

CANETILHO, J. I. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 55-62

COPYLUX Copiadora
XI de Agosto
P/3 T 3 FIs. 7

F/V

A. Constituição e Constitucionalismo

1 - Movimentos constitucionais e constitucionalismo

A categoria jurídico-política da constituição vai ter centralidade científica neste trabalho. No entanto, para se compreender o direito constitucional é necessário, em primeiro lugar, aludir aos grandes problemas jurídico-políticos a que o movimento constitucional moderno procurou dar resposta. Por isso, e antes de procedermos ao estudo sistemático das estruturas fundamentais do direito constitucional português (o que será feito na Parte Segunda), impõe-se uma reflexão em torno dos *ciclos longos* e dos *momentos fractais* da ideia constitucional.

O movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados. Em termos rigorosos, *não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos* (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos *movimentos constitucionais* com corações nacionais mas também com alguns momentos de aproximação entre si, fornecendo uma complexa tessitura histórico-cultural. E dizemos ser mais rigoroso falar de vários *movimentos constitucionais* do que de vários constitucionalismos porque isso permite recortar desde já uma noção básica de *constitucionalismo*. Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno representará uma *técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos*¹. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma *teoria normativa da política*, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

¹ Cf. N. MATTEUCI, "La Costituzione statunitense ed il moderno costituzionalismo", in *Costituzione Statunitense e il suo significato odierno*, Bologna, Il Mulino, 1989. Veja-se, também, WALTER MURPHY "Constitutions, Constitutionalism and Democracy", in DOUGLAS GREENBERG, STANLEY N. KAT, MELANIE BETH OLIVIERO, and STEVEN C. WHEATLEY (coord), *Constitutionalism and Democracy*, New York, Oxford University Press, 1995.

Numa outra aceção – histórico-descritiva – fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de *domínio político*, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estritamente perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num *tempo longo* – desde os fins da Idade Média até ao século XVIII².

II - Constituição moderna e constituição histórica

O constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*. Este conceito de constituição converteu-se progressivamente num dos pressupostos básicos da cultura jurídica ocidental, a ponto de se ter já chamado “conceito ocidental de constituição” (Rogério Soares)³. Trata-se, porém, de um *conceito ideal* que não corresponde sequer – como a seguir se demonstrará – a nenhum dos modelos históricos de constitucionalismo. Assim, um *Englishman* sentir-se-á arrepiado ao falar-se de “ordenação sistemática e racional da comunidade através de um documento escrito”. Para ele a constituição – *The English Constitution* – será a sedimentação histórica dos direitos adquiridos pelos “ingleses” e o alicercamento, também histórico, de um governo balanceado e moderado (*the balanced constitution*). A um *Founding Father* (e a um qualquer americano) não

² Por vezes, designa-se constitucionalismo antigo todo o esquema de organização político-jurídica que precedeu o constitucionalismo moderno. Caberiam neste conceito amplo o “constitucionalismo grego” e o “constitucionalismo romano”. Cfr., por último, MARIO DOGLIANI, *Introduzione al Diritto Costituzionale*, II Mulino, 1994, Bologna, p. 152.

³ Cfr. ROGÉRIO SOARES, “O Conceito Ocidental de Constituição”, in *RJ*, 119, p. 36 e ss.



repugnaria a ideia de uma carta escrita garantidora de direitos e reguladora de um governo com “freios” e “contrapesos” feita por um poder constituinte, mas já não se identificará com qualquer sugestão de uma cultura projectante traduzida na programação racional e sistemática da comunidade. Aos olhos de um *citoyen* revolucionário ou de um “vinista exaltado” português a constituição teria de transportar necessariamente um *momento de ruptura* e um *momento construtivista*. Momento de ruptura com a “ordem histórico-natural das coisas” que outra coisa não era senão os *privilegios do ancien regime*. Momento construtivista porque a constituição, feita por um novo poder – o *poder constituinte* –, teria de definir os esquemas ou projectos de ordenação de uma ordem racionalmente construída.

As considerações anteriores justificarão ainda hoje a indispensabilidade de um *conceito histórico de Constituição*. Por constituição em sentido histórico entender-se-á o conjunto de regras (escritas ou consuetudinárias) e de estruturas institucionais conformadoras de uma dada ordem jurídico-política num determinado sistema político-social⁴. Este conceito – utilizado sobretudo por historiadores – serve também para nos pôr de sobreaviso relativamente a interpretações retroactivas de organizações políticas e sociais de outras épocas em que vigoravam instituições, regras, princípios e categorias jurídico-políticas radicalmente diferentes dos conceitos e das categorias da modernidade política⁵. Mas não só isto: entre o “constitucionalismo antigo” e o “constitucionalismo moderno” vão-se desenvolvendo perspectivas políticas, religiosas e jurídico-filosóficas sem o conhecimento das quais não é possível compreender o próprio fenómeno da modernidade constitucional. Mencionemos apenas alguns exemplos. É difícil compreender a ideia moderna de *contra social* sem conhecermos o filão da poliotologia humanista neoplatónica centrado na ideia de *bona communis*. A progressiva aceitação de “pactos de domínio” entre governantes e governados como forma de limitação do poder ganha força política através da crença religiosa do calvinismo numa comunidade humana dirigida por um poder limitado por leis e radicado no povo⁶. A ideia

⁴ Cfr., precisamente, DIETMAR WILLOWIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1992, p. 2.

⁵ Eis alguns exemplos do perigo da “explicação retroactiva”: a categoria moderna “Estado” não corresponde à categoria medieval de “domínio”; o conceito “soberania territorial” não se identifica com a categoria “poder e território” da Idade Média; a ideia de “Nação” não se equipara à ideia de “povo” ou “povos” dos esquemas políticos medievais; a “jurisdição” real entendida como prerrogativa real (o “*reijuz*”) medieval nada tem a ver com a *jurisdição* modernamente concebida como função jurisdiccional exercida por um poder jurisdiccional separado dos outros poderes do Estado. Cfr. ANTONIO MANUEL HISPANILIA, (org.), *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984.

⁶ Veja-se o excelente livro de BRIAN TERNER, *Religion, Law and the Growth of the Constitutional Thought* (1150-1650), Cambridge University Press, 1982 (utilizamos a tradução francesa: *Religion et Droit dans le Développement de la Pensée Constitutionnelle*, Puf, Paris, 1993).



moderna de "República" terá de associar-se à categoria de *res publica mista*, com separação da *majestas realis* e da *majestas personalis*, que informou o modelo constitucional da Paz de Westfália. Quem quiser uma compreensão de algumas "palavras viajantes" da modernidade política, como *soberania*, *poder*, *unidade do Estado* e *lei* não poderá ignorar o relevantíssimo papel de autores como Bodin e da sua obra *Les Six Livres de la République* (1576) ou Hobbes e o seu famoso livro *The Leviathan* (1651). Mesmo os *maitre-penseurs* do constitucionalismo moderno — Locke, Montesquieu e Rousseau — transportam, nalguns casos, "modos de pensar" antigos e só compreenderemos as suas propostas no contexto do saber e das "estratégias do saber" das escolas jurídicas seicentistas e setecentistas — *jusnaturalismo*, *juracionalismo*, *individualismo* e *contratualismo* — e dos seus respectivos mestres (Francisco Vitoria e Francisco Suarez, para o jusnaturalismo peninsular, Grócio, para o jusnaturalismo individualista, Hobbes para a teoria dos direitos subjectivos)⁷. Esta advertência serve também para salientar que o "conceito liberal de constituição" agitado a partir dos sécs. XVII e XVIII pressupõe uma profunda transmutação semântica de alguns dos conceitos estruturantes da teoria clássica das formas de estado (doutrina aristotélica das formas de estado). É o caso, precisamente, do conceito grego de *politeia* que só nos fins do séc. XVIII e no séc. XIX passou a entender-se como "constituição" (*constitutio*) enquanto anteriormente ela era traduzida através de conceitos como "polícia", "government" e "Commonwealth", (também como "commonwealths or government" ou "policy or government"). Por sua vez, *governo* ("government") significava a organização e exercício do poder político, de modo algum se identificando com o poder executivo como veio a suceder nas doutrinas modernas da divisão de poderes.⁸

B. Modelos de Compreensão

A constituição em sentido moderno pretendeu, como vimos, radicar duas ideias básicas: (1) ordenar, fundar e limitar o poder político; (2) reconhecer e

⁷ É indispensável a consulta dos livros dedicados à história do direito. Cf., por exemplo: M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1996; NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito*, I, Fontes, Lisboa, 2.ª ed., 1991; ANTONIO MANUEL HESPANHA, *Manual de história institucional moderna*, Lisboa, Universidade Aberta, 1993; idem, *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Lisboa, 1997; FRANCISCO TOMAZ Y VALENTE, *Manual de História del Derecho Español*, Madrid, 1980-1982. ⁸ Cf., por todos, GERALD STOURZH, "Vom aristotelischem zum liberalen Verfassungsstaate", in *Weg zur Grundrechtsdemokratische Staat zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Böhlau Verlag, Wien-Köln, 1989, p. 7.

garantir os direitos e liberdades do indivíduo. Os temas centrais do constitucionalismo são, pois, a *fundação e legitimação* do poder político e a *constitucionalização das liberdades*. Procuraremos captar estes temas através de modelos teóricos — o *modelo historicista*, o *modelo individualista* e o *modelo estadualista*⁹. Alguma coisa do que atrás foi dito sobre o constitucionalismo antigo e sobre a constituição em sentido histórico vai estar subjacente nas considerações posteriores. O que se pretende agora é fornecer *modelos de compreensão* das palavras e das coisas que estão na génese do constitucionalismo moderno. Se o *constitucionalismo* é uma teoria normativa do governo limitado e das garantias individuais, parece aceitável a abordagem desta teoria através de *modelos*, isto é, estruturas teóricas capazes de explicar o desenvolvimento da ideia constitucional.

I - Modelo historicista: o tempo longo dos "jura et libertates"

As "palavras-chave" do modelo historicista encontram-se no constitucionalismo inglês. Quais as dimensões histórico-constitucionais decisivamente caracterizadoras deste modelo histórico? Quais as cristalizações jurídico-constitucionais deste modelo que passaram a fazer parte do património da "constituição ocidental"?

As respostas à primeira interrogação podem sintetizar-se em três tópicos: (1) garantia de *direitos adquiridos* fundamentalmente traduzida na garantia do "binómio subjectivo" *liberty and property*; (2) estruturação corporativa dos direitos, pois eles pertenciam (pelo menos numa primeira fase) aos indivíduos enquanto membros de um estamento; (3) regulação destes direitos e desta estruturação através de *contratos de domínio* (*Herrschaftsverträge*) do tipo da *Magna Charta*. A evolução destes momentos constitucionais — eis a resposta à segunda interrogação — desde a *Magna Charta*, de 1215, à *Petition of Rights*, de 1628, do *Habeas Corpus Act*, de 1679, ao *Bill of Rights*, de 1689, conduzirá à sedimentação de algumas dimensões estruturantes da "constituição ocidental". Em primeiro lugar, a liberdade radicou-se subjectivamente como *liberdade pessoal de todos* os ingleses e como *segurança* da pessoa e dos bens de que se é proprietário no sentido já indiciado pelo artigo 39.º da *Magna Charta*. Em segundo lugar, a garantia da liberdade e da segurança impôs a criação de um *processo justo regulado por lei* (*due*

⁹ Fontes de inspiração e ensinamento mais directas: MAURIZIO FIORAVANTI, *Appunti di Storia delle Costituzioni Moderne*, G. Giappichelli Editore, 2.ª ed., Torino, 1995; TERENCE BALL, G. A. POOCK, *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence Ka, 1988.



process of law), onde se estabelecem as regras disciplinadoras da privação da liberdade e da propriedade. Em terceiro lugar, as *leis do país* (*laws of the land*) reguladoras da tutela das liberdades são dinamicamente interpretadas e reveladas pelos juizes — e não pelo legislador! — que assim vão cimentando o chamado *direito comum* (*common law*) de todos os ingleses. Em quarto lugar, sobretudo a partir da *Glorious Revolution* (1688-89), ganha estatuto constitucional a ideia de *representação e soberania parlamentar* indispensável à estruturação de um *governo moderado*. O rei, os comuns e os lordes (*King in Parliament, Commons and Lords*) formavam uma espécie de “soberania colegial” ainda não desvinculada de ideias medievais. De qualquer modo, o balanceamento de forças políticas e sociais permite agora inventar a categoria política de representação e soberania parlamentar. Um corpo social dotado de identidade e que conseguiu obter a entrada no Parlamento (*Members of Parliament*) passa a exigir *respeito e capacidade de agir*. Numa palavra: passa a estar *representado*¹⁰. Acrescente-se ainda: a soberania parlamentar afirma-se como elemento estruturante da constituição mista, pois uma constituição mista é aquela em que o poder não está concentrado nas mãos de um monarca, antes é partilhado por ele e por outros órgãos do governo (rei e Parlamento). A “soberania do parlamento” exprimirá também a ideia de que o “poder supremo” deveria exercer-se através da forma de lei do parlamento. Esta ideia estará na génese de um princípio básico do constitucionalismo: *the rule of law*¹¹.

II - Modelo individualista: os momentos fractais da Revolução

A narrativa historicista explica como se chegou à *British Constitution*¹². Não fornece um esquema interpretativo do constitucionalismo revolucionário continental cujo paradigma é o constitucionalismo francês.

Uma primeira interrogação será esta: como e porquê a formação de uma tradição constitucional francesa (ou portuguesa) não tem os mesmos traços do evolucionismo britânico? Por outras palavras: como se explica o aparecimento de

¹⁰ Cfr., precisamente a entrada “Representação” a cargo de FERNANDO Gil, na *Enciclopédia Einaudi*, Vol. XI, Lisboa, 1992; JOHN WIEDHOFF GOUGH, *Título de Lei Fundamental dans l'histoire Constitutionnelle Anglaise*, p. 89 ss.

¹¹ DICEY, in *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885), p. 107, pos datamente em relação esta ideia.

¹² Esamos a insinuar uma referência ao título do livro clássico do constitucionalismo inglês de WALTER BAGEHOT, *The English Constitution*, Fontana Press, 1993 (a 1.ª edição é de 1867).

categorias políticas novas, expressas em *Kampfbegriffe* (“palavras de combate”) — *estado, nação, poder constituinte, soberania nacional, constituição escrita*¹³ — para dar resposta a algumas das questões já resolvidas pelo constitucionalismo britânico? Como já se referiu, estas categorias só podem ser compreendidas se as localizarmos no terreno das fracturas épocas, ou seja, no campo das rupturas revolucionárias ocorridas no século XVIII. Isto permitirá compreender várias coisas. Em primeiro lugar, a sedimentação histórica de tipo inglês não rompera totalmente com os esquemas rardo-medievais dos “direitos dos estamentos”. Ora, a Revolução Francesa procurava edificar uma nova ordem sobre os *direitos naturais dos indivíduos* — eis o primeiro momento individualista — e não com base em posições subjectivas dos indivíduos enquanto membros integradores de uma qualquer *ordem jurídica estamental*¹⁴. Os direitos do homem eram *individuais*: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo a “ordem natural das coisas”, num dado estamento. A defesa dos direitos, para além da defesa da *liberty and property* perante o poder político, era também um gesto de revolta contra os *privilegios* do “senhor juiz”, do “senhor meirinho”, do “senhor almoxarife”, do “senhor lord”. A expressão pós-tuma¹⁵ — *ancien régime* — mostra claramente isto: a “ruptura” com o “antigo regime” e a criação de um “novo regime” significa uma nova ordem social e não apenas uma adaptação político-social ou ajustamento pudential da história¹⁶.

Em segundo lugar, o momento fractal do individualismo repercute-se na *legitimação/fundação* do novo poder político. O governo limitado e moderado da Inglaterra — a sua *constituição mista* — acabou por deixar na sombra (embora isso tivesse sido discutido) uma questão fundamental da modernidade política: como podem os homens livres e iguais *dar a si próprios* uma lei fundamental? A ordem dos homens é uma *ordem artificial* (como o demonstrara Hobbes), “constitui-se”, “inventa-se” ou “reinventa-se” por acordo entre os homens¹⁷. Numa palavra:

¹³ Alerte-se já para o facto de certos autores deverem hoje algumas dessas categorias a alavancas ideológico-filosóficas do *totalitarismo moderno*. Cfr., por exemplo, HANNAH ARENDT, *The Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago e London, 1958.

¹⁴ Por ordem jurídica estamental entende-se um tipo específico de ordem comunitária, — típica da Idade Média —, em que os direitos e deveres são atribuídos aos sujeitos segundo a sua integração num determinado estamento. Cfr. PIÉRANGÉLO SCHLERA, “Società, de ordini ou corporativa”, in A. HERNÁNDEZ, *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*, cit., p. 143 e segs.; LUIS SOUSA DA FABRICA, “A representação no Estado Corporativo Medieval”, in *Estado e Direito*, 12/1993, p. 69 e ss.

¹⁵ Cfr., precisamente, MARCEL MORAVJITZ/DANIEL BOURNAUD, *Histoire Constitutionnelle et Politique de la France (1789-1958)*, 3.ª ed., Mouton-Rhénan, Paris, 1993, p. 35.

¹⁶ Cfr. M. FIORAVANTI, *Appunti*, cit., p. 31.

¹⁷ Cfr. REINHOLD ZEPPELUS, *Allgemeine Staatslehre* 12.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 1994, p. 121.

a ordem política é *querida e confirmada* através de um *contrato social* assente nas vontades individuais (tal como o defendiam as doutrinas contratualistas).

A imbricação destes dois momentos fractais — o da afirmação de direitos naturais individuais e da “artificialização-contratualização” da ordem política — explica uma outra característica do constitucionalismo revolucionário — o *consuetudinismo político-constitucional*. A arquitectura política precisava de um “plano escrito”, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e confortasse o poder político. Em suma: tornava-se indispensável uma *constituição*. Feita por quem? Surge, aqui, precisamente uma das categorias mais “modernas” do constitucionalismo — a categoria do *poder constituinte* — no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a *constituição*¹⁸.

III - “Nós, o povo” e os usos da história: a técnica americana da liberdade

A epígrafe sugere aquilo que, na realidade, marcou o constitucionalismo americano: um *povo* (mas não uma “nação”) que reclamou¹⁹, como na França, o direito de escrever uma lei básica e na qual ele fez diferentes usos da história²⁰.

Fez “diferentes usos da história” sob vários pontos de vista. Através da Revolução, os americanos pretenderam reafirmar os *Rights*, na tradição britânica medieval e da *Glorious Revolution*. Não se tratava, porém, de um movimento reestruturador dos antigos direitos e liberdades²¹ e da *English Constitution*, porque, entretanto, no *corpus* da constituição britânica, se tinha alojado um tirano — o parlamento soberano que impõe impostos sem representação (*taxation without representation*). Contra esta “omnipotência do legislador”, a constituição era ou devia ser inspirada por princípios diferentes dos da *ancient constitution*. Ela devia garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano. Aqui vem entroncar o momento *We the People*, ou seja, o momento em que o povo *toma* decisões. Aos olhos dos colonos americanos ganhava contornos a ideia de democracia que um autor recente designou por

¹⁸ No capítulo seguinte desenvolver-se-á este ponto.

¹⁹ Cfr. B. ACKERMAN, *We the People. Foundations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, 1991.

²⁰ Cfr. também o título do conhecido livro de CHARLES A. MILLER, *The Supreme Court and the Uses of History*, Harvard University Press, 1969.

²¹ Veja-se, porém, J. P. REID, *The Concept of Liberty in The Age of the American Revolution*, Chicago, 1988.

democracia dualista²². Existem decisões — raras — tomadas pelo povo; existem decisões — frequentes — tomadas pelo governo (*government*). As primeiras — as decisões do povo — são típicas dos “momentos constitucionais”. Eis uma decisiva diferença relativamente ao historicismo britânico e uma importante aproximação ao modelo do constitucionalismo francês. Em momentos raros e sob condições especiais, o povo decide através do exercício de um *poder constituinte*: a Constituição de 1787 é a manifestação-decisão do povo no sentido acabado de referir. Ver-se-á, porém, no capítulo dedicado ao poder constituinte, que este poder surgiu na gramática política americana da época com um *telos* diferente do da Revolução Francesa. Não se pretendia tanto reinventar um soberano onnipotente (a *Nação*), mas permitir ao corpo constituinte do povo fixar num texto escrito as regras disciplinadoras e domesticadoras do poder, oponíveis, se necessário, aos governantes que actuassem em violação da constituição, concebida como lei superior²³. Se a constituição nos esquemas revolucionários franceses terminou na legitimação do estado legicêntrico, ou, por outras palavras, dos “representantes legislativos”, na cultura revolucionária americana ela serviu para “constituir” uma ordem política informada pelo princípio do “governo limitado” (*limited government*)²⁴. Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, deste modo, que os *Framers* (os “pais da constituição americana”) procuraram *revelar* numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma “*possible tyranny of the majority*”²⁵. A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*) qualquer

²² Cfr. BRUCE ACKERMAN, *We the People*, cit., p. 6. Entre nós, cfr. JONATAS MACHADO, “Povo”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Vol. VI, p. 419 e ss.

²³ Cfr. CH. H. MC ILWAIN, *Constitutionalism Ancient and Modern*, 3.ª ed., Ithaca, New York, 1966, p. 21 e segs.

²⁴ Veja-se, especialmente, C. J. FRIEDBERG, *Limited Government. A Comparison*, Englewood Cliffs, 1974.

²⁵ Por último, cfr. E. S. MORGAN, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, W. W. Norton and Company, New York/London, 1988.

"lei" de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.²⁶ Diferentemente do que sucedeu no constitucionalismo inglês e no constitucionalismo francês, o conceito de "lei proeminente" (constituição) justificará a elevação do poder judicial a verdadeiro defensor da constituição e guarda dos direitos e liberdades. Através da fiscalização da constitucionalidade (*judicial review*) feita pelos juiz transpunha-se definitivamente o paradoxo formulado por John Locke em 1689: *inter legislatorem et populum nullus in terris est iudex* (entre o legislador e o povo ninguém na terra é juiz). O povo americano deu a resposta à pergunta de Locke: *quis erit inter eos iudex?* Os juizes são competentes para medir as leis segundo a medida da constituição. Eles são os "juizes" entre o povo e o legislador.²⁷

Referências bibliográficas

- Alexander, H. (org.) — *Constitutionalism, Philosophy and Foundations*, Cambridge, VP, 1998.
- Acosta Sanchez, J. — *Teoría del Estado y Fuentes de la Constitución*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1989.
- *Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional. Fundamentos de la Democracia Constitucional*, Madrid, 1998.
- Ackermann, B. — *We the People, 1. Foundations. 2. We the People, Transformations*, The Belknap Press of Harvard, Cambridge, Massachusetts, 1993 e 1998.
- Amaral, D. F. — *História das Ideias Políticas*, vol. 1, Coimbra, 1998.
- Aragon, M. — *Estudios de Derecho Constitucional*, Madrid, 1998.
- Ball, T./Poock, J. G. A. — *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, Kansas, 1988.
- Barbera, A. (org.) — *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, 1998.
- Bastid, P. — *L'idée de Constitution*, Paris, 1985.
- Bellamy, R./Castiglione, D. (org.), "Constitutionalism in Transformation. European and Theoretical Perspectives", in *Political Studies*, 33, 3/1996, p. 405 ss.
- ²⁶ Sobre esse "paramount character of the constitution vis-a-vis the legislative", vide, por último, GERHARD STOURZH, "Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the late Eighteenth Century", in TERENCE BALD/J. G. A. POOCK, *Conceptual Change and the Constitution*, University Press of Kansas, Lawrence, 1988, p. 47.
- ²⁷ Cf., por último, J. ARTHUR, *Words that bind: judicial review and the grounds of modern constitutional theory*, Boulder, 1995.

Bellamy, R. (org.), *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, Aldershot, Avebury, 1996.

Bonavides, Paulo — "Constitutionalismo luso-brasileiro: influxos recíprocos", in Jorge Miranda, *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, p. 19 ss.

Brito, M. N. — *A Constituição Constituinte, Ensaio sobre o Poder de Revisão da Constituição*, Coimbra, 2000.

Burgess, G. — *The Politics of the Ancient Constitution: an Introduction to English Political Thought* (1603-1642), London, 1992.

Cerqueira, M. — *A Constituição na História*, Ed. Revan, Rio de Janeiro, 1993.

Dogliani, M. — *Introduzione al diritto costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994.

Dworkin, R. — "Constitutionalism and Democracy", in *European Journal of Philosophy*, 3 (1995), p. 2 ss.

Elster, J. — *Ulysses and the Sirens. Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge, 1984.

— "Argumenter et Négocier dans Deux Assemblées Constituents", *Revue Française de Science Politique*, 2/44 (1994).

Ferreira Filho, M. Gonçalves — "Constitucionalismo Português e Constitucionalismo Brasileiro", in Jorge Miranda, *Perspectivas Constitucionais*, vol. I, p. 71 ss.

Fioravanti, M. — *Appunti di storia delle costituzione moderne*, Giappichelli Editore, 2.ª ed., Torino, 1995.

Florida, G. C. — *La Costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1991.

Friedrich, C. J. — *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, Boston, 1941.

Gaucher, M. — *La Révolution des Pouvoirs, La Souveraineté, Le Peuple et la Représentation 1789-1799*, Paris, 1998.

Gough Wiedhofft, J. — *L'idée de loi fondamentale dans l'histoire constitutionnelle anglaise*, Puf, Levalhan, Paris, 1992.

Hespanha, A. M. — *Ramorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*, Lisboa, 1997.

Henkin, L. — "Revolution and Constitutions", in *Louisiana Law Review*, 1981, p. 1023.

Homen, A. P. B. — *A Lei da Liberdade. Introdução Histórica ao Pensamento Jurídico*, I, Lisboa, 2001.

Kahn, P. W. — *The Reign of Law. Marbury, Madison and the Construction of America*, New York, 1997.

Jyrinki, A. (org.) — *National Constitutions in the Era of Integration*, The Hague, London, Boston, 1999.

MacDonald, F. — *Novus Ordo Seclorum. The Intellectual Origins of the Constitution*, Lawrence, Kansas University Press of Kansas, 1985.

- Matteucci, N. – *Organizzazione del potere e libertà. Storia del Costituzionalismo Moderno*, Torino, 1978.
- Mc Ilwain, Ch. Howard – *Constitutionalism Ancient and Modern* (1940), New York, Cornell University Press, 1947.
- Morabito, M./Bournaud, D. – *Histoire constitutionnelle et politique de la France* (1789-1958), Montchrestien, 3.^a ed., Paris, 1993.
- Park, J. J. – *The Dogmas of the Constitution*, trad. cast., Madrid, 1999, com prólogo de Joaquín Varela Suanzes.
- Pocock, J. G. A. – *The Ancient Constitution and the Feudal Law*, New York, Cambridge University Press, 1987.
- Queiroz, Cristina – “Constituição, Constitucionalismo e Democracia”, in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais. Nos vinte anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra, p. 457.
- Rakove, J. – *Original Meanings. Politics and Ideas in the Making of the Constitution*, New York, A. Knopf, 1996.
- Ridola, P. – *Diritti di Libertà e Costituzionalismo*, Torino, 1997.
- Rocha, Cármen – *Constituição e Constitucionalidade*, Ed. Lê, Belo Horizonte, 1991.
- Spadaro, A. – *Contributo per una teoria delle Costituzioni*, Milano, 1994.
- Stourzh, G. – “Fundamental Laws and Individual Rights in the 18. th. Century Constitution”, in *American Foundation. Essays on the Formation of the Constitution*, New York: Westport-London, 1988.
- Tass, G. A. – *Understanding State Constitutions*, New Jersey, 1998.
- Tierney, B. – *Religion et Droit dans le développement de la pensée constitutionnelle*, Puf, Leviathan, Paris, 1993.
- Vile, M. J. C. – *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- Volpe, G. – *Il Costituzionalismo del Novecento*, Bari, 2000.
- Vorländer, H. – *Die Verfassung. Idee und Geschichte*, München, 1999.
- Willoweit, D. – *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 2.^a ed., Beck, München, 1992.

Capítulo 2

Modernidade Constitucional e Poder Constituinte

Sumário

A. Aproximação à problemática do poder constituinte

1. Quatro perguntas
2. Pluralidade de abordagens

B. A dimensão genética: revelar, dizer ou criar uma lei fundamental

I - Problemática do poder constituinte e experiências constituintes

II - Revelar, dizer e criar a Constituição

1. Revelar a norma – a desconfinança perante um poder constituinte.
A Magna Charta e os contratos de domínio medievais
2. Dizer a norma – o poder constituinte e a criação de um corpo de regras superiores e invioláveis no exemplo americano
3. Criar a norma – o poder constituinte como fórmula fractal e projectante no modelo francês



