

PODER CONSTITUINTE E DEMOCRACIA

JORGE MIRANDA

As minhas primeiras palavras são de saudação e de agradecimento. De saudação, antes de mais, em meu nome e em nome das duas Universidades a que pertença — a Universidade de Lisboa e a Universidade Católica Portuguesa — ao Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro e a todas as instituições que, direta ou indiretamente, contribuem para a realização, com pleno êxito, deste importante Congresso.

De saudação também às Universidades brasileiras em geral, na presente fase da história política e jurídica do Brasil, na véspera de elaboração de uma nova Constituição.

A feitura de uma Constituição, de uma Lei Básica, não é apenas um ato político. É simultaneamente um ato cívico e cultural. Envolvendo o repensar de toda a vida coletiva, a criação ou recriação de normas fundamentais, a redefinição das relações sociais, não pode ser levada a cabo sem o espírito crítico, a atitude reflexiva, a lucidez e a soma de conhecimentos inerentes ao mais elevado esforço intelectual. As Universidades e os universitários não podem dela desinteressar-se.

Um verdadeiro desafio se depara, pois, aqui e agora, às Universidades e aos universitários brasileiros, em solidariedade com toda a comunidade nacional. Certamente, como há momentos reiterou o Magnífico Reitor da Universidade Federal, elas e eles estarão à altura desse desafio.

Queria igualmente dirigir um sincero agradecimento por me ser dada a oportunidade de, através da participação no Congresso do Instituto, de certa maneira ser chamado a ter alguma intervenção nos debates pré-constituintes que já se vão travando, com grande interesse, em todo o imenso Brasil.

Profissional que sou do Direito Constitucional, é para mim extremamente aliciante poder confrontar os meus conhecimentos e a minha experiência — inclusive, a experiência que tive de

Deputado à Assembléia Constituinte portuguesa de 1975-1976 — com a realidade e com a experiência que, neste momento, os juristas, os políticos, os cidadãos do Brasil estão vivendo.

I

1. Entrando imediatamente no tema, gostaria de chamar a atenção não tanto para as distinções habituais entre poder constituinte e poderes constituídos e entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado, ou melhor, poder de emenda ou de revisão quanto para a distinção, muito mais significativa, entre poder constituinte *material* e poder constituinte *formal*. Poder constituinte material é o poder de autoconformação do Estado segundo certa ideia de Direito, certo projecto, certa concepção de regime político. Poder constituinte formal é o poder de decretação de normas com a forma e a força jurídica próprias das normas constitucionais. E são duas faces da mesma realidade. Ou dois momentos que se sucedem e completam, o primeiro em que o poder constituinte é só material, o segundo em que é, simultaneamente, material e formal.

O poder constituinte material precede o poder constituinte formal. Precede-o logicamente, porque a ideia de Direito precede a regra de Direito, o valor comanda a norma, a opção política fundamental a forma que elege para agir sobre os factos. E precede-o historicamente, porque (sem considerar, mesmo, a Constituição institucional de antes do constitucionalismo), há sempre dois tempos no processo constituinte, o do triunfo de certa ideia de Direito ou do nascimento de certo regime e o da formalização dessa ideia ou desse regime; e o que se diz da construção de um regime político, vale também para a formação e para a transformação de um Estado.

Em segundo lugar, o poder constituinte material envolve o poder constituinte formal, porque (assim como a Constituição formal contém uma referência material) este é, por seu turno, não menos um poder criador de conteúdo valorável a essa luz. Não somente o poder constituinte formal complementa e especifica a ideia de Direito como é, sobretudo, com base nele que se declara e firma a legitimidade em que vai, doravante, assentar a ordem constitucional.

Confere, em contrapartida, o poder constituinte formal estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente à Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuir da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição

formal coloca o poder constituinte material (ou o resultado da sua acção) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas.

2. Na sua expressão inicial e mais elevada de poder de auto-organização e auto-ordenação, o poder constituinte material entremostra-se de exercício raro, ainda que permaneça latente em toda a existência do Estado, pronto a emergir e a actualizar-se em qualquer instante.

Não é, com efeito, todos os dias que uma comunidade política adopta um novo sistema constitucional, fixa um sentido para a acção do seu poder, assume um novo destino; é apenas em tempos de "viragem histórica", em épocas de crise, em ocasiões privilegiadas irrepetíveis em que é possível ou imperativo escolher. E estas ocasiões não podem ser catalogadas *a priori*; somente podem ser apontados os seus resultados típicos — a formação de um Estado *ex novo*, a transformação da estrutura de um Estado, a mudança de um regime político.

Poder constituinte equivale à capacidade de escolher entre um ou outro rumo, nessas circunstâncias. E nele consiste o conteúdo essencial da soberania (na ordem interna), pois, como ensina a doutrina mais autorizada, soberania significa faculdade originária de livre regência da comunidade política mediante a instituição de um poder e a definição do seu estatuto jurídico.

3. Conhecem-se as causas e os modos da formação do Estado e da sua transformação no confronto de outros Estados.

Pode haver formação por passagem a Estado de colectividade preexistente ou por vicissitudes do Estado em que esteja integrada (desmembramento, secessão, agregação com outros Estados). Pode haver transformação do Estado no confronto com outros Estados, por modificação da soberania (*v.g.*, sujeição a regime de protectorado ou sua cessação, incorporação ou desincorporação de confederação) e por perda ou aquisição de soberania internacional (*v.g.*, integração em Estado federal ou em união real ou secessão).

Fruto ou da luta da própria colectividade pela sua emancipação política ou da decisão de outro Estado ou de organizações internacionais, efeito de acto praticado de acordo com certas regras jurídicas ou contra essas regras, a formação do Estado não se reduz nunca a mero facto natural ou extrajurídico. Muito pelo contrário, nunca deixa de ser, em si, um acto jurídico por sempre ter de apelar para um princípio justificativo e sempre ter de implicar uma concepção de Direito dominante (ou talvez melhor aqui, uma vontade de Direito inovatória).

O nascimento do Estado coincide com a sua primeira Constituição, porque na Constituição vão exteriorizar-se as representações particulares do conceito de Estado. Reciprocamente, a Constituição mais originária do Estado é a Constituição do seu nascimento, por ser ela que traz consigo a configuração concreta do povo, do território, do poder e por ser ela que chama a si a ideia de Direito dominante no meio social.

Já não será tanto assim com a transformação da soberania, por mais radical que venha a ser: o princípio é da continuidade do Estado. Mas a nova fase da sua história que então se inaugura tem também de se apoiar numa ideia ou num projecto que qualifique a alteração ocorrida e catalise as energias jurídicas colectivas.

4. Se na formação ou na transformação do Estado o conteúdo da nova ideia de Direito não é separável do próprio poder político em si (a Constituição é necessária para o Estado existir, mas o Estado não consiste na Constituição), já na mudança de regime tudo vem a entroncar nessa substituição da ideia de Direito. E daí que o fenómeno constituinte apareça muito mais associado à sucessão de regimes políticos do que às vicissitudes do Estado.

A mudança de regime pode ser mais ou menos profunda. Usando a terminologia do C. SCHMITT, dir-se-á que ora equivale a *destruição*, ora a *supressão*: na destruição desaparecem tanto a Constituição como o poder constituinte (ou seja, o princípio da legitimidade) em que se baseava; na supressão desaparece a Constituição, e subsiste o poder constituinte. Mas, desaparecida uma Constituição material, logo surge outra, ainda que a correspondente Constituição formal demore mais ou menos tempo a ser preparada.

O modo mais frequente de mudança de regime é a revolução; o outro é a passagem sem ruptura, a mudança na continuidade, a reforma política (*stricto sensu*) ou transição constitucional.

5. Nada é mais gerador de Direito do que uma revolução, nada há talvez de mais eminentemente jurídico do que o acto revolucionário.

A revolução não é o triunfo da violência, é o triunfo de um Direito diferente ou de um diferente fundamento de validade do ordenamento jurídico positivo. Não é antijurídica; é apenas anti-constitucional por oposição à anterior Constituição, não em face da Constituição *in fieri* que, com ela, vai irromper. A quebra da ordem previgente só se torna possível pela presença de valores, princípios e critérios que, afastando os até então dominantes, vêm, do mesmo passo, carregar de legitimidade o acto revolucionário e desencadear efeitos normativos múltiplos, extensos e susceptíveis de, por seu turno, adquirirem uma dinâmica própria.

Sob este ângulo, afigura-se bastante secundário que o autor da revolução seja um governante em funções, o titular de um órgão do poder constituído usurpando o poder constituinte (é o que se chama *golpe de Estado*), ou um grupo ou movimento vindo de fora dos poderes constituídos (insurreição ou revolução *stricto sensu*); ou que os seus objectivos se revelem mais ou menos amplos ou limitados.

6. Menos estudado do que a revolução vem a ser o fenómeno que apelidamos de transição constitucional. Menos estudado, não só por acontecer muito menos mas também por ser mais difícil de registar (ou de fixar o momento em que se verifica, com todo o rigor, a mudança de regime ou de Constituição material).

No entanto, não deve ter-se por menos relevante. Basta evocar alguns exemplos: a evolução política inglesa do Estado estamental para a monarquia constitucional e da predominância da Câmara dos Lordes para a predominância da Câmara dos Comuns; a outorga da Carta Constitucional por D. Pedro IV em 1826; a passagem da IV à V república em França em 1958 (através de uma lei constitucional votada pelo Parlamento que autorizou o General De Gaulle a preparar, de acordo com certos princípios, um projecto de Constituição e a submetê-lo a referendo); a “reforma política” espanhola de 1976-1978. E, sem dúvida, transição constitucional é também o processo que está ocorrendo aqui, no Brasil, dada a eleição de Tancredo Neves e a convocação de um Congresso com poderes para fazer uma nova Constituição, em vez da Constituição de 1967-1969.

Em todos estes casos, a natureza do evento e o seu alcance negador do regime político assinalam bem uma decisão fundamental, a adopção de uma nova idéia de Direito, o erigir de um novo fundamento de validade.

Nem se conteste a autonomia do conceito, aduzindo que, por se tratar de transmutação ou abuso do poder atribuído a certo órgão, no fundo não há diferença em relação ao golpe de estado. Não é assim, porque na transição constitucional se respeitam as competências e os processos de agir instituídos pela Constituição em vigor: o Rei absoluto, por ser Rei absoluto, vem autolimitar-se; tal como a própria Constituição pode prever uma revisão *total*. O que se dá é um desvio ou excesso de poder, que afecta a identidade da Constituição; e nada mais, ao contrário do que sucede nos processos revolucionários, nos quais avultam também os elementos de ruptura formal.

7. Prevalente uma nova idéia de Direito ou um novo princípio de Constituição material, segue-se o processo da correspon-

dente Constituição formal, o processo que há-de culminar no acto constituinte como acto intencional de aprovação da Constituição.

Para lá de circunstancialismos históricos inelutáveis, as três variáveis a considerar reconduzem-se à forma de Estado, ao princípio de legitimidade do poder e à correlação entre representação política e democracia directa. O processo constituinte é diverso em Estado unitário e em Estado federal; no domínio da legitimidade democrática e da legitimidade monárquica, no domínio da legitimidade democrática de tipo ocidental e da legitimidade democrática de outra inspiração; consoante compreende só elementos representativos ou também de democracia directa. Donde, uma maior ou menor complexidade e uma mais ou menos longa duração.

O acto constituinte pode competir a um único órgão ou sujeito. Pode ser a soma ou o resultado dos actos parcelares provenientes de dois ou mais órgãos da mesma entidade titular do poder constituinte. E pode consistir num acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos ou entidades.

São estes os três tipos fundamentais de acto constituinte: acto constituinte unilateral singular, acto constituinte unilateral plural e acto constituinte bilateral ou plurilateral.

8. Incluem-se nas formas de actos constituintes unilaterais singulares:

a) A outorga da Constituição (dita então Carta Constitucional) pelo monarca — como em França em 1814, na Baviera em 1819, em Portugal em 1826, no Piemonte em 1848, etc.;

b) O decreto do Presidente da República ou de outro órgão do Poder Executivo — como no Brasil em 1937;

c) O acto de autoridade revolucionária ou de autoridade constitutiva do Estado — como em Moçambique e em Angola em 1975;

d) A aprovação por assembléia representativa ordinária ou comum dotada de poder para o efeito — como na URSS em 1977;

e) A aprovação por assembléia formada especificamente (mas não necessariamente apenas) para isso, chamada assembléia constituinte ou convenção — como em França em 1791, em Portugal em 1822, 1911 e 1976 ou no Brasil em 1824, 1891, 1934 e 1946.

Estamos aqui em Estado unitário ou em Estado federal fictício (ou unitário de estrutura federal). Na hipótese a), o princípio de legitimidade é monárquico; nas hipóteses d) e e) democrático, com ou sem pluralismo; nas hipóteses b) e c) pode ainda invocar-se a legitimidade democrática, mas a concretização é anómala ou heterodoxa (salvo quando se trate de Constituições provisórias ou preconstituições). As hipóteses d) e e) decorrem da lógica do sistema representativo, estreitamente conexo como o constitucionalismo moderno.

9. As formas de actos unilaterais plurais compreendem:

a) A aprovação por referendo, prévio ou simultâneo da eleição de assembleia constituinte, de um ou vários grandes princípios ou opções constitucionais e, a seguir, a elaboração da Constituição de acordo com o sentido da votação — como na Itália em 1946 e na Grécia em 1974 a decisão sobre monarquia ou república;

b) A definição por assembleia representativa ordinária dos grandes princípios, a elaboração de projecto de Constituição pelo Governo e a aprovação final por referendo — como em França em 1958;

c) A elaboração por assembleia constituinte, seguida de referendo — como em França em 1946 ou em Espanha em 1978;

d) A elaboração por órgão provindo da Constituição anterior, com subsequente aprovação popular — como em França em 1799, 1801 e 1804;

e) A elaboração por autoridade revolucionária ou órgão legitimado pela revolução, seguida de referendo — como em Portugal em 1933, em Cuba em 1976 ou no Chile em 1980.

Estas hipóteses ocorrem ainda em Estado unitário, todas assentam na legitimidade democrática (com mais ou menos pluralismo) e todas combinam, de certa maneira, institutos representativos e de democracia directa (mais coerentemente, nos casos de a) e c).

10. Finalmente, actos constituintes bilaterais ou plurilaterais vêm a ser:

a) A elaboração e a aprovação da Constituição por assembleia representativa, com sujeição a sanção do monarca — como na Noruega em 1814, em França em 1830, em Portugal em 1838 ou na Prússia em 1850;

b) A aprovação da Constituição por assembleia representativa federal, seguida de ratificação pelos Estados componentes da União — como nos Estados Unidos em 1787.

As Constituições, nestas condições aprovadas, são as Constituições pactícias: implicam um pacto entre a assembleia (ou o povo) e o Rei, no primeiro caso; e entre o órgão (ou poder) federal e os Estados membros da união no segundo caso. E são de admitir ainda outras modalidades de contrato constitucional.

11. Uma coisa é a forma jurídica, outra a realidade politico-constitucional; uma coisa é a legitimidade, outra a autenticidade do exercício do poder constituinte.

Do prisma político, as Constituições são também de origem democrática ou autocrática. Mas só se consideram entre as primeiras as que efectivamente sejam emanadas em condições míni-

mas de liberdade e participação dos cidadãos, e não impostas pelos governantes. Não interessa a forma utilizada; o que interessa é a genuinidade da vontade política do povo nela expressa.

Pela natureza do órgão, pode afirmar-se que uma Constituição elaborada em assembleia constituinte, contanto que livremente eleita, é de origem democrática; e que ainda mais democrática o será se tiver havido antes uma definição pelo povo, em referendo, do sentido do regime. Já a sujeição a referendo após a deliberação de assembleia constituinte oferece menor margem ao povo, visto que a alternativa — entre ter uma Constituição ou não ter nenhuma — leva, salvo raras excepções, ao voto favorável; trata-se, então, sobretudo, de obter um reforço da base política da Constituição ou outros efeitos.

O referendo, degradado em *plebiscito* (na acepção ligada aos plebiscitos napoleónicos), pode, contudo, ser não um instrumento de democracia, mas sim de autocracia, quando, através dele, se chame o povo a aderir a textos constitucionais preparados pelo Chefe do Estado ou por governos ditatoriais, sem interferência de assembleias representativas do pluralismo das correntes ideológicas do país e sem liberdade de discussão. Muito frequente nos séculos XIX e XX, tal distorção da democracia directa conduz, no limite, ao cesarismo plebiscitário.

Por outro lado, porque no século XX a prática política gira em torno dos partidos políticos em quase todos os países, as Constituições sofrem um influxo decisivo dos partidos (se não são mesmo obra deles) — de vários partidos ou de um só. No primeiro caso, as Constituições compromissórias que assim se formam correspondem *grosso modo* às Constituições pactícias do século XIX; no segundo, é como se o partido único viesse a chamar a si o poder constituinte, directa ou indirectamente.

12. Uma coisa é o título de legitimidade ou a forma de produção da Constituição, outra coisa o seu conteúdo ou a forma e o sistema de governo que consigna — embora não sejam coisas sem relação.

Importa, pois, não confundir Constituição de origem democrática ou autocrática com Constituição de conteúdo democrático ou autocrático. Não é a fonte ou o poder constituinte criador da Constituição que dá garantia, por si só, de que a forma de governo instituída venha a ser de democracia, pluralista ou não, ou de autocracia.

Uma Constituição de base democrática nos tempos modernos naturalmente dá corpo a uma democracia, embora possa ir mais ou menos longe na consagração consequente do princípio demo-

crático. Mas já a outorga de uma Carta Constitucional envolve por si só a destruição da monarquia integral ou absoluta: como se trata de Constituição com separação de poderes e reconhecimento de direitos individuais, a autolimitação do poder do Rei dela resultante conduz a uma monarquia constitucional (por isso, na perspectiva da Lei Fundamental anterior se justifica falar em desvio de poder).

De resto, uma Constituição nascida na base de um determinado princípio de legitimidade pode sofrer, no decurso da sua vigência, uma transmutação, por esse princípio vir a conjugar-se, entretanto, com outro princípio ou até a ser por este substituído — o que significará, claro está, uma alteração da Constituição material, embora permanecendo a Constituição formal ou a instrumental. Aconteceu isso, como se sabe, com algumas Cartas constitucionais do século XIX, ao evoluírem para Constituições pactícias e, mais tarde, algumas, para Constituições de princípio democrático.

13. Escreveu SIEYÈS — como sabemos, juntamente com os pais da Constituição americana, um dos primeiros teóricos do poder constituinte — que este poder haveria de se exercer de qualquer forma. “Uma nação não pode estar sujeita a uma Constituição”; “não pode adstringir-se a formas constitucionais”; “é sempre senhora de reformar a sua Constituição”; “a sua vontade é sempre legal, é ela própria a lei”.

Assim é no sentido de poder constituinte originário que compreende a revolução (e, de resto, exactamente, a tese de SIEYÈS destinava-se a legitimar uma revolução ou uma transição de uma Constituição a outra — a transformação dos Estados Gerais convocados por Luís XVI, rei absoluto, em Assembléia Constituinte e do 3.º Estado em nação, em nação soberana, equivalente ao povo como universalidade dos cidadãos).

Já não seria de aceitar a afirmação, se com ela se pretendesse inculcar que a pluralidade (*a priori* indefinida) de formas de exercício do poder constituinte material significaria alheamento do Direito. Ou que o poder constituinte formal não careceria de uma predeterminação de formas vinda do poder constituinte material. Muito pelo contrário, como acabamos de ver.

Na verdade, seja unilateral ou bilateral o acto constituinte, seja de base democrática ou autocrática, a formação de uma Constituição — e de uma Constituição definitiva, por maioria de razão — não pode fazer-se sem uma organização prévia e sem um enquadramento imposto pelo próprio princípio de legitimidade.

Optar, em democracia, por formas representativas, directas ou mistas é decisão originária no confronto da Constituição que vai ser decretada, mas decisão derivada em face do momento inicial de emergência da nova ordem jurídico-política. E não pode, por exemplo, elaborar-se e aprovar-se uma Constituição através de assembleia constituinte ou de referendo sem uma legislação reguladora da capacidade eleitoral e do sufrágio e sem normas que estatuem como há-de surgir a vontade constituinte. Algo de semelhante se diga a respeito do acto constituinte bilateral. Mas até o acto constituinte unilateral monárquico carece ainda de regras: a outorga tem, pelo menos, de se fundar na autoridade real e de se transmitir pela forma específica dos actos do Rei.

14. Diz-se, por vezes, que o poder constituinte do povo, aí onde se invoque uma legitimidade democrática, deve prevalecer sempre sobre a Constituição existente; outras vezes, que o referendo, expressão imediata desse poder, não tem de estar previsto na Constituição para ser admissível, visto que, por definição, ele está acima da Constituição. Importa esclarecer estas afirmações.

Decerto, enquanto faculdade essencial de auto-organização do Estado, o poder constituinte perdura ao longo da sua história e pode ser exercido a todo o tempo; e, na medida em que prevaleça a soberania do povo como princípio jurídico-político, ao povo cabe decidir sobre a subsistência ou não da Constituição positiva, a sua alteração ou a sua substituição por outra.

Todavia, para lá da consideração abstracta da legitimidade, têm de se tomar em conta as condições concretas em que o poder constituinte há-de vir a ser actualizado, as determinantes históricas de ruptura ou de transição constitucional e a efectividade que se espera vir a adquirir uma nova Constituição. É preciso atender aos riscos para a segurança jurídica advenientes da diminuição ou do esvaziamento da força normativa da Constituição. E, se se invoca o princípio democrático, cabe verificar se é o povo que, real e livremente, quer a mudança, de que maneira e com que meios.

A supremacia do povo em face da Constituição não se justifica por si própria; ela é instrumental relativamente a outros valores e interesses máis elevados, como os direitos fundamentais das pessoas que compõem esse povo; não pode ser absolutizada. Um homem só ou um grupo de homens pode exercer despoticamente o poder; não um povo todo, pois o povo, para o exercer, requer uma organização jurídica, em que cada cidadão possa fazer ouvir a sua voz, a maioria ditar a lei e a minoria ter os seus direitos respeitados. Para ponderar sobre se a Constituição deve ser mantida, reformada ou substituída, haverá, portanto, sempre que

saber se ela garante ou não esses direitos e como é cumprida e aplicada.

Em democracia que se pretenda um Estado de Direito, mudar de governo não equivale a mudar de Constituição e de regime. Nem uma maioria de governo — sempre contingente em democracia de tipo ocidental, que postula pluralismo e alternância — pode arrogar-se em maioria constitucional, sob pena de conformar a Constituição à sua imagem e de tender a perpetuar-se no poder. Pelo contrário, por definição, por conter as regras de jogo do regime, a Constituição tem de perdurar para além da sucessão de governos e de partidos, porque a todos tem de servir de referência institucional e a todos tem de oferecer um quadro de segurança para o presente e para o futuro.

Naturalmente, resta observar, em compensação, que não deve a Constituição ser tão rígida e fechada nas suas formas organizativas e processuais que impeça ou dificulte, para além do razoável, a correspondência dos preceitos com a vontade e os circunstancialismos do povo, em constante mutação.

15. O poder constituinte é logicamente anterior e superior aos poderes ditos *constituídos* — na tricotomia clássica, o legislativo, o executivo e o judicial. A Constituição, sua obra, define-os e enquadra-os quer formal quer materialmente: eles não podem ser exercidos senão no âmbito da Constituição e as decisões e as normas que resultem desse exercício não podem contrariar o sentido normativo da Constituição. E isso torna-se mais patente quando haja Constituição formal como Lei Fundamental do Estado.

Daqui não decorre, porém, que o poder constituinte equivalha a poder soberano absoluto e que signifique capacidade de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios, valores e condições. Não é poder soberano absoluto — tal como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição — e isso tanto à luz de uma visão jusnaturalista ou na perspectiva do Estado de Direito como na perspectiva da localização histórica concreta em que se tem de pronunciar o órgão nele investido. O poder constituinte está sujeito a limites.

Embora seja mais corrente na doutrina considerar a existência (ou a possibilidade ou a necessidade de existência) de limites materiais do poder de revisão constitucional — habitualmente tido por poder constituinte derivado — importa outrossim considerar a existência de limites materiais (em graus diversos, se se quiser) do poder constituinte verdadeiro e próprio, e mesmo do poder constituinte material originário.

16. Há que distinguir três categorias de limites materiais do poder constituinte: limites transcendentos, imanentes e, em certos casos, heterónomos.

Os primeiros dirigem-se ao poder constituinte material e, por virtude deste, ao poder constituinte formal; os segundos são específicos do poder constituinte formal; os últimos adstringem tanto um como outro.

Os limites *transcendentes* são os que, antepondo-se ou impondo-se à vontade do Estado (e, em poder constituinte democrático, à vontade do povo) e demarcando a sua esfera de intervenção, provêm de imperativos de Direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica colectiva (conforme se entender).

Entre eles avultam os que se prendem com os direitos fundamentais ou com os direitos fundamentais imediatamente conexos com a dignidade da pessoa humana. Seria inválido ou ilegítimo decretar normas constitucionais que gravemente os ofendessem (*v.g.*, que estabelecessem o arbítrio no seu tratamento pelo Estado, que negassem a liberdade de crenças ou a liberdade pessoal, que criassem desigualdades em razão da raça ou em Portugal, pelo menos, que restaurassem a pena de morte).

Os *limites imanentes* decorrem da noção e do sentido do poder constituinte formal enquanto poder situado, que se identifica por certa origem e finalidade e se manifesta em certas circunstâncias; são os limites ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte material ou à própria identidade do Estado de que cada Constituição representa apenas um momento da marcha histórica. E compreendem limites que se reportam à soberania do Estado e, de alguma maneira (por vezes), à forma de Estado e limites atinentes à legitimidade política em concreto.

Assim, não se concebe, num Estado soberano e que pretenda continuar a sê-lo, que ele venha a ficar despojado da soberania (*v.g.*, aceitando a anexação a outro Estado); num Estado federal e que pretenda continuar a sê-lo, que ele passe a Estado unitário, ou reciprocamente (em certos casos); e num Estado em que prevalece certa legitimidade ou certa ideia de Direito, num determinado momento (*v.g.*, a legitimidade democrática) que se venha a estabelecer uma organização política de harmonia com uma legitimidade ou uma ideia de Direito contrária.

Os *limites heterónomos* são os provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos. Podem referir-se a regras de Direito internacional — sem esquecer aquilo em que, em geral, se traduz a integração do Estado na comunidade internacional — e podem ter que ver ainda com regras de Direito interno.

É o que se verifica, quanto ao Direito internacional, por exemplo, com o estatuto de neutralidade consagrado no Direito constitucional austriaco na sequência do tratado de Estado de 1955; e, quanto ao Direito interno, com os limites recíprocos, em união federativa, entre poder constituinte federal e poder constituinte de cada um dos Estados federados, devendo aquele respeitar a existência destes e as garantias da sua participação a nível central e devendo os Estados federados subordinar-se aos imperativos de sua integração na união federativa (incluindo os respeitantes ao sistema político, consoante prevêem Constituições como a americana no artigo IV ou a federal alemã no art. 28.º).

II

17. Vale a pena concretizar os conceitos acabados de expor por referência ao constitucionalismo português e, em particular, à formação da nossa actual Constituição, a de 1976.

Três notas avultam em geral, sob este aspecto.

Assim, tal como na generalidade dos países latinos, o constitucionalismo surge entre nós por via revolucionária; não por continuidade, mas por corte com o passado, seja esse corte feito pelo povo em armas (1820 e 1834) ou pelo próprio monarca (1826). O que sucede em Portugal — a passagem do Estado absoluto ao Estado constitucional — é um bom exemplo — de como as Constituições trazem algo de diverso e original em face das anteriores “Leis Fundamentais”.

Em segundo lugar, as nossas seis Constituições — decretadas em 1822, 1826, 1838, 1911, 1933 e 1976 — são o produto do circunstancialismo histórico do país e o reflexo de determinados elementos políticos, económicos, sociais e culturais. Fruto dos nossos atribulados séculos XIX e XX, elas traduzem os seus problemas e as suas contradições e apresentam-se como veículos de certas ideias, tentativas de reorganização da vida colectiva, projectos mais ou menos assentes na realidade nacional, corpos de normas mais ou menos efectivos e duradouros.

Em terceiro lugar, a história constitucional portuguesa, tal como a da generalidade dos países latinos, é feita de roturas. As Constituições emergem em rotura com as anteriores, sofrem alterações nem sempre em harmonia com as formas que prescrevem e acabam com novas roturas ou revoluções. A de 1822 é consequência da revolução de 1820, a de 1838 da revolução de 1836, a de 1911 da revolução de 1910, a de 1933 da revolução de 1926 e a de 1976 da revolução de 1974; da mesma maneira, o Acto Adicional de 1852 é consequência da revolução de 1851 e a alteração de

1918 da revolução de 1917. Única excepção: a Carta Constitucional, embora situada na vertente de 1820.

18. O processo que havia de conduzir à Constituição de 1976 partiu da ideia de Direito invocada pela revolução de 25 de Abril de 1974.

Essa ideia de Direito revelou-se claramente nas proclamações e nos primeiros actos concretos do Movimento das Forças Armadas (a libertação dos presos políticos, o regresso dos exilados, o desaparecimento da censura, o feriado do 1.º de Maio, etc.) e veio a ter formal consagração num documento sem precedentes no Direito público português: no Programa divulgado na madrugada seguinte, explicitamente referido na lei pela qual foram declarados destituídos os titulares dos órgãos políticos do regime deposto (a Lei n.º 1/74, de 25 de Abril), e depois publicado em anexo à lei que definiu a estrutura provisória do poder (a Lei n.º 3/74, de 14 de Maio).

Mas a legitimidade do 25 de Abril teve igualmente como ponto de referência a Declaração Universal dos Direitos do Homem, citada mais de uma vez pelos órgãos do poder revolucionário, e cujo império havia de contrastar com o regime autoritário do qual o país tinha saído. E, se as alusões se ofereciam bastante heterogêneas e se nenhuma possuía valor jurídico específico, elas vinham reconhecê-la como inspiração ou guia do novo poder político, como inspiração ou elemento definidor dos direitos fundamentais a garantir doravante em Portugal. Sem se aplicar directa ou preceptivamente, apesar disso era a ideia de Direito subjacente à Declaração que se acolhia.

19. Das proclamações difundidas no próprio dia 25 de Abril de 1974 e do Programa do Movimento das Forças Armadas logo constou o anúncio público da convocação, no prazo de doze meses, de uma Assembléia Nacional Constituinte, eleita por sufrágio universal, directo e secreto, segundo lei eleitoral a elaborar pelo futuro Governo Provisório e se estabeleceu que "logo que eleitos pela Nação a Assembleia Legislativa e o novo Presidente da República... a acção das Forças Armadas será restringida à sua missão específica de defesa da soberania nacional".

Mas três circunstâncias particulares, sem paralelo em épocas anteriores, viriam a assinalar o processo que se desenrolaria até à Constituição.

A primeira viria a ser a turbulência dos dois anos entre a revolução e a Constituição, derivada de condicionalismos de vária ordem (descompressão política e social imediatamente após a

queda dum regime autoritário de 48 anos, descolonização dos territórios africanos feita em 15 meses após ter sido retardada 15 anos, luta pelo poder logo desencadeada) e traduzida, a partir de certa altura, num conflito de legitimidades e de projectos de revolução.

A segunda circunstância viria a ser, como efeito directo dessa turbulência e dos desvios que se verificariam em relação ao Programa do Movimento das Forças Armadas, a celebração de duas “Plataformas de Acordo Constitucional” entre os principais partidos políticos e o Movimento das Forças Armadas — representado num órgão entretanto criado, o Conselho da Revolução — para predeterminar alguns pontos importantes da futura Lei Fundamental.

A terceira nota específica foi o pluralismo partidário manifestado na Assembleia Constituinte, sem que houvesse maioria de qualquer partido ou coligação e tendo cada um dos seis partidos aí com assento apresentado o seu próprio projecto da Constituição.

Dessas circunstâncias resultariam uma Constituição elaborada muito sobre o acontecimento, simultaneamente sofrendo o seu influxo e reagindo e agindo sobre o ambiente político e social; a limitação (ainda que não por vínculos jurídicos, como se demonstrará) do debate e da decisão efectiva da Assembleia Constituinte; e o confronto ideológico em que esta se moveu e a índole de compromisso do texto finalmente votado — um compromisso, apesar de todas as vicissitudes, baseado no princípio democrático.

20. Convocando uma Assembleia Constituinte, o Programa do Movimento das Forças Armadas traçou logo as regras fundamentais do processo que havia de conduzir à feitura de uma nova Constituição: prazo máximo de doze meses para a sua eleição; sufrágio universal, directo e secreto; plenitude do poder constituinte a esta Assembleia por não se estabelecer nenhuma decisão prévia que a condicionasse, nem se prever a sujeição da Constituição a qualquer forma de sanção ou referendo; brevidade do “período de excepção” ou de interregno constitucional; e carácter transitório ou provisório das instituições políticas que, entretanto, exercessem o poder.

Estipulava-se, pois, que fosse uma Assembleia Constituinte, e só ela, a decretar a nova Constituição; mas, ao mesmo tempo, impunha-se a coexistência da Assembleia Constituinte e do Governo Provisório, enquanto aquela funcionasse, e a subsistência deste e da Junta de Salvação Nacional — para “salvaguarda dos objectivos” proclamados no Programa — até à eleição do Presidente da República e da Assembleia Legislativa.

A principal lei constitucional revolucionária, a Lei n.º 3/74, de 14 de maio, veio dar cumprimento ao Programa, mas dispôs sobre o estatuto da Assembleia em termos restritivos.

Assim, o art. 2.º desta lei enunciava como órgãos de soberania até que iniciassem o exercício das suas funções os órgãos a instituir pela nova Constituição, quase no mesmo plano, a Assembleia Constituinte e o Presidente da República, a Junta de Salvação Nacional, o Conselho de Estado, o Governo Provisório e os tribunais. O art. 3.º, n.º 1, adstringia a Assembleia à elaboração e à aprovação da Constituição, o que, conjugado com os preceitos sobre os outros órgãos, lhe subtraía poderes de qualquer outra espécie. O art. 3.º, n.º 2, fixava como prazo para a feitura da Constituição o de noventa dias contados a partir da verificação dos poderes dos Deputados, e dava ao Presidente da República o poder de o prorrogar por igual período, ouvido o Conselho de Estado. O art. 3.º, n.º 3, prescrevia a dissolução automática da Assembleia, uma vez aprovada a Constituição ou, quando a não tivesse aprovado, decorrido aquele prazo; e ordenava, neste caso, que fosse eleita nova Assembleia dentro de sessenta dias.

Ou seja: a Assembleia Constituinte não era instituída como órgão de soberania único; diferentemente das anteriores Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes, não recebia as competências legislativas e de fiscalização política inerentes a um verdadeiro parlamento. E, por outro lado, estava sujeita a um prazo, manifestamente insuficiente na nossa época, para fazer a Constituição — tão insuficiente que viria a ser sucessivamente prolongado ou prorrogado de modo que a Assembleia, em vez de três meses, funcionaria dez meses.

Inéditas entre nós, estas regras tinham tido antecedentes em França em 1945 e em Itália em 1946 e viriam a ter algum paralelo na Grécia em 1974/75.

Mas, apesar de tudo, a Assembleia não deixava de ser um órgão soberano. Só ela podia decretar a Constituição e nenhum outro órgão tinha o poder de a promulgar, de a sancionar ou de a vetar. Pela própria natureza das coisas e pela própria letra da Lei n.º 3/74, a Assembleia Constituinte não pertencia apenas “elaborar” mas também “aprovar” a Constituição. Não era, pois, um mero órgão de redacção; era um órgão com competência plena para conferir obrigatoriedade à Constituição.

Logo que se reuniu, a Assembleia Constituinte empregou os primeiros esforços na preparação de um regimento que fosse adequado à sua missão; e as decisões que então teve de tomar não foram meramente técnicas, quer pelas incidências sobre os acontecimentos exteriores à Assembleia, quer porque o modo como veio

a ser regulado o exercício dos poderes da Assembleia viria a projectar-se nas normas constitucionais cuja aprovação dela dependia.

O regimento fixou um “plano de elaboração da Constituição” que consistia em: 1.º apresentação de projectos de Constituição e de propostas de sistematização do texto constitucional; 2.º nomeação de comissão que, tendo em vista os projectos e as propostas apresentados, desse parecer sobre a sistematização da Constituição; 3.º debate na generalidade sobre os projectos e propostas e o parecer da comissão e aprovação pela Assembleia do sistema geral da Constituição; 4.º nomeação de comissões para elaborar pareceres sobre as diferentes matérias nos prazos determinados pela Assembleia; 5.º debate, na generalidade e na especialidade, e votação a respeito de cada título ou capítulo da Constituição, com base em todos os projectos e propostas até então apresentados e nos pareceres das respectivas comissões; 6.º nomeação de comissão encarregada de proceder à harmonização dos títulos ou capítulos da Constituição aprovados e à redacção final do texto; 7.º aprovação global da Constituição pela Assembleia Constituinte.

A iniciativa de projectos de Constituição ou de preceitos constitucionais e de propostas de alteração cabia a qualquer grupo parlamentar ou a qualquer Deputado. As deliberações de aprovação de qualquer princípio ou preceito da Constituição deveriam ser tomadas com voto favorável de mais de metade dos membros da Assembleia — ou seja, à partida, cento e vinte e seis.

Por outro lado, como normas regimentais que viriam a ser fonte do novo Direito parlamentar português avultavam o direito dos Deputados eleitos por cada partido de se constituírem em grupo parlamentar, a perda do mandato do Deputado que se inscrevesse em partido diverso daquele em que se encontrasse filiado aquando das eleições e a composição das comissões com representação proporcional dos partidos.

O plano de elaboração da Constituição foi cumprido e, assim, no processo constituinte desenrolaram-se três fases fundamentais: uma fase de sistematização; uma fase de elaboração e aprovação das disposições dos diferentes títulos e capítulos e do preâmbulo; e uma fase de redacção final e aprovação global.

Naturalmente, a fase mais longa e central foi a segunda. Cada comissão especializada — veio a haver dez — trabalhava sobre os projectos de Constituição dos partidos e sobre anteprojectos de autoria de algum ou alguns dos seus membros e preparava um parecer, do qual constava um novo articulado; e, na prática, veio a ser cada um dos textos assim propostos que o Plenário discutiu

e votou sucessivamente, com mais ou menos alterações. E como os projectos dos partidos foram apresentados em Junho de 1975 e a Constituição acabou por ser aprovada em Abril de 1976, compreende-se o distanciamento entre uns e outros textos.

A Comissão de Redacção caberia recolher todo esse imenso material, procurando dar-lhe concatenação e unidade e forma jurídica digna de um texto constitucional. Os resultados do seu trabalho foram submetidos ao Plenário, que os aprovou sem discussão.

A Constituição mereceu aprovação global da Assembleia na última reunião plenária. Ela própria estatuiu que o decreto de aprovação fosse assinado pelo Presidente da Assembleia Constituinte e promulgado pelo Presidente da República (art. 312.º, n.º 1). A promulgação — obrigatória — não foi sujeita a referenda ministerial.

Ao contrário do que usa suceder com as leis, a data da Constituição não é da sua publicação, mas a da sua aprovação (art. 312.º, n.º 2). Quis-se com isso realçar o exercício então verificado do poder constituinte pelo Povo através da Assembleia Constituinte.

A Constituição actual é, portanto, a Constituição de 2 de Abril de 1976; foi publicada, em conformidade com o que nela se ordenou, em 10 de Abril seguinte; entrou em vigor em 25 de Abril; e em 14 de Julho (por força do art. 294.º) entrou em funcionamento o seu sistema de órgãos de soberania.

23. Nem a Lei n.º 3/74, nem nenhuma outra lei constitucional previram qualquer referendo ou votação popular antecedente ou subsequente da Assembleia Constituinte.

Não houve referendo para qualquer decisão preliminar aos trabalhos da Assembleia; e, por certo, não o poderia prever a Lei n.º 3/74, dada a devolução pelo Programa do MFA das “grandes reformas de fundo” para o âmbito da Assembleia Constituinte. Desde que, contudo, estas reformas vieram a ser decretadas à revelia da Assembleia, lógico teria sido, em perspectiva democrático-constitucional rigorosa, que o povo tivesse sido chamado a manifestar-se sobre elas. Mas quer as dificuldades técnicas de organização do recenseamento e das operações de voto quer, sobretudo, as dificuldades políticas derivadas do domínio do poder por grupos pouco complacentes com os princípios da democracia constitucional obstaram a tal recurso ao sufrágio (e até impediram que ele tivesse sido, nessa altura, preconizado). Por outra parte, no que tange ao reconhecimento do direito dos povos dos territórios ultramarinos à autodeterminação e à independência, não só a deci-

são foi tomada em estado de necessidade, mas também se entendeu que ela correspondia ao desenvolvimento (ou ao desenvolvimento nas circunstâncias concretas) da própria ideia de Direito democrático da Revolução de 25 de Abril.

Tão-pouco viria a haver referendo para aprovação da Constituição votada pela Assembleia. Igualmente não previsto pela Lei n.º 3/74, viria a ser alvitado em certo momento, mas tardiamente. E dizemos "tardiamente", porque mal se aceitaria que uma Assembleia Constituinte eleita e que funcionou na base apenas do mandato representativo viesse *a posteriori* a ter as suas deliberações consideradas precárias por ficarem dependentes de sanção popular. Pelo menos, parece que seria ilegítimo que por lei constitucional emanada do Conselho da Revolução fosse imposta qualquer forma de referendo; quando muito, admitir-se-ia que a própria Assembleia o criasse.

Assim, algo paradoxalmente em face das pesadas vicissitudes fácticas e políticas em que se teve de mover, bem pode afirmar-se que a Assembleia Constituinte portuguesa de 1975-1976 foi um órgão com plenitude de poder constituinte formal por não estar sujeita a nenhuma decisão do povo (ou de quem quer que fosse) sobre a sua obra, a Constituição.