

CONSTITUIÇÃO E REALIDADE CONSTITUCIONAL (*)

Por *André Thomashausen*

I. A TRANSITORIEDADE DA CONSTITUIÇÃO

A questão da realidade constitucional diz respeito à viabilidade de facto duma constituição em sentido formal, e corresponde às seguintes interrogações:

Reflectirá a Constituição as condições reais da ordenação política e social do País, representando o *status* material duma sociedade? Poderá ela promover o encontro das bases de consenso nacional, necessárias para a aceitação duma forma de governo? Terá ela capacidade suficiente para se renovar e adaptar? Qual será o seu poder de influência efectivo sobre a realidade sociológica?

É um facto conhecido, que qualquer constituição que pretenda ser a lei suprema, a base de toda a ordenação não factual mas normativa tem de reflectir a realidade sociológica a que se refere e tem de oferecer possibilidades reais de aceitação para poder realizar o seu fim.

(*) O autor encontra-se em Portugal com o fim de elaborar um estudo mais detalhado sobre o tema, a publicar brevemente pelo Instituto de Direito Internacional da Universidade de Kiel (Alemanha Federal).

Estas linhas, elaboradas num curto espaço de tempo e com a evidente dificuldade do domínio duma língua estrangeira, só puderam focar alguns dos elementos de discussão, referentes à actual Constituição da República Portuguesa.

De outro modo, como constituição nominal, porá em causa a sua própria legitimidade e, com isso a legitimidade da legalidade e da democracia, ambas ligadas ao conceito de justiça. Daí normalmente resultará uma crise não só do direito constitucional, mas de todo o sistema de ordenação social e política.

Uma tal crise, o afastamento da constituição da sua base de aceitação, pode levar ao risco de o direito constitucional se tornar totalitário na medida em que invocará para a sua justificação ou um «bem comum», uma «volonté generale» não reflectidos na vontade de facto dos cidadãos, ou uma necessidade absoluta dum «socialismo científico» que nem na vontade hipotética do povo em questão existirá.

E um conceito de justiça irreal e totalitário não tardará a provocar rupturas institucionais com todas as suas desvantagens conhecidas.

Indo à procura de algumas das respostas que a actual Constituição Portuguesa pretende dar no que diz respeito à nova ordenação da vida colectiva do País, parece fundamental o facto de a Constituição se apresentar como uma manifestação do poder constituinte do povo de certo modo provisória.

Na opinião do autor trata-se dum provisório material e formal.

1.1. UMA CONSTITUIÇÃO MATERIALMENTE PROVISÓRIA

Materialmente porque o juízo a fazer, deve obedecer ao princípio de soberania do Povo ao qual a Constituição se auto-sujeita expressamente nos art.º 2.º, 3.º, N.ºs 1. e 3.º, princípio que não foi respeitado plenamente na forma de organização do poder constituinte em virtude da limitação da liberdade das eleições para a Assembleia Constituinte. A limitação consistiu no facto de várias forças políticas terem sido impedidas de concorrer às eleições e nas dificuldades inegáveis criadas a dois partidos importantes, o CDS e o PPD, que nessas eleições de maneira alguma tiveram oportunidades iguais aos outros par-

tidos. A subida de votos em mais de 100% do CDS nas eleições subsequentes e a estabilidade dessa percentagem nas eleições para as autarquias locais demonstram bem as limitações a que esse partido foi sujeito no primeiro sufrágio depois de 25 de Abril de 74, como também o fazem muitas provas de facto que existem.

É de considerar muito mais grave porém, todo um condicionalismo dos trabalhos da Assembleia Constituinte, pelo 1.º pacto MFA-partidos⁽¹⁾, pelo projecto dum poder de vigilância, a exercer (não chegou a ter influência) através da Comissão do MFA prevista no ponto 1.2. do referido pacto, pela limitação temporária dos trabalhos ao escasso prazo de 90 dias cuja prorrogação submetia a Assembleia à vontade do então poder revolucionário, pelas várias formas de coerção política e até física sofrida pela Assembleia até 25 de Novembro de 1975, como também pelas inseguranças do próprio estatuto dos deputados, sujeitos a degradantes dificuldades na obtenção do pagamento dos subsídios e finalmente pelo chamado 2.º pacto de 26/2/76⁽²⁾. A partir dessa data e até à promulgação da Constituição pelo então Presidente da República em 2 de Abril de 1976, esta última um acto politicamente discutível⁽³⁾ que reflecte bem a preponderância do então poder militar perante a soberania do povo, os trabalhos continuaram condicionados, embora em termos menos intensos.

Tendo assim o trabalho da Assembleia Constituinte sido limitado por um voluntarismo revolucionário que já tinha sido ultrapassado pela vontade da larga maioria dos cidadãos expressa nas eleições de Abril de 1975, tem de se considerar materialmente não definitiva e até provisória a realização do poder constituinte que a Constituição representa.

(1) De 11-4-75, vidé *Dossier 2.ª República*, 1.º vol., pág. 235.

(2) Texto publicado pelo Ministério da Comunicação Social, Lisboa, Março 1976.

(3) Vidé J. Miranda, *As Constituições Portuguesas*, nota 2), na pág. XI, Lisboa 1976; aliás a promulgação foi formalmente legal pelo disposto no artigo 312.º, N.º 1, da Constituição.

É igualmente certo não ter havido sanção posterior que possa dar de certo modo maior consistência à Constituição. A prática constitucional é demasiado curta para a Constituição poder ser considerada largamente aceite e «ratificada» pela vontade popular. Pela visão integracionista do Estado (⁴), que poderá fazer pensar subsequentes eleições para os titulares de órgãos de soberania como referendos em favor da Constituição, também não se poderá chegar à conclusão da consumação material do poder constituinte em Portugal.

As eleições realizadas depois da entrada em vigor da Constituição da República Portuguesa nunca podem ter sido feitas por parte dos eleitores com conhecimento mesmo vago da Constituição ou do sistema político e social, previstos por esta, nem com base na experiência desses mesmos sistemas. Também a campanha eleitoral do Presidente Eanes, baseada muito na invocação da Constituição, de maneira alguma pode confirmar aquele conhecimento uma vez que a distribuição dos votos reflecte claramente a importância da decisão pela pessoa do candidato.

Por outro lado, a invocação da Constituição pelo então candidato Eanes só pode ser entendida como uma tomada de posição em favor daquilo que é constitucional e portanto legal e ordenado. A prova de fogo da nova constituição ainda está por fazer.

1.2. UMA CONSTITUIÇÃO FORMALMENTE PROVISÓRIA

Há ainda a considerar que a própria Constituição reflecte formalmente a tese de se tratar duma realização provisória do poder constituinte.

A correcta interpretação dos Art.ºs 286.º e 287.º feita à luz da sua fonte principal, que é o disposto no N.º 5 do 2.º pacto,

(⁴) Rudolf Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in *Staatsrechtliche Abhandlungen*, 1955, pág. 475 e seg.

leva à conclusão — independentemente do valor jurídico do pacto — de que a revisão da constituição, finda a 1.ª Legislatura, é uma revisão que em nada se pode equiparar às subsequentes revisões. Processar-se-á com regras mais favoráveis à formação do consenso e é obrigatória na medida em que é julgada como condição prévia para o exercício dos futuros poderes de revisão (Art. 287, N.º 2 «...após a revisão prevista no artigo anterior...»).

Daí só é possível concluir, que este poder de revisão especial no fim da 1.ª Legislatura tem qualidade diferente das formas de revisão normais previstas no art.º 287. Trata-se duma revisão que poderá completar a realização do poder constituinte, até então limitado pela vontade do poder revolucionário militar (Conselho da Revolução) e pela vontade dos partidos políticos, vontades expressas no 2.º pacto (esse sim, livremente elaborado!) que «vigora durante o período de transição que terá a duração mínima de quatro anos...» (N.º 5.5. do pacto). É indiscutível que os partidos subscritores assumiram o compromisso perante o poder militar de não promoverem uma revisão constitucional antes de 26 de Fevereiro de 1980. Poderia fazer crer o disposto no artigo 174.º, n.º 3, que a Constituição permitirá uma antecipação da II.ª Legislatura e portanto do poder de revisão por alguns meses pela dissolução da Assembleia Legislativa na última sessão legislativa, o que o n.º 5.3. do pacto veio a excluir expressamente. Mas qualquer dúvida fica esclarecida pela lei especial e portanto aplicável neste caso, que vamos encontrar no art.º 299.º, N.º 1, no qual se estabelece uma data determinada para o fim da I.ª Legislatura, o 14 de Outubro de 1980.

É este disposto no art.º 299.º, N.º 1, que demonstra mais uma vez o tratamento especial que a Constituição concede à 1.ª Legislatura, em obediência estrita do 2.º pacto que veio antecipar o trabalho legislativo da Assembleia Constituinte. O estabelecido pelo 2.º pacto veio simplesmente a ser ratificado pela Assembleia Constituinte, de maneira semelhante à ratificação dos diplomas do Governo pela actual Assembleia da República.

Embora a Constituição não o diga expressamente, pela interpretação das normas constitucionais referidas feita na base da sua fonte, que é o 2.º pacto, só se pode concluir que a 1.ª Legislatura reveste qualidade diferente das legislaturas subsequentes, sendo um período de transição, de direito constitucional provisório.

Não se compreendem bem as razões invocadas por JORGE MIRANDA que levam à consideração de que a 2.ª Legislatura não será em nada diferente da primeira, que o poder de revisão não estará determinado pelo facto de acabar com um período de transição ⁽⁵⁾. A questão do enquadramento jurídico do 2.º pacto não diz respeito à interpretação das normas constitucionais aqui referidas na medida em que não interfere com a utilização desse pacto como fonte de interpretação do direito ⁽⁶⁾. A argumentação em contrário, que partindo do princípio duma alegada inexistência jurídica do pacto, e que vem concluir só por essa razão a inexistência de um período de transição e do carácter especial da 1.ª Legislatura e da 1.ª revisão, contradiz a letra da própria constituição, como aqui demonstrámos.

Também a correcta interpretação teleológica do sentido e da razão de ser do Conselho da Revolução leva à conclusão aqui defendida. A correcta definição do poder de revisão previsto no Art.º 286 é a de uma retomada do poder constituinte. Mesmo que esse poder confirmasse o Conselho da Revolução e estabelecesse a continuação da sua existência, o Conselho da Revolução não seria o mesmo, pois existiria por força duma outra base de legitimidade, cessaaria de ser um órgão revolucionário recebido pelo direito constitucional e continuaria como instituição unicamente por vontade do poder constituinte democrático. Seria aliás perfeitamente correcta a autodissolução do Conselho da Revolução

(5) J. Miranda, *Direito Constitucional*, pág. 191 e 192, ed. da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa 1977.

(6) Vidé M. Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, Parte II — Constituição da República Portuguesa, (Sumários Desenvolvidos), Lisboa, Faculdade de Direito, 1977, pág. 16 e 17.

no termo da vigência do 2.º pacto, em princípio a partir de 26/2/1980, portanto possivelmente ainda antes do fim da 1.ª Legislatura previsto pelo Art.º 299 n.º 1, visto que o fundamento jurídico desse órgão não reside na Constituição, que simplesmente o recebeu, mas no facto da força revolucionária

Obtida a conclusão de que substancial e formalmente a Constituição deve ser considerada como materialização somente porque está na sua origem e que traduz a sua legitimidade⁽⁷⁾. visória do poder constituinte, urge na opinião do autor a preparação em tempo, e cuidada, duma futura revisão, já por estes motivos inevitável.

2. A DINÂMICA LATENTE NA CONSTITUIÇÃO

A problemática fundamental da Constituição parece ser uma dinâmica latente, o conflito institucionalizado entre o conceito de estado e de legitimação do poder democrático e socialista.

Não é com o argumento um pouco formal, da precedência sistemática da parte I.ª, respeitante aos «direitos e deveres fundamentais» sobre a parte II.ª, respeitante à «organização económica (não tendo em conta a existência dos «princípios fundamentais» que vêm antes mesmo da Parte I.ª e de que na própria parte I.ª (Art.º 12.º a 49.º), se encontram vários elementos de socialismo) que se pode resolver o problema das contradições internas da Constituição.

(7) A origem revolucionária do Conselho da Revolução não exclui de maneira alguma a vinculação desse órgão à legalidade democrática da Constituição à qual é submetido pelo disposto do Art.º 3.º, N.º 4.

São de lembrar as afirmações de MIGUEL GALVÃO TELES a este respeito e neste sentido, na opinião do autor até ao presente em nada reputadas, vidé N.º 16 da revista *Opção*, 12 a 18 de Agosto de 1976, pág. 33. As considerações de MAURICE DUVERGER a este respeito na Tradução da Constituição da República Portuguesa, apresentada por ele (Portugal, Centro Nacional de Estudos e Planeamento, 1976, pág. 24) são erradas e carecem de qualquer fundamento. Também é de reparar que J. MIRANDA, a respeito do Conselho da Revolução surpreendentemente fala de «transitória subsistência» (ob. cit., pág. 281).

2.1. OS ELEMENTOS DE SOCIALISMO E A DEMOCRACIA TRADICIONAL

As categorias subjectivas dificilmente conjugáveis fora da doutrina marxista rígida e ainda muito mais dificilmente concretizáveis são frequentes: «cidadão» e «trabalhador», «povo» e «classe», «classe trabalhadora», «classes trabalhadoras», «principais meios de produção», «sectores básicos», «iniciativa privada» como possível «instrumento de processos colectivos», «control de gestão», «exercício do poder democrático das classes trabalhadoras» (Art.º 80.º) e «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras» (Art.º 2), bem como «poder democrático dos trabalhadores» (N.º 1 do Art.º 55, e N.º 2 do Art.º 90), «planeamento democrático da economia», «auto-gestão», «sociedade sem classes» (Art.º 1.º) «sociedade socialista» (Art.º 96.º), «sociedade democrática e socialista» (N.º 4 do Art.º 73.º), «transição para a democracia e o socialismo» (N.º 4 do Art.º 273.º), «construção do socialismo» (N.º 2 do Art.º 185) (8).

É logo o próprio Art.º 2.º, que vem submeter a soberania popular e a organização política democrática (que neste contexto só pode ser entendida como democracia tradicional e não socialista) à meta do «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras», que por definição têm de ser coisa dife-

(8) Encontramos elementos de socialismo nos seguintes artigos:

1	64 N.º 3 — c)	90
2	73 N.º 2	96
9 — c)	75	97
38 N.º 2	76	99
50	80	101
53 — a)	81 — c) e n)	107
55 N.º 1 e 5	82	109 N.º 1
56	83	110
	85	185 N.º 2
60	87	217 N.º 1
61 N.º 2	89	273 N.º 4

rente do conjunto total dos cidadãos a que se referem a soberania popular e a democracia política. Será a soberania popular, como liberdade de escolha inequivocamente definida nos Art.ºs 111.º e 112.º, sujeitável à limitação pela meta também prescrita nos Art.ºs 185.º, N.º 2; 96 e 73, N.º 1?

2.2 A LIMITAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR

A lógica só permite concluir uma única limitação deste princípio máximo da ordenação social e política que é a soberania do povo. É que este princípio tem que reger-se pela lei que ele próprio estabelece. Em outras palavras, a soberania do povo nunca poderá manifestar-se de forma a acabar com essa mesma soberania, o que tem um significado muito real no que diz respeito ao poder de revisão da Constituição. Um tal poder de revisão terá sempre de auto respeitar-se.

Uma revisão constitucional que acabe com esse mesmo poder de revisão, o qual reflecte sempre uma manifestação do poder constituinte, é inválida. A revisão constitucional que esteve na base do totalitarismo Hitleriano já por esta razão — à parte outras, como a falta de ratificação válida do então «Reichsrat» que incluía representantes nomeados pelo governo e sem direito de voto — tem de ser considerado ilegal e como «destruição» da constituição de Weimar.

Não podendo o poder constituinte pôr em causa o direito de revisão é também válida a limitação do poder disciplinador da revisão por normas fundamentais e categóricas (limites materiais de revisão) que são necessárias para a realização material da soberania popular.

São limitações que várias constituições prevêm, como a da República Federal da Alemanha (Art.º 79), da Suíça (Art.º 178) e dos Estados Unidos da América (Art.º V) entre outros. Seja qual for a justificação escolhida para estes limites absolutos de revisão, jusnaturalista ou pragmática como aqui, a sua força

jurídica é sempre superior à das outras normas constitucionais, sendo assim de grande importância para a interpretação duma constituição.

2.3. O REGIME DE VALORES (WERTORDNUNG) DA CONSTITUIÇÃO

Nesta ordem de ideias é necessário considerar o Art.º 290 da Constituição Portuguesa para a juízo a fazer acerca das contradições acima apontadas.

O disposto no Art.º 290.º deve ser considerado como a base do regime de valores (*Wertordnung*) que determinam a leitura constitucional. (º)

Na enumeração do Art.º 290.º não encontramos a contro-versa meta do «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras» nem a meta do «socialismo» seja ele qual for. A identidade do País a ordenar segundo o regime de valores da constituição é constituída pelos seguintes conceitos do Art.º 290.º: «direitos, liberdades e garantias dos cidadãos..., dos trabalhadores e das suas organizações», «a separação e independência dos órgãos de soberania», «a autonomia das autarquias locais», «a independência dos tribunais», «a fiscalização da constitucionalidade», «o pluralismo de expressão e organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática», e «o sufrágio universal, directo, secreto e periódico...» Somente as alíneas f) e g) podem fazer lembrar «o socialismo»; são a «planificação democrática da economia» e «o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais e a eliminação dos monopólios e dos dios». Interpretados no conjunto dos restantes conceitos do Art.º 290.º e seguindo os tópicos de interpretação dados pelo Preâm-

(º) Com esta base no direito Constitucional positivo não estará o per- ceito de *Wertordnung* sujeito à crítica feita de José Joaquim Gomes Cano- tilho, em *Direito Constitucional*, Tópicos de Estudo, 1976-77, Faculdade de Di- reito de Coimbra, Coimbra 1977, pág. 89.

bulo não revestem as alíneas f) e g) justificação ideológica significativa, só se podendo concluir que o regime de valores básicos não consagra «o socialismo», nem um «socialismo democrático» mas apenas elementos de socialismo enquadrados num sistema de democracia pluralista e representativa inspirada nos direitos humanos e seus valores subjacentes. A importância das referências marcadamente socialistas (de cariz ortodoxo-marxista) em algumas normas constitucionais é relativa. De modo algum fica a liberdade de opção determinada pela soberania popular, subjugada ao «exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras» como faz pensar uma primeira leitura do Art.º 2.º

E fica terminantemente excluída como inconstitucional a hipótese de qualquer forma de governo que tenha como base a ideia de que «qualquer ditadura do proletariado, mesmo quando assume formas ditatórias», é sempre mil vezes mais democrática do que qualquer democracia burguesa». (Álvaro Cunhal, *A Questão do Estado, Questão Central de cada Revolução*, Ed. «Avante!», Lisboa, 1977, pág. 16).

Qualquer aplicação dos elementos de socialismo e qualquer definição das categorias subjectivas tem de se orientar, como está previsto expressamente em vários artigos, pelos ideais da liberdade da pessoa humana (aliás exuberantemente e com um certo anarquismo definida no Art.º 27.º conjugado com o N.º 2 do Art.º 18.º), da formação duma vontade política de maneira pluralista e não preconcebidamente monista, da execução dessa vontade política de forma democrática e legal com a fiscalização de tribunais independentes e não autoritariamente, da integração e identificação indivíduo-estado só parcialmente e não totalmente.

Nesta ordem de ideias é de sublinhar que o princípio do «Estado de Direito» na fórmula da «legalidade democrática» (N. 4 do Art.º 3) conjugado com o Art.º 21, onde se encontra o conceito de responsabilidade civil pelos actos do Estado, que esteve na base do desenvolvimento do «Estado de Direito» primeiramente feito na Prússia do século 19 encontrou a sua comple-

mentação, no importantíssimo disposto do N.º 2 do Art.º 269 da Constituição:

«É garantido aos interessados recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos definitivos e executórios». (10)

2.4. MODELOS DE SOCIEDADE CONFLITUAL E HARMÓNICA

O perigo da actual Constituição pode residir na fácil possibilidade de elaboração de interpretações erradas, somente focando os elementos de socialismo e aproveitando a grande flexibilidade de interpretação, aberta pelos referidos elementos de socialismo e pelas fórmulas gerais e não desenvolvidas. Na parte económica e social são estabelecidas metas irreais que talvez nem um socialismo sueco teria a coragem de fixar constitucionalmente a obrigar o estado. O perigo da «letra morta» é evidente, além dos inconvenientes das indefinições inevitáveis, que, decorrido já um ano de prática constitucional, se fazem sentir. Com as bases do sistema económico assim estabelecidas entrou-se no caminho perigoso que pode levar ao conceito da sociedade harmónica em que os conflitos não são fenómeno natural e sadio na vida quotidiana, a resolver e solucionar pacificamente.

Na sociedade do socialismo de harmonia os conflitos são encarados como uma perversão do ser humano e devem ser eliminados, o que na prática resulta na repressão pouco saudável dos conflitos.

Bem mostrou a própria história portuguesa que a vida colectiva não tem verdades e que deve ser feita mediante os compromissos resultantes dos conflitos, o que justamente evita a usurpação do poder por uma só categoria de interesses.

(10) O que corresponde ao Art.º 19.º N.º 4 da Constituição da República Federal Alemã: «Quem for ofendido por acto de autoridade pública poderá sempre interpor recurso jurisdicional. Este recurso é da competência dos tribunais ordinários, no caso de não se encontrar estabelecida a competência de outros tribunais».

E justamnete o desenvolvimento da capacidade conflitual que garante um processo de desenvolvimento pacífico. A proibição do «lock-out», nesta ordem de ideias, é um anacronismo que faz lembrar a ideologia da sociedade não conflitual mas corporativa e que põem em perigo a necessária liberdade de contratação colectiva.

Juntamente com as subjacentes hostilizações de camadas inte-grais da sociedade portuguesa isso não criará condições favoráveis a um desenvolvimento económico necessário para a tão urgente promoção de condições de qualidade de vida, por agora, pelo menos só mínimas, às classes mais desfavorecidas de que tanto fala a Constituição.

Não é com nacionalizações por motivos ideológicos e pela substituição de alguns carros de luxo e de algumas moradias dos capitalistas por carros do Estado e Gabinetes de Planeamento que essa meta de justiça social e de realização económica dos direitos do homem jamais em parte alguma foi alcançada.

3. A ORGANIZAÇÃO DO PODER POLÍTICO

É justamente a capacidade de resolução de conflitos sociais e políticos dum sistema constitucional que decide sobre a realidade constitucional, sobre a viabilidade dum sistema de ordenação. Isto conduz-nos à parte da organização do poder político, a parte talvez mais fascinante da actual Constituição.

3.1. A LEGITIMAÇÃO DO PODER PELAS ELEIÇÕES

A questão prévia da organização do poder político é sempre a da legitimação do poder sociologicamente possível. Mostraram as quatro eleições posteriores ao 25 de Abril de 1974 que a legitimação do poder político pelo sistema de eleições é não só aceite e viável, como largamente reivindicada pelo Povo Português. Embora o quadro de legislação eleitoral estabelecido pela Constituição, Art.º 116.º e alínea h) e Art.º 290.º, (como

normas fundamentais) não facilite um reordenamento das fixações partidárias regionalmente mal equilibradas, tudo leva a crer que o sistema electivo para a legitimação do poder político se possa desenvolver positivamente, garantindo uma continuação pacífica do desenvolvimento constitucional. Infelizmente outros factores — os de possíveis desestabilizações institucionais — podem pôr em risco essa possibilidade, facilitando a tentação de intervenções de força, que podem desacreditar o sistema electivo. O controlo dessas possíveis desestabilizações depende muito das personalidades envolvidas e dependerá das soluções a encontrar com base na experiência da prática constitucional até à revisão na 2.^a Legislatura, que poderá, como adiante dissemos, retomar a realização do poder constituinte.

A vantagem e capacidade do sistema de legitimação do poder político pela eleição reside na sua possibilidade repetida, que oferece aos cidadãos, de renovar a identificação com o exercício da política. Abrindo ao cidadão a possibilidade de renovar a sua confiança na organização política pelo poder de escolha entre várias forças políticas — confiança que necessariamente se tende a perder no decesso de qualquer exercício do poder garante-se, que as frustrações políticas não se venham a virar contra o próprio sistema, mas que encontrem a «válvula de escape» necessária dentro do sistema, assegurando assim a capacidade de renovação da ordem política e o controlo democrático do poder, necessário para o impedimento de excessos que sempre acabam por pôr em causa o próprio poder que se excede e o sistema que o permite. E a grande vantagem do sistema de democracia não directa, mas sim representativa está em facilitar a margem de decisão necessária para o encontro de compromissos necessários à manutenção do consenso geral da sociedade. O sistema semi-presidencialista com a sua grande capacidade de dispersão das competências e de controlos recíprocos levou à catástrofe da República de Weimar não por razões inerentes ao próprio sistema, mas pela impossibilidade de mediação e homogenização dos órgãos políticos através de forças políticas suficientemente constituídas e organizadas para poderem concentrar uma significativa representatividade a nível

eleitoral e poderem pôr em prática as tarefas de que foram encarregadas pelos eleitores.

É hoje um facto reconhecido que o destino da República de Weimar esteve principalmente relacionado com a incapacidade do sistema de partidos políticos para efectivar a organização política prevista pela Constituição. E foi também a insuficiente capacidade do Estado de cumprir a sua função de Estado Social, que é de intervir activamente nos conflitos de interesses da sociedade em favor do equilíbrio necessário das forças sociais e em favor dos interesses deficientemente preparados para a realização das suas necessidades ⁽¹¹⁾.

3.2. O PACTO E UM PODER MODERADOR

A parte mais importante da organização do poder político da Constituição actual foi definida no 2.º pacto, celebrado sem dúvida por livre vontade dos partidos políticos que, menos o então PPD pareciam recear a simples revogação do 1.º pacto não querendo assumir toda a responsabilidade por uma política que se desvinculasse por completo da força militar.

(Vidé sobre este aspecto o excelente artigo do Cmt. Luís Costa Correia, «Alguns erros do 25 de Abril» em *O Jornal* de 2-7-76, pág. 14; 9-7-76, pág. 14; 16-7-76, pág. 14).

Pela legitimidade de facto que a autoridade militar assumia em matéria política, não parece ter sido a pior solução a celebração do 2.º pacto. Deu origem a uma concepção do semi-presidencialismo equilibrada com soluções muito felizes como a do n.º 2 do Art.º 126 da Constituição e evitando a imprudência dos constituintes de Weimar, que tinham estabelecido pelo famoso Art.º 48.º a competência do presidente para revestir o governo com autorizações legislativas normalmente da competência do parlamento.

(11) Lembra-se aqui, que o primeiro a definir em moldes ainda hoje muito modernos a função do «Estado Social» foi LORENZ VON STEIN (1815-1890) em: «Geschichchte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage».

A prática constitucional está, por força da impossibilidade actual de formação dum governo com legitimação por maioria parlamentar, a apontar para um reforço do elemento presidencialista. Isso evita, por enquanto, que o Presidente da República assuma o papel de «pouvoir moderateur» tal como foi concebido por BENJAMIM CONSTANT e encarado pela Carta Constitucional Portuguesa de 1826, um papel que também poderia teoricamente revestir o Conselho da Revolução se não estivesse de tal maneira comprometido num passado recente e controverso.

O assumir das funções de um tal «poder moderador» parece porém importante para garantir a manutenção da confiança mínima da maioria dos eleitores nos intervalos entre os actos eleitorais. Não parece ser pior solução a de pensar num supremo tribunal constitucional a tomar essa função, uma vez que o Presidente eleito por sufrágio directo tenderá sempre a estar bastante ligado ao exercício do governo.

A experiência da Alemanha Federal com o seu Supremo Tribunal Constitucional, constituído por juízes eleitos pelo parlamento e pela câmara federal, e admitindo recursos individuais com base na ofensa dos direitos fundamentais, constitui uma experiência particularmente feliz. Seria muito de lamentar se, por continuada falta de publicidade dos pareceres e dos acórdãos da Comissão Constitucional, essa instituição não chegasse a ter o prestígio que merece.

Foi de certo modo prudente o facto de a Constituição Portuguesa não admitir recursos individuais para a Comissão Constitucional tendo em conta o grande número de promessas, por vezes dificilmente realizáveis, que a Constituição faz. Haverá sempre a possibilidade de recursos individuais ao Tribunal dos Direitos do Homem em Estrasburgo, se Portugal vier a ratificar as respectivas convenções do Conselho da Europa.

A prática constitucional parece ter demonstrado a pouca eficácia da fiscalização prévia e obrigatória da constitucionalidade das medidas legislativas bem como as desvantagens dum poder de fiscalização da constitucionalidade distribuído por dois órgãos e de certa maneira complicado. A fiscalização prévia e obrigatória

tem pouca razão de ser, uma vez garantidas as possibilidades de fiscalização prévia por solicitação dum órgão de soberania e de fiscalização «posterior». Na forma como está prevista dificulta desnecessariamente o trabalho legislativo, dando um poder pouco justificável ao Conselho da Revolução como órgão de soberania com legitimação revolucionária, numa fase em que justamente o factor da legitimidade revolucionária foi largamente ultrapassado.

3.3. O CONSELHO DA REVOLUÇÃO E A SUA TRANSFORMAÇÃO

Vale a pena mencionar ainda alguns poderes pouco focados do Conselho da Revolução. É o poder de nomear um substituto do Presidente da República nos termos do N.º 1 do Art.º 135, o qual, contrariamente ao Presidente da Assembleia da República, no caso de este substituir o Presidente da República, continuará em exercício das suas funções como membro do Conselho da Revolução. É também o poder de declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República e verificar os impedimentos temporários deste (alínea e) do Art.º 145.º), bem como a competência em matérias de política externa resultante da alínea b) do N.º 1 do Art.º 148 e da alínea c) do Art.º 200. Também o poder de recomendar à Assembleia da República ou ao Governo ou às assembleias regionais a feitura de determinada legislação (Art.º 279.º) tem alto significado conflitual e político, verificado no caso da recente recomendação, referente à proibição de publicações fascistas, dirigida à Assembleia da República. O Conselho da Revolução também *não* sofre a restrição de não poder apresentar projectos que diminuam as receitas ou aumentem as despesas públicas, é nesta matéria especialmente privilegiado em relação ao disposto nos N.º 2 do Art.º 170.º e alínea f) do N.º 1 do Art.º 203.º

Perante os vastos poderes e as especiais responsabilidades do Conselho da Revolução é de prever a crescente tendência do Presidente da República no sentido de procurar dominar o Con-

selho da Revolução com o fim de reforçar a sua própria posição, o que estará na origem de frequentes tensões políticas.

Não seria despropositado por estas razões e pela evidente falta de base de legitimidade real, uma vez consumada a legitimação revolucionária, pensar-se numa possivelmente para breve necessária transformação do Conselho da Revolução na figura conhecida e de boa experiência do Conselho de Estado. Um tal Conselho de Estado poderia na medida do possível e do sensato revestir uma representatividade em função das mais importantes forças conflituais da sociedade: Forças Armadas, Sindicatos, Associações patronais, Igreja e outras associações de interesses colectivos importantes ou por si só mal preparados para a defesa de interesses legítimos, como as pessoas de terceira idade, consumidores ou detentores de pequenas poupanças.

A dificuldade na transformação conveniente do Conselho da Revolução é a de ser difícil encontrar uma via constitucional que o permita, uma vez que o carácter claramente oposto do Conselho da Revolução é ainda ressalvado pelo papel do MFA consagrado pela Constituição (N.º 2 do Art.º 3 e N.º 1 do Art.º 10.º), cujo sucessor o Conselho da Revolução parece ser.

O problema faz pensar na saída que o 2.º pacto parece ter deixado aberta no ponto 5.5., que prevê a possibilidade de revisão do pacto com o acordo do Conselho da Revolução. Seria uma saída de emergência no caso de se tornar inevitável a revisão constitucional antes da 2.ª Legislatura, que, com base no argumento duma supraconstitucionalidade do pacto e da sua recepção meramente formal pela Assembleia Constituinte, poderia evitar uma perigosa ruptura manifesta da legalidade constitucional. Uma caducidade do 2.º pacto suspenderia o limite temporário de revisão, podendo a Assembleia da República proceder à revisão constitucional nos termos do Art.º 287, o que realisticamente só faria sentido depois de umas novas eleições antecipadas.

Esta hipótese não é contrariada pelo facto de a Constituição não fazer referência expressa ao pacto, ou pelo facto de este não ter sido publicado no então «Diário do Governo». O pacto

desenvolveu e desenvolve uma normatividade de facto que sem a menor dúvida condicionou e condiciona a Constituição. Como limitação real do poder constituinte não pode o Direito fugir ao problema da sua definição, como não pode nunca ignorar qualquer outra realidade. Sendo impossível a limitação definitiva do poder constituinte (de revisão), como acima referido, não haverá razão para se excluir a revisão duma normatividade que, de facto, reveste carácter de supraconstitucionalidade. Seria um erro reduzir a matéria do Direito à palavra escrita e publicada no jornal oficial.

3.4. O PODER LEGISLATIVO

A organização do poder legislativo e a determinação das relações Governo-Assembleia da República apresentam características avançadas, originais e exemplares. Os entraves registados nos trabalhos da Assembleia da República não têm razões estruturais na sua origem, por serem devidos à difícil formação de maiorias, ao excesso de poderes dos Deputados como tais e talvez também devido à pouca experiência e prática em matérias de trabalho legislativo em Assembleia. É interessante verificar como pela mera via prática e sem fundamento algum na lei constitucional a Assembleia consegue ressaltar diplomas legais publicados mas organicamente inconstitucionais por falta de autorização legislativa.

É aliás um exemplo da pouca utilidade da fiscalização prévia da constitucionalidade pelo Conselho da Revolução, como também nos leva a constatar um exemplo da má redacção dos artigos da Constituição que de vez em quando se vem manifestando: Fala o artigo 172.º em ratificação de decretos-leis, um termo que normalmente pressupõe que o diploma a ratificar ainda não esteja em vigor e que só pode ser aprovado ou rejeitado tal qual, sem poderes de alteração, o que aqui não se verifica. Ressalta neste contexto o termo «aprovar» da alínea j) do Art.º 164.º num caso em que seria correcto falar em ratificação.

3.5. O CONSELHO DE MINISTROS

Pouco se consegue saber acerca da prática constitucional respeitante à forma de consenso em Conselho de Ministros.

A interpretação dos Art.ºs 203.º e 204.º leva a crer que o Primeiro-Ministro não pode impor a sua decisão à maioria do Conselho de Ministros e que só demitindo parte do Governo poderá ultrapassar uma contestação maioritária a nível de Conselho de Ministros o que pode ter razão de ser num sistema semi-presidencialista em que o Governo funciona também como órgão legislativo, como competências legislativas originárias e exclusivas, ao contrário do que acontece num sistema legislativo mais antiquado como o da Alemanha Federal, em que o Governo detém unicamente poderes legislativos derivados e aonde, na falta de um poder presidencialista, o «Chanceler» detém o poder da *Richlinienkompetenz* pelo qual se pode sobrepôr à vontade da totalidade dos ministros evitando complicações.

De grande interesse serão finalmente a realidade constitucional respeitante ao regime das regiões autónomas, quase estados federais, do poder local que está ainda por ser instituído e o estatuto jurídico-internacional do território de Macau, excluído do território nacional por força do N.º 4 do Art.º 5, mas sob administração portuguesa.

4. CONCLUSÃO

Qual poderá ser a possível conclusão duma reflexão sumário sobre a Constituição de 2 de Abril de 1976? Parece fundamental o condicionamento desta nova lei suprema pela realidade política do País e das forças políticas vigentes.

Tentando chamar a si uma legitimidade constitucional exclusiva, vemos as forças políticas tentar «ocupar» a Constituição, provocando o afastamento dela por forças de cariz oposta.

É aí que reside o grande perigo para a Constituição e para o próprio desenvolvimento político nos próximos anos. É que, com a «ocupação» da Constituição efectuada por parte de apenas uma

corrente da opinião pública, o afastamento das outras forças políticas será inevitável e, conseqüentemente, seguir-se-á a crise da legitimação da ordem constitucional com todos os perigos inerentes, crise que também será inevitável, se a adaptação de certas partes da Constituição à realidade a que se referem e que pretendem ordenar não for feita em devido tempo. É de esperar que pelo entusiasmo que esta Constituição representa, pelas muitas soluções modernas e inovadoras que apresenta e que poderá vir a encontrar, a evolução constitucional venha satisfazer plenamente uma noção de constituição no sentido institucional, pela qual se poderá estabelecer a justiça social necessária para a manutenção do consenso nacional e que continue a ter em mente o Art.º 16.º da Declaração dos Direitos do Homem de 1789:

«Qualquer ordem social, que não garanta os direitos fundamentais e determine a separação dos poderes não tem constituição».