais e do ocaso do Estado absoluto.

Constituição, como um conjunto de regras de actuação (em princípio escritas) que regulam o exercício do poder e as relações existentes entre os governantes e os governados, com particular destaque para a consagração do seu estatuto enquanto membros de uma determinada comunidade humana.

c) A necessidade de situar o fenómeno constitucional no espaço e no tempo

Embora tenha na sua base conceitos de origem ocidental, o estudo das questões constitucionais não pode esquecer o *tempo* e o *espaço* em que a análise está a ser feita. O que desta forma se pretende evitar é a adopção de uma perspectiva estritamente abstracta, condicionada pela aplicação do modelo às sociedades ocidentais, não obstante os fenómenos contemporâneos da globalização e da integração regional. No primeiro caso, dado que não estamos em presença

de uma construção de natureza jurídica, que esteja a contribuir para a criação de um Estado Mundial ou para o aparecimento de estruturas formais de decisão superiores ao conjunto dos Estados. No segundo caso, na medida em que as experiências de integração regional ⁽²⁾, sejam económicas ou políticas, continuam a ter na sua origem uma decisão voluntária do Estado participante nesse sentido.

Nestes termos, a feitura de uma constituição não pode ser o mero resultado da aplicação de um conjunto de princípios abstractos. A sua elaboração pode pretender contribuir para a transformação da realidade circundante, mas também não pode ignorar que visa aplicar-se face a circunstâncias concretas e específicas. Assim, se é verdade que a constituição pode ter uma enorme importância na transformação de uma determinada comunidade, não é menos certo que as tentativas de proceder a rupturas abruptas e radicais têm historicamente conduzido ao completo falhanço de muitos textos constitucionais. Basta comparar as experiências constitucionais da França e do Reino Unido para nos apercebermos de como as mudanças radicais de uma sociedade, e das suas mentalidades, não são o resultado de uma mera decisão voluntarista nesse sentido, tomada por um bem-intencionado grupo de legisladores constituintes.

O problema é particularmente significativo no continente africano, onde a intenção de instaurar e difundir a democracia e o Estado de Direito não pode ignorar as características específicas de cada comunidade e de cada território. A constituição deve estar adaptada à realidade, desde logo porque visa criar as condições para a subsistência da comunidade humana que pretende estruturar.

A manutenção de uma grande margem de autonomia na auto-organização das comunidades humanas é, aliás, um aspecto a que deve ser dado particular destaque no início do século XXI, dado que uma intervenção estritamente internacional, ou uma intervenção conjugada dos Estados, nos assuntos internos dos outros Estados continua a ser excepcional. Com efeito, independentemente do conteúdo que se queira dar à soberania, os Estados continuam a actuar com muita liberdade, mesmo quando estão em causa comportamentos violadores de direitos humanos a ocorrer no âmbito dos seus territórios.

Chamar a atenção para a especificidade do tempo e do espaço onde esteja a ter lugar a feitura e a modificação de uma constituição corresponde, assim, a reconhecer que as comunidades humanas não estão todas num mesmo patamar de desenvolvimento humano e económico (não obstante este ser manifestamente desejável, dado que se está a lidar com uma única espécie, dotada

⁽²⁾ A importância da integração regional, tanto ao nível económico como político, é manifesta no espaço europeu, desde a década de cinquenta do século passado, mas também começa a ter relevância no continente africano, através da União Africana e de um conjunto de organizações económicas regionais.

de uma idêntica dignidade). Este reconhecimento não colide com a projectada difusão da democracia em termos globais, mas também não ignora os problemas suscitados pela universalidade e a universalização dos direitos fundamentais.

Importa, além disso, não esquecer que, na grande maioria dos casos, as comunidades humanas subjacentes aos Estados não são homogêneas (não existindo uma perfeita identificação entre nação e Estado). Uma rápida apreciação das condições do surgimento e da subsistência dos 192 Estados actualmente existentes demonstra uma preponderância de circunstâncias históricas variadas na sua formação, como a delimitação de fronteiras coloniais ou a repartição de esferas de influência no final de guerras, em que raramente se deu o adequado relevo ao elemento humano ⁽³⁾.

No continente africano existe, além disso, um problema específico particularmente relevante: a *coexistência de um Estado de matriz ocidental com estruturas de poder e de organização social tradicionais*. O Estado de matriz ocidental teve a sua origem na organização administrativa colonial e foi reforçado por ocasião das independências, independentemente da sua efectiva aplicação a todo o território. As estruturas de poder e de organização social tradicionais são normalmente pré-coloniais, tendo-se mantido com mais ou menos importância durante o período colonial, tenham sido aproveitadas ou combatidas pelo poder colonial (cuja dominação não ultrapassou em muitos casos mais do que 50 anos).

A subsistência de instituições políticas e sociais tradicionais, com um grau maior ou menor de sofisticação e complexidade, não pode ser ignorada pelo Estado, dado que garante uma forma complementar de estruturação da vida social. Assim se compreende a sua actual aceitação pelas constituições africanas mais recentes, no âmbito da aceitação do *pluralismo das formas de produção jurídica* ⁽⁴⁾. Trata-se em particular do reconhecimento da importância do costume como fonte de direito efectiva, no âmbito de ordenamentos jurídicos em que a produção jurídica centralizada não é o modo exclusivo de criar o direito.

A aceitação do pluralismo jurídico no âmbito do território do Estado não é incompatível com a sua estruturação de acordo com uma matriz ocidental. Há, por isso, que fazer uma distinção entre a sua relevância externa e interna.

⁽³⁾ Deve ser, no entanto, referido que o fenómeno não é estritamente africano, tendo em consideração a questão das autonomias em Espanha ou o processo de federalização da Bélgica, neste último com o objectivo de serem ultrapassados os problemas de relação entre as três comunidades existentes num território cuja dimensão é metade da de Portugal.

⁽⁴⁾ Nesse sentido, o artigo 4.º da Constituição da República de Moçambique de 2004, nos termos da qual “[o] Estado reconhece os vários sistemas normativos e de resolução de conflitos que coexistem na sociedade moçambicana, na medida em que não contrariem os valores e os princípios fundamentais da Constituição”.

Externamente, a existência de um Estado de matriz ocidental parece ser actualmente inultrapassável, dado que todas as organizações políticas qualificadas como Estados são partes integrantes de uma mesma comunidade internacional e estão sujeitas a um único Direito Internacional. Em conformidade, na actualidade, todos os Estados são membros da Organização das Nações Unidas e aceitam os seus princípios fundadores, mesmo quando estão em situações de potencial conflito ⁽⁵⁾.

A existência de um Estado de matriz ocidental é, por isso, absolutamente necessária para a fluidez das relações externas e para a regulamentação de um conjunto de actividades em que se considera necessária a existência de uma organização com as características do Estado ocidental, em particular ao nível económico, monetário e cambial. De acordo com esta perspectiva só pode existir uma única organização política a representar a totalidade de um determinado território, a menos que se esteja em presença de fenómenos de secessão ou de independência, cuja efectiva produção de efeitos está dependente da aceitação pela comunidade internacional considerada na sua totalidade ⁽⁶⁾.

Internamente, a existência de um Estado de matriz ocidental pode ser compatibilizada como muitos tipos de organização política interna, seja centralizada, seja descentralizada. É, por isso, passível de ser harmonizada com a existência de autarquias locais, resultado de eleições, como com uma administração territorial nomeada pelo poder central, tendo em consideração as circunstâncias concretas de cada comunidade. A forma como é organizada a administração pública só poderá ser questionada se violar intencionalmente princípios básicos da boa governação, em particular ao nível das regras jurídico-internacionais que visam combater a corrupção ⁽⁷⁾.

O problema da organização política e administrativa interna é, por isso, de uma outra natureza e situa-se ao nível da representação política das comunidades humanas (normalmente qualificadas como de minorias) que não se regem, na maioria dos aspectos essenciais da sua existência, pelos mecanismos de ori-

⁽⁵⁾ São exemplos dessa coexistência no âmbito da ONU: a África do Sul durante o período do apartheid; o Iraque durante a invasão e a libertação do Kuwait; a actualmente Coreia do Norte relativamente às questões nucleares.

⁽⁶⁾ Neste âmbito, basta recordar como a concessão de independência aos chamados “bantustões”, concedida pela África do Sul a partes do seu território, não teve qualquer relevância jurídico-internacional, na medida em que correspondia apenas a uma forma de autonomia interna e não estava na base do surgimento de novos Estados independentes e autónomos.

⁽⁷⁾ Nesta matéria, com um âmbito de aplicação potencialmente universal, deve ser tida em consideração a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, de 31 de Outubro de 2003, com 60 partes. Ao nível regional africano, deve ser referida a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e o Combate da Corrupção, assinada em Maputo, em 11 de Julho de 2003. Em conformidade com o n.º 2 do artigo 23, a Convenção já está em vigor em relação aos Estados partes, passados que foram trinta dias após a data da décima quinta ratificação, que teve lugar em 6 de Julho de 2006 (embora a menção da entrada em vigor ainda não conste expressamente no sítio da União Africana na Internet (Outubro de 2006)).

gem ocidental que estão subjacentes ao Estado de matriz ocidental. Esse é, no entanto, um outro problema que extravasa completamente o tema a que devo dedicar a minha atenção a partir de agora ⁽⁸⁾.

II — A IDEIA DE DIREITO SUBJACENTE A UMA CONSTITUIÇÃO DE ESTADO DE DIREITO

Toda e qualquer ordem jurídica tem na sua origem uma específica ideia de direito que a define e lhe dá sentido. Na constituição, como a primeira das suas leis, é possível encontrar uma síntese dos princípios e dos valores que a estruturam e caracterizam.

A escolha da ideia de direito implica um conjunto de opções básicas que vão ser determinantes na feitura, na interpretação, na aplicação, na modificação e na substituição do texto constitucional. Entre estas escolhas, importa salientar: *i*) a origem do poder político, que pode ser o resultado de uma revelação divina ⁽⁹⁾; residir em entidades superiores ao género humano, cujo sentido ou intenção depende da necessária intervenção de um chefe ou de um líder; ou ser o resultado da expressão da vontade da comunidade humana, participante na sua totalidade, ou reduzida apenas a uma sua parcela ⁽¹⁰⁾; *ii*) a posição relativa dos governantes e dos governados na tomada da decisão política e na produção do direito.

A opção por uma constituição democrática, em conformidade com o modelo ocidental actual, implica que os governados tenham uma participação efectiva nos processos que conduzem à tomada da decisão política. Nestes termos, é fundamental a realização de eleições periódicas, em resultado das quais a liberdade de escolha possa conduzir à substituição dos governantes. Não basta, por isso, o acto eleitoral, como mera formalidade, se não forem dadas aos participantes reais possibilidades de escolha entre várias opções. E se, em conformidade com os resultados apurados, os dirigentes não forem substituídos ou mantidos, em conformidade com a manifestação da vontade popular.

⁽⁸⁾ Um exemplo significativo desta problemática pode ser encontrado nos artigos 231 e 232 da Constituição brasileira de 1988, no que respeita aos índios. Nesse âmbito é particularmente significativo o corpo do artigo 231 onde se prevê que “[s]ão reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar os seus bens”.

⁽⁹⁾ Nesse sentido, a Constituição do Bahrein, de 2002, prevê no seu artigo 2.º que “[a] religião do Estado é o Islão. A Shari’a islâmica é a principal fonte de legislação”.

⁽¹⁰⁾ Dado que a democracia foi compatibilizada, na época liberal, em particular durante o século XIX, com situações de sufrágio censitário e/ou capacitário, e discriminações em razão do sexo e da raça (que se estenderam durante o século XX).

Assim se compreende que um dos sinais mais significativos de uma democracia consolidada seja a pacífica alternância dos dirigentes políticos entre o exercício do poder e a oposição, como uma das consequências normais da expressão de vontade pelos cidadãos através de eleições. Com efeito, quando a permanência em cargos, no exercício de funções políticas, é entendida como um serviço em favor da comunidade, o seu início e termo terá de estar necessariamente subordinado ao cabal cumprimento da legislação aplicável.

A ideia de direito subjacente a um Estado de Direito democrático exige:

- a participação livre e generalizada da totalidade da comunidade humana na escolha daqueles que vão proceder à tomada das decisões políticas, sendo incompatível com a existência de discriminações em razão do sexo, da raça, da instrução ou da situação económica;
- o exercício de cargos políticos por períodos previamente fixados e o respeito dos direitos da oposição;
- a existência de um catálogo de direitos fundamentais, inspirado nos instrumentos de Direito Internacional existentes;
- uma divisão do poder entre vários órgãos de poder político, que permita uma determinada interdependência e um controlo recíproco da sua actividade (qualquer que seja o sistema de governo entendido como mais adequado pela comunidade humana em questão ⁽¹¹⁾);
- a existência de tribunais, com autonomia real em relação aos órgãos do poder político, mas que possam ser objecto de um determinado controlo (seja por auto-regulação, seja por hetero-regulação), de modo a que a administração da justiça não possa ser utilizada para praticar ou legitimar arbitrariedades.

A ideia de direito subjacente ao exercício do poder constituinte é decisiva na estruturação da ordem jurídica que lhe está subjacente e da qual recebe a legitimação de que necessita para regular condutas e para impor ou proibir comportamentos. De igual forma é determinante do modo como deve ser encarada a problemática dos limites ao poder constituinte.

(11) Daqui resulta que a opção por um sistema de governo parlamentar, presidencial ou semi-presidencial é uma escolha que a comunidade política pode fazer sem estar submetida a constrangimentos externos ou intrínsecos derivados do modelo de Estado de Direito. As opções não podem, no entanto, ignorar as circunstâncias particulares de cada Estado, em particular a sedimentação das instituições políticas que é exigida pelo parlamentarismo.

III — A AUTONOMIA DO LEGISLADOR CONSTITUINTE — OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

A questão dos limites ao poder constituinte tem na sua base uma dúvida essencial: se a comunidade humana é soberana nas opções que faz em relação à sua auto-organização, não será uma contradição entender que existem limites ao poder constituinte originário?

Em termos abstractos, a resposta deveria ser positiva, dado que a margem de liberdade da comunidade humana subjacente ao Estado é qualificada como soberana. Contudo, em face da opção por uma organização política democrática, baseada no modelo de Estado de Direito democrático de matriz ocidental, a resposta terá de ser necessariamente negativa, dado que a sua utilização implica a aceitação de um conjunto de pressupostos que já foram objecto de referência anterior.

Isso significa, em última análise, que é possível conceber a existência de sistema de governos ditatoriais. É, no entanto, duvidoso que essa seja a escolha da população do Estado em questão, se lhe for dada uma efectiva hipótese de opção entre várias alternativas.

Importa, no entanto, pôr em destaque que, na actualidade, a questão dos limites ao poder constituinte não se esgota exclusivamente no exercício da margem de liberdade da comunidade humana. Há ainda que fazer uma fundamental distinção entre limites internos e limites externos.

Os limites internos ao poder constituinte, ao resultarem da opção por uma determinada ideia de direito subjacente à Constituição, constituem uma auto-limitação que pode ser ultrapassada pela vontade conjugada dos governantes e dos governados. Manifestação de vontade que, como é evidente, não poderá conduzir à supressão da própria liberdade de escolha, sob pena de se estar a anular e consistir numa inadmissível renúncia de direitos. Em contraponto, os limites externos ao poder constituinte, ao resultarem de uma hetero-limitação, que se aplica à totalidade dos Estados, não podem ser afastados pela vontade de uma determinada comunidade humana.

O problema é proceder a uma densificação dos limites externos ao poder constituinte que seja consensual e possa ser aceite em termos potencialmente universais pela comunidade de Estados no seu conjunto. Uma via particularmente fecunda de o fazer é através do recurso ao Direito Internacional, com destaque para as normas de *ius cogens* (normas de direito internacional imperativas), o costume internacional geral e os tratados com um âmbito de aplicação universal ou potencialmente universal.

Nesta ocasião pode ser legitimamente questionado se não se está a fazer uma inversão do raciocínio. Isto é, se não se está a submeter a Constituição a normas jurídicas cuja vigência interna depende de uma sua expressa autori-

zação. Com efeito, de acordo com os ensinamentos do Direito Constitucional, a Constituição é a lei suprema e, encontrando-se no topo da ordem jurídica, é em conformidade com esta que devem ser apreciados todos os compromissos externos que vão sendo assumidos pelo Estado.

Esta crítica é verdadeira em relação à maioria dos compromissos internacionais convencionais ⁽¹²⁾-⁽¹³⁾-⁽¹⁴⁾. Não faz, no entanto, qualquer sentido em relação às normas de *ius cogens* e ao costume internacional geral, na medida em que

⁽¹²⁾ Deve ser referido que a Constituição da Guiné-Bissau actualmente em vigor desconhece praticamente o Direito Internacional. Com efeito, não dispõe de normas adequadas à regulação das relações entre o direito interno e o direito internacional, à vigência das fontes do Direito Internacional no âmbito da ordem jurídica interna, à problemática da hierarquia das fontes de direito tendo em consideração as fontes de Direito Internacional, e nem sequer regula o procedimento de vinculação e de desvinculação internacional. O artigo 18, não obstante prever os princípios aplicáveis às relações internacionais e à participação na integração regional africana, não é excepção, dado que não trata das questões jurídicas desencadeadas por essa participação.

⁽¹³⁾ Um exemplo particularmente significativo de um compromisso internacional em que é determinante a decisão soberana do Estado é o da participação da República da Guiné-Bissau na União Africana. A referência à União Africana é relevante em termos de integração política, dado que foi criado, em 2003, um Conselho de Paz e Segurança. Nos termos da alínea g) do artigo 3.º do seu Acto Institutivo, um dos objectivos da União Africana é a promoção de “princípios e instituições democráticas, a participação popular e a boa governação”. A prossecução destes objectivos da União Africana será levada a cabo através dos princípios previstos no artigo 4 do seu Acto Institutivo, entre os quais importa destacar: “o direito de intervenção da União Africana num Estado membro em circunstâncias graves, como seja a prática de crimes de guerra, de genocídio, de crimes contra a humanidade, ou a existência de uma ameaça ao poder político legítimo” (alínea i) actual, com as alterações introduzidas pelo Protocolo relativo às Emendas ao Acto Constitutivo da União Africana, assinado em 11 de Julho de 2003, que ainda não entraram em vigor); “o respeito dos princípios democráticos, dos direitos humanos, da primazia do direito e da boa governação” (alínea m)); “o respeito pela vida humana, a condenação da impunidade, dos assassinatos políticos, e dos actos subversivos e de terrorismo” (alínea o)); e a “condenação e a rejeição de mudanças de governo em violação das regras constitucionais em vigor” (alínea p)). A participação da República da Guiné-Bissau na União Africana não é, no entanto, acompanhada pela vinculação a alguns dos seus instrumentos jurídicos mais significativos: i) assinou em 8 de Março de 2005, sem ter ratificado, a Carta Africana dos Direitos e do Bem-Estar da Criança; ii) assinou em 9 de Junho de 1998, sem ter ratificado, o Protocolo relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos; iii) assinou em 9 de Julho de 2002, sem ter ratificado, o Protocolo relativo à Criação do Conselho de Paz e Segurança; iv) assinou em 8 de Março de 2005, sem ter ratificado, o Protocolo do Tribunal de Justiça da União Africana; e v) assinou em 21 de Janeiro de 2006, sem ter ratificado, a Convenção da União Africana sobre a Prevenção e a Luta contra a Corrupção.

⁽¹⁴⁾ Neste domínio é particularmente completa a Constituição de Cabo Verde de 1992, ao regular a matéria do Direito Internacional em três artigos distintos: artigo 12, recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna (cuja epígrafe é menos ampla do que a matéria que é regulada); artigo 13, adesão e desvinculação de tratados e acordos internacionais; e artigo 14, acordos em forma simplificada.

a sua vigência internacional, e a conseqüente produção de efeitos internos, não está dependente do consentimento de qualquer um dos Estados existentes. Nem colhe, também, em relação aos tratados internacionais de âmbito universal ou potencialmente universal, dado que correspondem a manifestações da ideia de direito que está subjacente ao Direito Internacional aplicável à comunidade internacional dos Estados considerada na sua totalidade.

Embora continue a ter alguma repercussão a polémica sobre a existência de uma verdadeira comunidade internacional, a verdade é que a interdependência actualmente existente entre os Estados lhe retira qualquer significado relevante. A existência de uma única comunidade internacional de Estados, implica que todos os Estados partilham regras comuns necessárias à sua coexistência. Assim, salvo em situações excepcionais ⁽¹⁵⁾, não é actualmente concebível que um Estado possa actuar para além do espaço do seu território se não respeitar um conjunto de princípios e de regras básicas de Direito Internacional.

Assim, a participação em determinados tratados internacionais não é uma mera manifestação do poder soberano dos Estados, mas antes uma condição de efectivação da sua subjectividade jurídico-internacional, uma afirmação da sua qualidade de Estado soberano. O exemplo que melhor ilustra esta realidade é seguramente o da participação da totalidade dos Estados reconhecidos como tal (actualmente 192, em Outubro 2006) na Organização das Nações Unidas. A qualidade de membro das Nações Unidas impõe o respeito de um conjunto de obrigações a que o legislador constituinte se deve sujeitar, como sejam a não utilização da força nas relações internacionais ou o recurso a meios pacíficos de resolução de controvérsias internacionais ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ Esta é uma perspectiva relativamente recente, cuja origem coincide com a Carta da Organização das Nações Unidas e a sua actual participação universal. A experiência da Sociedade das Nações demonstra como, historicamente, foi possível conceber um outro modo de agir, na medida em que a organização começou a funcionar sem a participação dos Estados Unidos da América e, ao longo da sua actividade, assistiu a um número significativo de desvinculações. A pertença à ONU, como critério fundamental para o reconhecimento da personalidade jurídico-internacional não impede, contudo, a existência de Taiwan (Formosa) e as dificuldades que são experimentadas ao tentar definir o seu estatuto jurídico-internacional.

⁽¹⁶⁾ No espaço europeu é semelhante a exigência do respeito dos direitos fundamentais como requisito determinante da adesão ao Conselho da Europa e à União Europeia. Nesta última, é particularmente significativa a possibilidade de poderem ser suspensos “alguns direitos” decorrentes da qualidade de Estado membro da União Europeia, nos termos do n.º 3 do artigo 7.º do Tratado da União Europeia, quando seja verificado, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, que o Estado está a violar de forma “grave e persistente” os princípios previstos no n.º 1 do artigo 6.º do Tratado da União Europeia (“[a] União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de Direito, princípios que são comuns aos Estados-membros”).

Existem outros exemplos particularmente significativos, ao nível dos tratados multilaterais de âmbito de aplicação territorial universal ou potencialmente universal:

- Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime do Genocídio, de 1948, com 148 partes ⁽¹⁷⁾;
- Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966, com 170 partes ⁽¹⁸⁾;
- Convenção Internacional sobre a Supressão e a Punição do Crime de Apartheid, de 1973, com 106 partes ⁽¹⁹⁾;
- Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação sobre a Mulher, de 1979, com 183 partes ⁽²⁰⁾;
- Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, de 1984, com 141 partes ⁽²¹⁾;
- Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, com 192 partes ⁽²²⁾;
- Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional Organizado, de 2000, com 122 partes ⁽²³⁾.

Em conformidade com esta abordagem dos limites ao poder constituinte, as escolhas do legislador constituinte estão sempre condicionadas por um conjunto de normas e de princípios de Direito Internacional, independentemente do sistema de recepção do Direito Internacional na ordem jurídica interna que esteja consagrado no texto constitucional. Além disso, ao contrário do que sucede com os limites internos, a vontade da comunidade humana politicamente organizada não é suficiente, nem adequada, à mudança dos limites externos que, em cada momento histórico, integram a ideia de direito que regula as relações entre os Estados que fazem parte da comunidade internacional.

A existência de limites externos ao poder constituinte não pode ser qualificada como uma ingerência nos assuntos internos de cada Estado, mas antes como uma condição essencial à convivência entre Estados. Assim se compreende que, num mundo cada vez mais interdependente, os limites em questão visem

⁽¹⁷⁾ A República da Guiné-Bissau não é parte desta Convenção (Outubro de 2006).

⁽¹⁸⁾ A República da Guiné-Bissau não é parte desta Convenção, que assinou em 15 de Setembro de 2000 (Outubro de 2006).

⁽¹⁹⁾ A República da Guiné-Bissau não é parte desta Convenção (Outubro de 2006).

⁽²⁰⁾ A República da Guiné-Bissau é parte desta Convenção, que ratificou em 1985.

⁽²¹⁾ A República da Guiné-Bissau não é parte desta Convenção, que assinou em 12 de Setembro de 2000 (Outubro de 2006).

⁽²²⁾ A República da Guiné-Bissau é parte desta Convenção, que ratificou em 20 de Agosto de 1990.

⁽²³⁾ A República da Guiné-Bissau não é parte desta Convenção, que assinou em 14 de Dezembro de 2000 (Outubro de 2006).

garantir uma relação pacífica entre os Estados e o respeito dos direitos e da dignidade de todos os seres humanos. Paradigmática desta intenção é a consagração, desde o final da Segunda Guerra Mundial, de um catálogo convencional de direitos humanos, cada vez mais abrangente e detalhado.

Importa salientar que as imposições ao legislador constituinte que encontram a sua origem no Direito Internacional foram sendo alargadas e reforçadas ao longo do século passado. Numa primeira fase, até à Segunda Guerra Mundial, estavam primordialmente circunscritas à procura de mecanismos que permitissem garantir relações pacíficas entre os Estados, através da institucionalização de meios de resolução de controvérsias e da proibição da utilização da força nas relações internacionais. Numa segunda fase, a partir de 1945, têm estado concentradas na progressiva criação de um estatuto jurídico-internacional para o indivíduo, de modo a que este possa ser protegido das arbitrariedades e das insuficiências do poder político do Estado de que é cidadão ou onde se encontra, temporária ou permanentemente.

Problemático é afirmar a existência actual de uma terceira fase, cujo início pode ser reportado aos anos setenta do século passado, relacionada com as matérias ambientais. Neste caso, o que se procura é dar expressão à intenção de criar uma regulamentação jurídico-internacional adequada à conservação do meio ambiente e ao aproveitamento sustentado dos recursos naturais que o integram, de modo a que o género humano preserve as condições materiais da sua sobrevivência. A questão é que, apesar da importância inegável destas normas, os Estados têm adoptado instrumentos internacionais cuja produção de efeitos é primordialmente convencional, não obstante ter um nível de participação universal ou praticamente universal⁽²⁴⁾.

O conhecimento dos limites materiais de origem externa é actualmente de difusão muito alargada, sendo possível afirmar que a produção de textos constitucionais, incluindo normas que expressamente os afrontem, é objectivamente impossível. Isso não significa, como é evidente, que os direitos dos indivíduos sejam genericamente respeitados de forma universal. Mas esse é novamente um outro problema de que esta intervenção não pode cuidar, dado que significa apreciar os termos em que o Direito Internacional é respeitado no âmbito das ordens jurídicas internas⁽²⁵⁾.

(24) São exemplos significativos destes instrumentos internacionais: *i*) a Convenção de Viena para a Protecção da Camada do Ozono, de 22 de Março de 1985, com 190 partes; *ii*) a Convenção de Basileia sobre o Controlo de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Eliminação, de 22 de Março de 1989, com 168 partes; *iii*) a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas, de 9 de Maio de 1992, com 189 partes; *iv*) a Convenção sobre a Diversidade Biológica, de 22 de Maio de 1992, com 188 partes; ou *v*) a Convenção Internacional de Combate à Desertificação nos Países Afectados pela Seca Grave e ou Desertificação, particularmente em África, de 17 de Junho de 1994, com 191 partes.

(25) A apreciação do cumprimento e do incumprimento das normas de Direito Internacional não deve ser, no entanto, confundida com a discussão de saber se se está em presença de um

IV — A RELEVÂNCIA DA EXISTÊNCIA DE LIMITES MATERIAIS EXPRESSOS À REVISÃO CONSTITUCIONAL

A aceitação de limites ao poder constituinte não pode ser confundida com a previsão de limites materiais à revisão constitucional. Embora a sua relevância jurídica e política se faça sentir em momentos distintos, os segundos estão numa relação de dependência relativamente aos primeiros. Por um lado, dado que as normas que tenham sido criadas em obediência aos limites externos, não se limitando a ser a expressão da vontade individual de cada Estado considerado isoladamente, não podem ser modificadas em contradição com o sentido vigente no Direito Internacional. Por outro lado, na medida em que a manutenção de um determinado modelo de organização política e social, fruto de uma opção livre da comunidade humana, implica necessariamente a criação de condições para a sua permanência e salvaguarda.

Nestes termos, os limites materiais de revisão constitucional decorrem da intenção da comunidade humana em manter intocado o núcleo caracterizador do texto constitucional que decidiu escolher para regular a sua vida em comum. De acordo com esta abordagem, todos os textos constitucionais têm limites materiais de revisão que decorrem da necessária manutenção da sua identidade.

É, assim, necessário pôr em destaque que em cada texto constitucional existem sempre limites materiais implícitos de revisão constitucional. Em algumas constituições existem, além destes, ainda limites materiais expressos.

A Constituição da Noruega, de 1814, cuja longevidade não pode deixar de ser salientada, utiliza uma fórmula genérica particularmente feliz ao prever que “tais alterações não devem nunca contradizer os princípios previstos nesta Constituição, mas apenas implicar modificações de disposições concretas que não alterem o espírito da Constituição...” (26).

verdadeiro direito. Essa não parece ser, na actualidade, uma questão de apreciação relevante, sob pena de ter de se negar idêntica natureza a zonas muito significativas do Direito interno dos Estados. Assim, se é verdade que existem situações pontuais de incumprimento de normas de Direito Internacional, não é menos exacto que podem ser encontradas muitas áreas de regulamentação estadual que não passam das linhas do respectivo jornal oficial para a uma efectiva regulamentação da vida social. Basta lembrar o âmbito de aplicação efectiva do Direito Fiscal e as áreas da vida económica, da chamada “economia paralela”, que conseguem existir isentadas, *de facto*, de qualquer tributação e, mesmo, de qualquer controlo por parte das autoridades legalmente competentes.

(26) Artigo 112 da Constituição do Reino da Noruega. Tradução oficial do Ministério dos Negócios Estrangeiros norueguês, disponível em <http://odin.dep.no/odin/engelsk/norway/system/032005-990424/>. O excerto apresentado corresponde a uma tradução do texto em inglês, em conformidade com o qual “[s]uch amendment must never, however, contradict the principles embodied in

Podem ser encontradas disposições genéricas contendo limites materiais expressos, nomeadamente:

- no artigo 139 da Constituição Italiana de 1947, relativamente à manutenção do regime republicano ⁽²⁷⁾;
- no artigo 1.º, relativo à dignidade humana, no artigo 20, dedicado aos princípios institucionais básicos e à defesa da ordem constitucional, e no n.º 3 do artigo 73, sobre a manutenção da divisão federal e a participação dos Estados federados na criação de legislação, da Lei Fundamental Alemã de 1949 ⁽²⁸⁾;
- no artigo 4.º da Constituição Turca de 1982, que impõe a manutenção do regime republicano, das características da República, e do conteúdo do artigo 3.º, relativo ao território, língua, bandeira, hino e capital ⁽²⁹⁾;
- na alínea c) do artigo 120 da Constituição do Bahrein de 2002, relativamente à manutenção da religião oficial, da Shari'a como principal fonte da legislação, da língua oficial, da monarquia constitucional e das respectivas regras de sucessão, do sistema bicameral e dos princípios de liberdade e de igualdade previstos na Constituição ⁽³⁰⁾.

As Constituições que integram a família lusófona são particularmente originais na forma como regulam a questão, ao terem optado pela criação de listas de limites materiais de revisão constitucional.

this Constitution, but solely relate to modifications of particular provisions which do not alter the spirit of the Constitution, and such amendment requires that two thirds of the Storting agree there to".

⁽²⁷⁾ Tradução oficial do Tribunal Constitucional da República Italiana disponível em www.cortecostituzionale.it. A tradução inglesa do artigo 139 prevê que "[t]he form of Republic shall not be a matter for constitutional amendment".

⁽²⁸⁾ Tradução oficial da Basic Law for the Federal Republic of Germany disponível em http://www.bundesregierung.de/nsc_trve/content/EN/_anlagen/basic-law/templateId=raw.property=publicationFile.pdf/basic-law. O n.º 3 do artigo 79, prevê, na sua tradução inglesa, que "[a]mendments to this basic law affecting the division of the federation into Länder, their participation on principles in the legislative process, or the principles laid down in articles 1 and 20 shall be inadmissible. Por seu turno, o n.º 2 do artigo 20 estabelece que "[a]ll state authority is derived from the people. It shall be exercised by the people through elections and other votes and specific legislative, executive, and judicial bodies".

⁽²⁹⁾ Tradução inglesa do Office of the Prime Minister, Directorate General of Press and Information, disponível em <http://www.byeqm.gov.tr/mevzur/anayasa/anayasa-ing.htm>. O artigo 4.º prevê, na sua tradução inglesa, que "[t]he provision of article 1 of the Constitution establishing the form of the state as Republic, the provisions in article 2 on the characteristics of the republic, and the provision of article 3 shall not be amended, nor shall their amendment be proposed".

⁽³⁰⁾ Tradução oficial do Governo do Reino do Bahrein, disponível em http://www.oefre.unibe.ch/law/id/ba_indx.html [sítio da Universität bern Institut für Öffentliches Recht]. A alínea c) do artigo 120 prevê, na sua tradução inglesa, que "[i]t is not permissible to

A mais generosa destas listas de limites materiais é a que consta do actual artigo 288 ⁽³¹⁾ da Constituição da República Portuguesa de 1976 (anteriormente artigo 290). Prevê catorze limites, alguns cuja consagração actual só pode ser justificada pelas circunstâncias da específica história constitucional, como a expressa atribuição de direitos às “comissões de trabalhadores”, na alínea *e*), ou a referência à “existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista”, na alínea *g*) ⁽³²⁾.

Com a relativa excepção da Constituição brasileira ⁽³³⁾, as restantes constituições de Estados lusófonos, em resultado da influência do constitucionalismo português, são identicamente generosas nos catálogos de limites materiais expressos:

- a Constituição de Angola, de 1992, com a previsão de seis limites no artigo 159 ⁽³⁴⁾;
- a Constituição de Cabo Verde, de 1992, com a previsão de sete limites expressos e a genérica protecção dos direitos fundamentais no artigo 285 ⁽³⁵⁾;
- a Constituição da Guiné-Bissau, de 1993, com a previsão de dez limites expressos no artigo 130;

propose an amendment to article 2 of this Constitution, and it is not permissible under any circumstances to propose the amendment of the constitutional monarchy and the principle of inherited rule in Bahrain, as well as the bi-cameral system and the principles of freedom and equality established in this Constitution”.

⁽³¹⁾ A origem do texto actual é a Lei Constitucional 1/89, que alterou a numeração, modificou a redacção das alíneas *f*) e *g*), e alterou a ordenação das restantes alíneas em conformidade com a supressão da anterior alínea *j*), em conformidade com a qual estava prevista: “[a] participação das organizações populares de base no exercício do poder local”. A redacção original das alíneas *f*) e *g*) era a seguinte: *i*) alínea *f*) “[o] princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios”; e *ii*) alínea *g*) “[a] planificação democrática da economia”.

⁽³²⁾ Neste caso específico resultante dos compromissos alcançados no âmbito da revisão constitucional de 1989.

⁽³³⁾ Embora utilizando uma sistematização diversas das restantes constituições dos Estados de língua oficial portuguesa, o § 4.º do artigo 60 da Constituição brasileira de 1988 também inclui uma cláusula de limites materiais expressos, em conformidade com a qual “[n]ão será objecto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I — a forma federativa de Estado; II — o voto direto, secreto, universal e periódico; III — a separação dos Poderes; IV — os direitos e garantias individuais”.

⁽³⁴⁾ A redacção do corpo do artigo 159 da Constituição de Angola tem a particularidade de fazer referência a limites materiais ao poder constituinte dado que estabelece que “[a]s alterações à Lei Constitucional e a aprovação da Constituição de Angola têm de respeitar...”.

⁽³⁵⁾ O n.º 2 do artigo 285 estabelece que “[a]s leis de revisão não podem, ainda, restringir ou limitar os direitos, liberdades e garantias estabelecidos na Constituição”.

- a Constituição de Moçambique, de 2004, com a previsão de doze limites expressos, mas a possibilidade de serem introduzidas alterações a esses limites através de referendo, no artigo 292 ⁽³⁶⁾;
- a Constituição de São Tomé e Príncipe, de 1990, com a previsão de nove limites expressos no artigo 154;
- a Constituição de Timor-Leste, de 2002, com a previsão de dez limites expressos, e a possibilidade da alteração da forma republicana de governo e da bandeira nacional através de referendo, no artigo 156 ⁽³⁷⁾.

As fórmulas utilizadas são mais ou menos idênticas, procurando salvar a opção por uma organização política democrática, os princípios fundamentais do Estado de Direito e a consagração de um catálogo de direitos fundamentais. A norma da Constituição portuguesa é excessivamente extensa e com alguns limites de relevância discutível, como se afirmou anteriormente, em razão de circunstâncias históricas. As restantes normas de limites materiais expressos são bastantes mais depuradas, com a notável exceção da recente Constituição moçambicana, de 2004, onde continua a ser feita uma referência autónoma aos “direitos dos trabalhadores e das associações sindicais” ⁽³⁸⁾ e é atribuída rigidez constitucional ao conteúdo essencial do direito da nacionalidade ⁽³⁹⁾.

Tendo em consideração a existência de limites ao poder constituinte, sejam estes externos ou internos, a pergunta que deve ser formulada é se se justifica a previsão de limites materiais expressos à revisão constitucional. São possíveis três respostas.

Em primeiro lugar, que os limites materiais à revisão constitucional são sempre limites materiais implícitos, na medida em que existem traços caracterizadores de cada texto constitucional que lhe conferem identidade e que, a serem desrespeitados, o transformam em qualquer coisa de diferente.

Em segundo lugar, que a existência de limites materiais expressos se basta com a consagração de uma fórmula genérica, do tipo da utilizada pela Consti-

⁽³⁶⁾ O n.º 2 do artigo 292 prevê que “[a]s alterações das matérias constantes do número anterior são obrigatoriamente sujeitas a referendo”.

⁽³⁷⁾ O n.º 2 do artigo 156 estabelece que “[a]s matérias constantes das alíneas c) [“forma republicana de governo”] e i) [Bandeira Nacional] podem ser revistas através de referendo nacional, nos termos da lei”.

⁽³⁸⁾ Alínea k) do n.º 1 do artigo 292.

⁽³⁹⁾ Em consonância com o seu tratamento constitucional, no Título II — Nacionalidade, através dos artigos 23 a 34. O Título II está dividido em quatro capítulos: Capítulo I — Nacionalidade originária; Capítulo II — Nacionalidade adquirida; Capítulo III — Perda e reacquirição da nacionalidade; e Capítulo IV — Prevalência da nacionalidade e registo.

tuição norueguesa de 1814, dado que esta será alegadamente suficiente para salvaguardar a identidade do texto constitucional. A longevidade da Constituição da Noruega, cuja última revisão constitucional teve lugar em 1995, seria, aliás, demonstrativa das suas virtualidades.

A utilização de uma fórmula deste tipo poderá, além disso, contribuir para atenuar acesas discussões teóricas sobre a questão, como as que tiveram lugar em Portugal durante os dois primeiros processos de revisão constitucional, em 1982 e em 1989. E, assim, também evitar a necessidade de criar elaboradas justificações jurídico-constitucionais para contornar limites materiais explícitos que apenas ganharam dignidade constitucional em resultado de circunstancialismos históricos conjunturais.

Em terceiro lugar, que apesar de os limites materiais expressos serem, na maioria das situações, limites materiais implícitos que foram objecto de concretização no texto constitucional, as listas de limites materiais de revisão constitucional podem funcionar como guias explicativos para uma adequada compreensão dos princípios constitucionais fundamentais, seja pelos intérpretes especializados, como os juízes que têm a tarefa de proceder ao controlo da constitucionalidade, seja pela comunidade dos juristas na sua totalidade.

É possível encontrar correcção em cada uma das respostas. As duas primeiras dão uma maior liberdade ao intérprete constitucional, podendo permitir uma maior capacidade de adaptação do texto constitucional às circunstâncias que mudam, mas simultaneamente exigem generalizados consensos ao nível da comunidade humana e uma comunidade jurídica relativamente sofisticada, onde as questões constitucionais sejam discutidas em termos primacialmente jurídicos. A terceira, embora possa pontualmente tolher a liberdade de modelação do texto constitucional, é capaz de funcionar como uma útil orientação para os juristas de comunidades humanas em que a discussão de matérias constitucionais não tenha ainda alcançado sedimentação adequada, nomeadamente ao nível doutrinal⁽⁴⁰⁾.

Qualquer que seja a opção tomada pelo legislador constituinte, e para terminar a presente intervenção, importa questionar a possibilidade de existirem mecanismos jurisdicionais de controlo da revisão constitucional, em particular a consagração de uma fiscalização preventiva da constitucionalidade.

Estando a liberdade de actuação do legislador de revisão constitucional sempre condicionada por limites materiais de revisão constitucional, sejam estes expressos ou implícitos, não parece oferecer muita dúvida a resposta afirmativa.

Assim, não aparece como muito problemática a possibilidade do órgão encarregue da fiscalização da constitucionalidade declarar a inconstitucionalidade

(40) Nestes termos se pode compreender a sua utilização em Portugal, aquando da elaboração da Constituição de 1976, numa ocasião em que a doutrina constitucional era praticamente inexistente.

dade, em fiscalização sucessiva da constitucionalidade, seja abstracta ou concreta, uma norma constitucional, adoptada em revisão constitucional, se entender que esta viola inequivocamente os limites materiais de revisão constitucional, na medida em que é sua função salvaguardar o texto constitucional que legitima a sua actuação. Actuação que se deve aceitar, mesmo que não esteja expressamente prevista no texto constitucional, na medida em que o órgão encarregado da preservação da constituição deve assumir oficiosamente essa tarefa.

Mais complexo é saber se poderá ter lugar uma fiscalização preventiva da constitucionalidade, em particular nas situações em que não haja qualquer referência a essa possibilidade no texto constitucional. Neste caso, a legitimidade para solicitar a intervenção da entidade jurisdicional competente deverá ser entendida como uma prerrogativa (implícita) dos participantes no procedimento de revisão constitucional, nomeadamente dos membros do órgão legislativo que tenham sido derrotados na votação das modificações ao texto constitucional, em particular se tiverem manifestado a sua discordância no decurso das discussões ⁽⁴¹⁾.

É agora ocasião de terminar esta intervenção com algumas conclusões que sintetizam o percurso efectuado.

V — CONCLUSÕES

A questão da discussão dos limites ao poder constituinte tem na sua base três conceitos sedimentados no seio de comunidades humanas de matriz ocidental: *Estado, democracia e constituição*.

A feitura de uma constituição não pode ser o mero resultado da aplicação de um conjunto de princípios abstractos, não devendo ser ignorado que visa aplicar-se a uma realidade concreta e específica, o que é particularmente significativo no continente africano, onde a intenção de instaurar e difundir a democracia e o Estado de Direito deve ser compatibilizada com as características específicas de cada comunidade e de cada território.

As comunidades humanas continuam a ter uma grande margem de autonomia na sua auto-organização, dado que uma intervenção estritamente internacional, ou uma intervenção conjugada dos Estados, nos assuntos internos dos outros Estados continua a ser excepcional.

⁽⁴¹⁾ Da mesma forma que deve ser entendida como uma prerrogativa do órgão encarregue de sancionar a sua aprovação pelo órgão legislativo, como é o caso do Presidente da República em Portugal, no momento de proceder à promulgação obrigatória do decreto de revisão constitucional. É que estando obrigado a promulgar uma lei de revisão constitucional, não estará idênticamente obrigado a fazê-lo se entender que não se reúnem os pressupostos de qualificação do acto, em particular o respeito dos limites materiais de revisão constitucional.

A especificidade do *tempo* e do *espaço* onde esteja a ter lugar a feitura e a modificação de uma constituição é particularmente relevante no continente africano, em razão da *coexistência de um Estado de matriz ocidental com estruturas de poder e de organização social tradicionais*.

A aceitação do *pluralismo jurídico* no âmbito do território de um Estado não é incompatível com a sua estruturação de acordo com uma matriz ocidental, na medida em que todas as organizações políticas qualificadas como Estados são partes integrantes de uma mesma comunidade internacional e estão sujeitas a um único Direito Internacional.

A existência de um Estado de matriz ocidental é absolutamente necessária para a *fluidez das relações externas* e para a regulamentação de um conjunto de actividades em que se considera necessária a existência de uma organização com as características do Estado ocidental.

A existência de um Estado de matriz ocidental pode ser compatibilizada como muitos tipos de organização política interna, seja centralizada, seja descentralizada, só podendo ser questionada a forma como é estruturada a organização administrativa se esta violar intencionalmente princípios básicos da boa governação, em particular ao nível das regras jurídico-internacionais que visam combater a corrupção.

Toda e qualquer ordem jurídica tem na sua origem uma específica ideia de direito, que a define e lhe dá sentido. Na constituição, como a primeira das suas leis, é possível encontrar uma síntese dos princípios e dos valores que a estruturam e caracterizam.

A escolha da ideia de direito que define e dá sentido à ordem jurídica implica um conjunto de opções básicas que vão ser determinantes na feitura, na interpretação, na aplicação, na modificação e na substituição do texto constitucional.

A opção por uma constituição democrática, em conformidade com o modelo ocidental actual, implica que os *governados tenham uma participação efectiva nos processos que conduzem à tomada da decisão política*, sendo fundamental a realização de eleições periódicas, em resultado das quais a liberdade de escolha possa conduzir à substituição dos governantes.

A ideia de direito subjacente a um Estado de Direito democrático exige: *i) a participação livre e generalizada da totalidade da comunidade humana na escolha daqueles que vão proceder à tomada das decisões políticas; ii) o exercício de cargos políticos por períodos previamente fixados e o respeito dos direitos da oposição; iii) a existência de um catálogo de direitos fundamentais*, inspirado nos instrumentos de Direito Internacional existentes; *iv) uma divisão do poder entre vários órgãos de poder político, que permita uma determinada interdependência e um controlo recíproco da sua actividade; v) a existência de tribunais, com autonomia real em relação aos órgãos do poder político.*

Os *limites internos* ao poder constituinte, ao resultarem da opção por uma determinada ideia de direito subjacente à Constituição, constituem uma auto-limitação que pode ser ultrapassada pela vontade conjugada dos governantes e dos governados. Em contraponto, os *limites externos* ao poder constituinte, ao resultarem de uma hetero-limitação, que se aplica à totalidade dos Estados, não podem ser afastados pela vontade de uma determinada comunidade humana.

Uma via particularmente fecunda para proceder a uma densificação dos limites externos ao poder constituinte passa pelo recurso ao Direito Internacional, com destaque para as normas de *ius cogens*, o costume internacional geral e os tratados com âmbito de aplicação universal ou potencialmente universal.

A vigência internacional, e a conseqüente produção de efeitos internos das normas de *ius cogens* e do costume internacional geral, *não está dependente do consentimento individual de qualquer um dos Estados existentes*.

A participação nos tratados internacionais de âmbito universal ou potencialmente universal não é uma mera manifestação do poder soberano dos Estados, mas antes uma *condição de efectivação da sua subjectividade jurídico-internacional*.

As escolhas do legislador constituinte estão sempre condicionadas por um conjunto de normas e de princípios de Direito Internacional, independentemente do sistema de recepção do Direito Internacional na ordem jurídica interna que esteja consagrado no texto constitucional, dado que correspondem a uma condição essencial à convivência entre os Estados.

O conhecimento dos limites materiais de origem externa é actualmente de difusão muito alargada, sendo possível afirmar que a feitura de textos constitucionais incluindo normas que expressamente os afrontem é objectivamente impossível.

Todos os textos constitucionais têm limites materiais de revisão que decorrem da necessária manutenção da sua identidade, podendo estes ser *implícitos* ou *expressos*.

Os limites materiais expressos podem constar de uma *fórmula genérica*, como no caso da Constituição da Noruega, de 1814, ou utilizar *disposições genéricas* elencantes de limites, como no caso do artigo 139 da Constituição Italiana de 1947, dos artigos 1.º, 20 e 73 n.º 3 da Lei Fundamental Alemã de 1949, do artigo 4.º da Constituição Turca de 1982, ou da alínea c) do artigo 120 da Constituição do Bahrein de 2002.

As *Constituições que integram a família lusófona* são particularmente originais na forma como regulam a questão, ao terem optado pela *criação de listas de limites materiais* de revisão constitucional. A mais generosa destas listas é a que consta do actual artigo 288 da Constituição da República Portuguesa de 1976.

As fórmulas utilizadas nas constituições lusófonas são mais ou menos idênticas, procurando salvaguardar a opção por uma organização política democrática, os princípios fundamentais do Estado de Direito e a consagração de um catálogo de direitos fundamentais.

As listas de limites materiais de revisão constitucional podem funcionar como *guias explicativos* para uma adequada compreensão dos princípios constitucionais fundamentais, podendo ser uma útil orientação para os juristas de comunidades humanas em que a discussão de matérias constitucionais ainda não tenha uma sedimentação adequada, nomeadamente ao nível doutrinal.

O órgão encarregue da fiscalização da constitucionalidade deve ter poderes para apreciar e declarar a inconstitucionalidade, em fiscalização sucessiva da constitucionalidade, seja abstracta ou concreta, de uma norma constitucional, adoptada em revisão constitucional, se entender que esta viola inequivocamente os limites materiais de revisão constitucional.

A *legitimidade* para solicitar a intervenção da entidade jurisdicional competente para proceder a uma fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas resultantes de uma revisão da constitucionalidade deverá ser entendida como uma *prerrogativa (implícita) dos participantes nessa modificação do texto constitucional*.