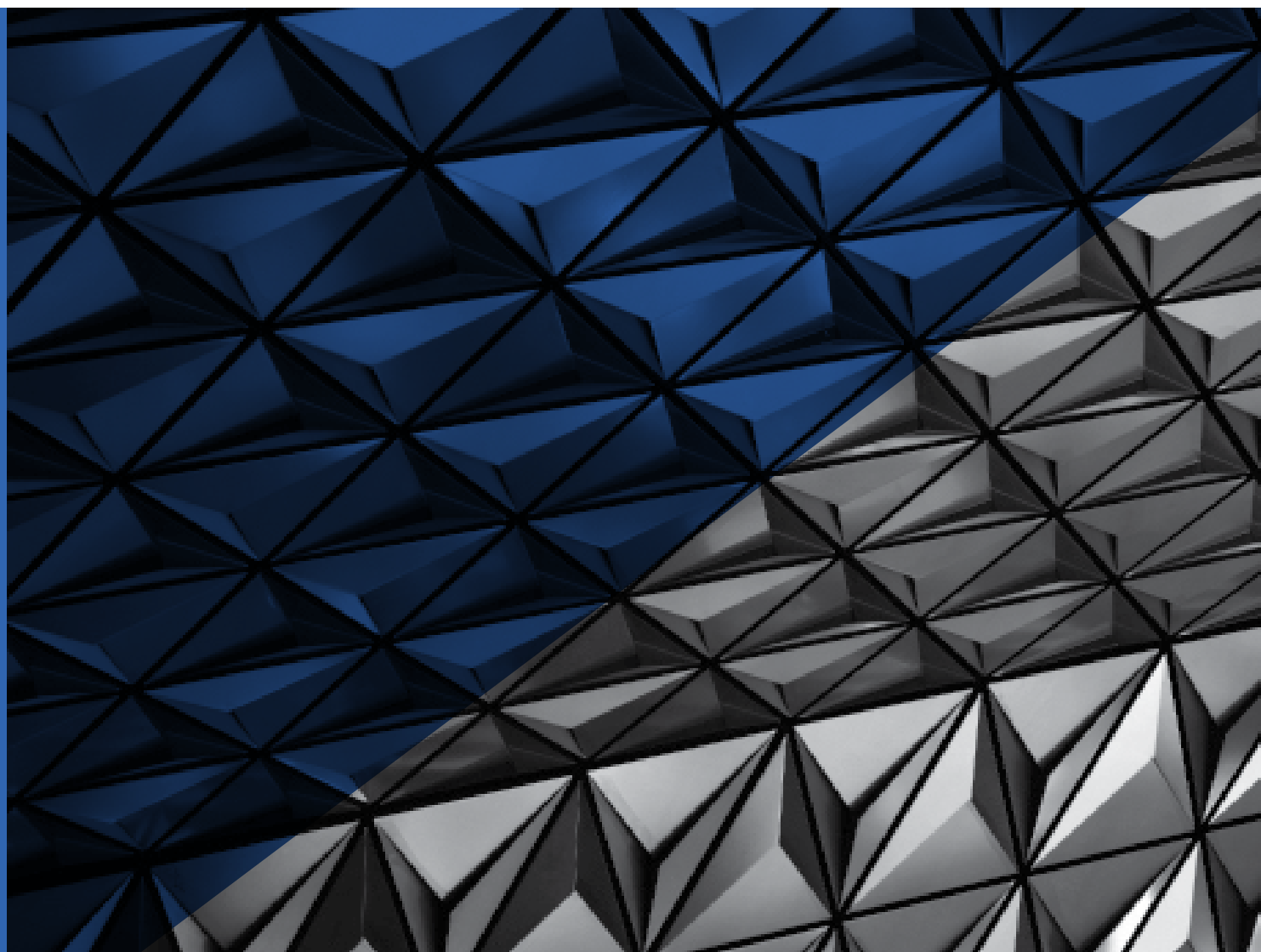


O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Luís Pereira Coutinho



O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

Luís Pereira Coutinho

Professor Associado com Agregação da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Este texto corresponde aos pontos 1 a 3 do capítulo VI de um manual em elaboração, devendo ser compreendidas nesse contexto as referências ao que já está estabelecido em capítulos anteriores ou virá a sê-lo em capítulos posteriores. Em nota, fixam-se os pontos essenciais, remetendo-se, quanto ao mais, para a nossa Introdução Sumária à Teoria do Estado, correspondente ao capítulo I.

1. Como definir a Constituição?

Recorde-se o que ficou exposto na nossa *Introdução Sumária à Teoria do Estado*¹: o Estado é uma ordem política, e essa ordem concebe-se no âmbito de um discurso. Ora, tal discurso não se manteve uniforme ao longo da modernidade, pelo que a ordem do Estado não se concebeu sempre do mesmo modo. Tal como formulado a partir de Bodin e Hobbes, o discurso do Estado – então dito “direito político” – identificou a correspondente ordem com um poder soberano. A partir do momento em que o direito político deu lugar ao constitucionalismo, a ordem do Estado passou a identificar-se com a Constituição: a um Estado corresponde uma ordem jurídica encimada por uma Constituição². Deslocou-se assim o modo de conceber o carácter absoluto da ordem: a originariedade e a supremacia, que o direito político tinha por qualidades do poder soberano, passam a entender-se como qualidades da Constituição.

Hoje, à generalidade dos Estados correspondem Constituições e estas serão originárias e supremas. Poder-se-ia supor, a partir daqui, que o constitucionalismo vingou em toda a linha, mesmo naqueles quadrantes em que não há separação de poderes ou garantia dos direitos. Mas essa suposição causaria estranheza àqueles que formularam o conceito de Constituição na modernidade. Estes fizeram-no no âmbito de um discurso – o constitucionalismo, precisamente – cujo propósito não se traduzia simplesmente em substituir o poder pela Constituição enquanto eixo da ordem do Estado. O propósito era, antes, o de que o Estado não se pudesse confundir com um leão devorador, recorrendo à imagem que Locke contrapôs a Hobbes (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.5) – a Constituição teria de se traduzir numa ordenação material que refletisse esse propósito ou não seria “Constituição”.

¹Quanto ao Estado como ordem, v. *Introdução Sumária à Teoria do Estado*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2025, 1 e 3.2 (disponível em <https://www.icjp.pt>). Quanto ao carácter absoluto dessa ordem – sendo *absoluto* o que não é relativo, e não o que é ilimitado – e quanto à identificação entre a soberania e a Constituição, própria do constitucionalismo, v. o nosso *Direito público moderno vs. constitucionalismo da common law*, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas (disponível em <https://www.icjp.pt>), 2.1 e 2.2.

²Esta afirmação refere-se ao caso do Estado simples. Tratando-se de um Estado composto, há mais do que uma Constituição: na união real, a duas Constituições correspondem as mesmas instituições políticas; na união federal, diferentes Constituições agregam-se como Constituições parciais de uma mesma ordem global.

É isto mesmo que vemos confirmado na Declaração de 1789, cujo artigo 16.º define “Constituição” como ordem com separação de poderes e garantia dos direitos³. Mais: no artigo 3.º da mesma Declaração define-se “o princípio de toda a soberania” como residindo “essencialmente na nação”. Isso significa que a soberania não pode deixar de se exprimir *nessa* Constituição⁴. O facto de a Declaração se ler como um dicionário não revela a arrogância de quem a aprovou; revela que quem a aprovou sabia que formulava um discurso fora do qual os termos “soberania nacional” ou “Constituição” não têm significado – isto é, fora do qual não existe “Constituição” como expressão da “soberania nacional”.

Por outras palavras, o que torna importantes os homens de 1789 não é primariamente o facto de terem definido o conceito de Constituição. O que conta, antes de mais, é o ensinamento que deles se infere sobre *como o conceito de Constituição se deixa definir*. Com efeito, se o que estivesse em causa fosse apenas a definição que deram, nada nos obrigaria a considerar o seu conceito de Constituição como possivelmente nosso; ou seja, poderíamos tratar esse conceito como uma mera estipulação fundacional feita por quem pretendia, sem mais, governar o seu sentido. Já se o que estiver em causa for saber como definir a Constituição, o caso é diferente. Passamos a ter de saber se podemos ignorar o ensinamento de 1789 sem perda; se podemos efetivamente definir “Constituição” fora de um discurso sobre Constituição – um discurso que dê sentido ao conceito e que, em simultâneo, dê sentido ao nosso recurso ao mesmo.

Note-se: o ensinamento que aqui se infere da Declaração de 1789 não se encontra apenas nela. Encontra-se também na famosa decisão *Marbury v. Madison* de 1803. O problema que então se colocou aos juízes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos foi o de saber se a Constituição americana se podia definir como lei superior às leis ordinárias – com o efeito de as segundas serem inválidas se contrariassem a primeira. Os juízes concluíram que sim, isto é, que a Constituição se devia efetivamente definir como “lei fundamental e primeira da nação”.

O mais importante, agora, é o modo como os juízes chegaram à conclusão: não estipularam uma definição nem procuraram uma definição que fosse válida para todos os “governos”, fosse qual fosse a sua índole. O que os juízes fizeram foi inquirir como se devia definir a Constituição, tomando por referência a “teoria do governo [limitado]” daqueles que a haviam estabelecido. De facto, foi no quadro dessa teoria – que veremos ser a de uma república moderna, cerne do constitucionalismo americano (v.

³Nos termos do artigo 16.º da Declaração, recorde-se, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação de poderes, não tem Constituição”.

⁴Estabelece o artigo 3.º da Declaração que “o princípio de toda a soberania reside essencialmente na nação” e que “nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que daquela não emane expressamente”. Daqui decorre que a soberania nacional equivale ao poder de ninguém: ninguém *em concreto* é soberano, e só pode exercer autoridade quem titule um órgão do Estado definido pela Constituição, exercendo as competências aí previstas. Só na Constituição, pois, em que se esgota a soberania da nação, está distribuída a autoridade que da nação emana expressamente. V. ainda o nosso *Direito público moderno...*, 3.5.

o nosso *Teoria dos Regimes Políticos*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 79 segs.) – que os juízes consideraram ter sentido a existência de uma Constituição escrita, definindo-a como “lei fundamental e primeira”⁵.

E não se argumente contra os juízes de 1803 que há Constituições, mesmo escritas, cujos poderes não são, de facto, limitados. Eles próprios não ignoraram essa hipótese, dizendo que falavam do governo americano – de um governo limitado. Para os juízes, as Constituições escritas têm sentido – e concebem-se como tendo força de lei superior – precisamente se não abolirmos a distinção entre governos ilimitados e governos limitados⁶. Se o fizermos – localizando-nos então fora da “teoria do governo” americana –, a dita “Constituição” passa a conviver com um poder que ela não limita, ou seja, com um poder que significa a negação mesma daquilo que justifica que ela se defina como “lei fundamental e primeira”⁷.

Repare-se que as definições dos homens de 1789 e dos juízes de 1803, ainda que atingidas da mesma forma – isto é, a partir de uma lógica constitucionalista de governo limitado –, são diferentes: uma centra-se no conteúdo da Constituição e outra centra-se na sua forma como lei superior. De facto, em diferentes quadrantes, a Constituição não foi definida exatamente da mesma maneira, não se fixando exatamente as mesmas características. Isso explica-se pelo facto de o discurso constitucionalista não ter sido uniforme em todos os quadrantes. Uma coisa, no entanto, manteve-se constante para lá das diferenças: definiu-se a Constituição e determinaram-se as suas características segundo um propósito de limitação do poder (*rectius*, dos poderes) do Estado e de garantia dos direitos. É este o cerne do constitucionalismo, sem prejuízo das suas variantes.

Refira-se ainda que, noutra variante – a britânica –, não houve historicamente uma Constituição escrita. Isso não impediu que a mesma lógica de definição da Constituição, agora não escrita, tenha sido seguida – isto é, que a Constituição tenha sido definida a partir do discurso constitucionalista. É o que se evidencia em Dicey, para o qual o “Rei no Parlamento” – no caso britânico, sede da soberania e núcleo da Constituição – existe na “boca do jurista”, formado na tradição constitucional britânica⁸. E a

⁵Escreve-se, no passo aqui relevante, que “os poderes do legislador são definidos e limitados; e, para que esses limites não sejam confundidos ou esquecidos, a Constituição é escrita. [...] Certamente todos aqueles que estabeleceram Constituições escritas as conceberam como formando a lei fundamental e primeira da nação, sendo por consequência a teoria de qualquer governo desse tipo a de que um ato da legislatura contrário à Constituição é nulo” (decisão disponível em <https://supreme.justia.com>).

⁶Nas palavras da decisão, “a distinção entre um governo com poderes limitados e um governo com poderes ilimitados fica abolida se esses limites não vincularem aqueles a quem são impostos”.

⁷A teoria federalista do governo já se explicitara quanto às suas exigências. No “Federalista n.º 78”, Alexander Hamilton, tendo a interpretação das leis como tarefa dos tribunais – incluída a interpretação da lei constitucional –, considerou-os “os baluartes de uma Constituição limitada contra usurpações legislativas”, cfr. “O Federalista n.º 78”, in Alexander Hamilton / James Madison / John Jay, *O Federalista*, trad. de Viriato Soromenho Marques e João C. S. Duarte, 2.ª ed., Lisboa: Gulbenkian, 2020, pp. 681 segs., p. 687.

⁸Cfr. Albert Venn Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2013 (*Oxford Edition of Dicey*), p. 27.

Constituição britânica veio ela própria a ser concebida como a “Constituição de Dicey”⁹. Ou seja, ao mesmo tempo que disse que a Constituição existe no discurso, Dicey fixou os termos desse discurso. A sua síntese do constitucionalismo britânico, e da Constituição que lhe corresponde, foi a que passou a presidir à prática do jurista.

O que assim se verifica justificará uma conclusão provisória: não podemos ignorar sem perda o ensinamento dos homens de 1789 – ou dos juízes de 1803, ou ainda de Dicey – quanto ao modo de definir a Constituição. Com efeito, em nenhum destes exemplos se poderia ter chegado a um conceito que fosse relevante para o jurista fora do discurso constitucionalista.

2. As vias alternativas

Vejamos agora o outro lado da questão. Importa, com efeito, examinar as vias mais comuns de definir “Constituição” enquanto “conceito neutro”, “científico” ou “descritivo”, verificando se elas desmentem a conclusão provisória que fixámos.

A primeira via a referir é a de Kelsen, do qual se pode inferir um conceito de Constituição como normatividade superior de um ordenamento cuja validade se refere a uma norma fundamental. Esta via não desmente aquela conclusão, antes a confirmará. Mesmo que se possa ter o conceito kelseniano como neutro ou descritivo – e não é certo que se possa¹⁰ –, esse sempre dependerá de a Constituição *já* ser tratada pelos juristas como normatividade superior do ordenamento. Ou seja, é porque os atos do Estado – incluindo os legislativos – são, de facto, validados na prática por referência à Constituição que Kelsen pôde, como teórico, pressupor a normatividade superior da Constituição como válida (chamando a essa pressuposição “norma fundamental”¹¹). Ora, isso só sucede na prática porque os juristas já dispõem de um conceito de Constituição como lei superior – conceito esse que eles determinaram, não por achado científico, mas no âmbito do constitucionalismo (no âmbito da correspondente “teoria do governo”, nos termos da decisão *Marbury v. Madison*).

Assim sendo, o conceito kelseniano – a possibilitar-se como conceito neutro – é parasitário de um conceito *dos* juristas que se determinou, e continua a determinar-se, não neutralmente¹². De facto, os

⁹A soberania parlamentar é, para Dicey, a “característica dominante” da Constituição britânica: trata-se da soberania de um corpo artificial e compósito – o “Parlamento” ou “Rei no Parlamento” –, que representa a nação na sua unidade e existe enquanto tal na linguagem jurídica. Para mais desenvolvimentos, v. o nosso *Direito público moderno...*, 3.2.

¹⁰Sobre a impossibilidade de se conceber neutralmente a normatividade da Constituição a partir da pressuposição de uma norma fundamental nos termos propostos em Kelsen, só podendo a conceção kelseniana de uma normatividade superior resgatar-se por apelo aos pressupostos liberais do próprio Kelsen, v. o nosso *O Constitucionalismo como Discurso do Direito: Uma Abordagem de Direito do Estado*, Coimbra: Almedina, 2024, pp. 86 segs. (“A norma fundamental como fundação política”).

¹¹Cfr. Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, trad. de João Baptista Machado da ed. de 1960, 6.^a ed., Coimbra: Arménio Amado, 1984, pp. 267 segs.

¹²É neste sentido que Gerhard Luf aponta quando diz que o conceito kelseniano “não possui de nenhum modo uma qualidade a-histórica”, antes se encontra dependente de um “conceito de direito específico” que é ditado pela

juízes de 1803 não precisaram de esperar por Kelsen para fixar o seu conceito de Constituição; foi Kelsen que precisou deles¹³.

Na Europa, o Kelsen teórico precisou do Kelsen jurista. Antes do segundo pós-guerra, os europeus continentais em geral não encaravam a Constituição como lei superior, no sentido de a mesma invalidar leis ordinárias desconformes. Isso mesmo levou Carré de Malberg a rejeitar a teoria de Kelsen na década de 1920: ela não descrevia a prática dos juristas europeus¹⁴. As exceções eram poucas, e a mais significativa – a Áustria – deveu-se ao próprio Kelsen, que, enquanto jurista, se encontrou na base da instituição, pela Constituição de 1920, de um sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis¹⁵. O conceito de Kelsen não descrevia, pois, uma prática; pretendia instituí-la, e nesse sentido era profético. Os juristas europeus só passaram generalizadamente a tratar assim a Constituição quando, no segundo pós-guerra, se considerou imprescindível que as leis estivessem sujeitas a fiscalização da constitucionalidade, ficando isso expresso na generalidade dos textos constitucionais europeus. Face ao exposto, pode dizer-se que, se no quadrante americano o pretenso conceito descritivo de Kelsen é parasitário de uma prática que o precedeu, no quadrante europeu é-o de uma prática que o Kelsen jurista se propôs instituir. Em qualquer dos casos, o conceito de Constituição como lei superior nunca se bastou como conceito descritivo ou neutro. O Kelsen que vingou na Europa vingou como jurista e não como teórico.

Outra via de conceber neutralmente a Constituição – assim independentemente de um particular discurso de ordem política – traduz-se em tê-la, invariavelmente, como produto de um “poder constituinte”, reconduzindo-se este a um “ato de vontade política cuja força ou autoridade” permite

“ideia do Estado constitucional liberal, do Estado de direito”, cfr. “On the Transcendental Import of Kelsen’s Basic Norm”, in *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, org. S. L. Paulson / B. L. Paulson, Oxford: Clarendon Press, 1998, pp. 221 segs., p. 233.

¹³Note-se que não é apenas o conceito kelseniano de Constituição como lei superior (como lei que não pode ser contrariada por outras leis e que o vienense faz corresponder a uma “Constituição formal”) que é parasitário relativamente ao conceito dos juristas (sejam os juízes de 1803, sejam os juristas europeus do segundo pós-guerra). Kelsen avança outro conceito de Constituição (“Constituição material”) que se traduz meramente em normas sobre produção de normas, limitando-se assim essa Constituição a investir um legislador centralizado em dador de leis, cfr. *Teoria Pura...*, pp. 310-311. Ora, também este outro conceito não se pode ter como dado ao teórico antes de qualquer discurso. Pelo contrário, essa “Constituição material” corresponde à ordem do Estado moderno, formulada pelo discurso de direito político como alternativa a outras ordens, incapazes de manter a paz e a segurança em cenário de divisão moral e religiosa (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.3 e 2.5). Assim, se o conceito kelseniano de “Constituição formal” é parasitário do Estado constitucional em especial, o conceito kelseniano de “Constituição material” é-o do Estado em geral.

¹⁴Cfr. Carré de Malberg, “A Sanção Jurisdicional dos Princípios Constitucionais (Nota de Carré de Malberg)”, trad., in Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 195 segs., 206-207. V. também *Confrontation de la Théorie de la Formation du Droit par Degrés*, Paris: Recueil Sirey, 1933, pp. 56 segs. (disponível em <https://gallica.bnf.fr>).

¹⁵Para um tratamento da fiscalização da constitucionalidade na Europa no período entre-guerras, cfr. Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control de Constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

estabelecê-la¹⁶. Pode então dizer-se que a Constituição se converte aqui em “vontade” ou “decisão”¹⁷, referindo-nos doravante a esta via como voluntarista ou decisionista.

Se a via kelseniana falha por ser meramente parasitária do constitucionalismo, esta segunda via falha por contradizê-lo. De facto, a contradição traz custos: em primeiro lugar, deixa de ser possível dar conta da prática do constitucionalismo; em segundo lugar, fica-se com uma conceção implausível de poder político ao mesmo tempo que se o glorifica como “poder constituinte”. Começemos pela contradição, passando depois aos seus custos.

Ao conceber o poder constituinte nos termos referidos, a via voluntarista contradiz diretamente o discurso que introduziu a noção – o constitucionalismo, precisamente. A teoria da soberania nacional – tal como vingou em França – não confundiu o “poder constituinte” com uma “vontade” ou “decisão”, antes o concebeu como um princípio de limitação traduzido em não haver, no Estado, senão poderes constituídos¹⁸.

Recorde-se: enquanto princípio de limitação, a soberania nacional equivale a *soberania de ninguém* (artigo 3.º). Ela concebe-se no mesmo passo em que se concebe a Constituição como ordem de limitação (artigo 16.º) – como ordem que vale porque exprime aquele princípio, e não porque seja a

¹⁶Os passos citados são de Blanco de Moraes (cfr. *Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em Tempo de Crise do Estado Social*, II-2, Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 191) e surgem a respeito do conceito de poder constituinte e não do conceito de Constituição, ainda que o autor identifique invariavelmente a Constituição como produto do poder constituinte nos termos em que o define. Note-se que, para Blanco de Moraes, o facto de a Constituição ser invariavelmente produto de uma vontade constituinte incondicionada não prejudica que seja “norma” (Idem, pp. 16 segs.). Veja-se a nota seguinte.

¹⁷A expressão “decisão” pode ser entendida em dois sentidos diferentes. Num primeiro sentido, aquele que será objeto de discussão, ela é vontade constituinte incondicionada subjacente à Constituição, *que se esgota na produção desta como “norma”* (é este o caso de Blanco de Moraes, que exprime uma posição clássica na doutrina). Num outro sentido, o de Schmitt (cfr. Carl Schmitt, *Constitutional Theory*, trad. de Jeffrey Seitzer, Durham: Duke University Press, 2008, pp. 57 segs.), a “decisão” é ela mesma a “Constituição”; *não se confunde com “lei” ou “norma” nem se esgota na produção de uma “lei” ou “norma”*. Em Schmitt, a “decisão” (ou “Constituição”) releva, antes, da própria existência de um “povo” e traduz-se na sua identidade política como tal. Ela pode revelar-se de muitas maneiras diferentes – por exemplo, na aclamação de um “líder” em que um “povo” reveja essa identidade. Não deixarão de existir casos em que há uma lei constitucional (ou “norma”), mas esta terá então apenas uma importância relativa: a “lei” ou “norma” (“Constituição em sentido relativo”) pode ser desrespeitada se assim o impuser a “decisão” (“Constituição em sentido absoluto”). Como se vê, Schmitt usa os conceitos do constitucionalismo (de “Constituição” ou de “povo”) para lhes dar sentidos muito diferentes daqueles que o constitucionalismo lhes dá. Na verdade, passamos a estar perante outros conceitos – ainda que se usem as mesmas palavras – que se ajustam a experiências políticas muito diferentes daquela que o constitucionalismo preconiza. Desenvolvemos o ponto em “Constitutionalism as Perspective and the Concept of Law”, *working paper*, 2026, 2 (disponível em <https://ssrn.com>). Em sentido convergente, a propósito de Schmitt, escreve Lars Vinx que “a intenção real de Schmitt é influenciar o pensamento constitucional por via da fixação dos sentidos dos conceitos políticos e constitucionais centrais em termos que favorecem fins autoritários”, cfr. “Common Good Constitutionalism and Schmittian Dictatorship: From Legal Pacification to Social Homogenization”, texto correspondente à comunicação apresentada na 3.ª reunião da Constitutional Theory Network, ocorrida em Toulouse em 21 e 22 de maio de 2026, nota 9 (citado com a autorização do autor).

¹⁸A doutrina revolucionária da soberania nacional traduz-se em a única “vontade” concebível da nação soberana ser uma Constituição com separação de poderes e garantia dos direitos: a nação soberana não é senão poder constituinte, que se exprime na Constituição, e, a partir do momento em que esta vigora, todos os poderes do Estado são apenas poderes constituídos. Para mais desenvolvimentos, v. o nosso *Direito público moderno...*, 3.5.

vontade de alguém. Há certamente uma vontade de aprovar a Constituição (v.g. a vontade de uma assembleia constituinte), mas esta é uma representação extraordinária da soberania nacional, concretizando em dadas soluções (de limitação) o princípio dessa soberania. O que conta, pois, é o princípio, e a Constituição que o exprime, e não a vontade que a aprova.

Dir-se-á, a respeito da soberania nacional, que estamos perante uma teoria e não perante a prática. No entanto, longe de a infirmar, a prática confirma a teoria. Donde o primeiro dos custos referidos: quem contradiz a teoria fica sem poder dar conta da prática.

Atentemos, em primeiro lugar, na prática francesa, mais precisamente na Constituição de 1875, correspondente à III República. Esta vigorou quase 70 anos, tendo sido a primeira Constituição francesa a impor-se de um modo estável. Deveu-se isso a ter sido o produto de um momento retumbante de vontade constituinte? Dificilmente o poderíamos dizer, tendo em conta desde logo que a Constituição de 1875 correspondeu, na verdade, a três singelas leis destinadas a vigorar provisoriamente, aprovadas por uma assembleia monárquica em que a forma republicana passou por um só voto. Muito mais plausível do que imputar a vigência da Constituição à vontade que esteve na sua origem, será explicá-la a partir de um contexto de afirmação do discurso constitucionalista. De facto, só a partir da III República este discurso logrou vingar em definitivo, presidindo efetivamente à experiência política francesa em prejuízo de discursos alternativos (o da soberania popular, o da restauração, etc.). Ou seja, só a partir das últimas décadas do século XIX, os franceses passaram a conceber estavelmente a sua Constituição como ordem de separação de poderes e garantia dos direitos, expressão da soberania de ninguém¹⁹. Na linguagem dos sociólogos, dir-se-á que os mesmos internalizaram o discurso da soberania nacional.

A impossibilidade de se imputar a vigência de uma Constituição a uma vontade evidencia-se noutro exemplo – e de um modo ainda mais claro. Referimo-nos à Constituição alemã hoje em vigor – em vigor, portanto, na Alemanha reunificada, apesar de ter sido aprovada em 1949, quando essa não existia. Quem a aprovou, em cenário de divisão da Alemanha, disse estar a “proceder igualmente em nome dos Alemães, aos quais é recusada a possibilidade de colaboração”, chamando “todo o povo alemão” a

¹⁹A um outro nível, é neste contexto que se deixa compreender a posição de Carré de Malberg, que escreveu sob a vigência da Constituição de 1875. Ao conceber o Estado “a partir dos dados fornecidos pelo direito constitucional francês” – dados entre os quais figura centralmente a Declaração de 1789 –, o autor concebe-o, na verdade, a partir de um discurso, o mesmo que explica a vigência da Constituição. É isso que lhe permite dispensar a formulação de um poder constituinte no sentido de poder quando pensa o Estado e a Constituição. Com efeito, Carré de Malberg reconduz o “problema do poder constituinte” a um não problema para o jurista: ao jurista cabe constatar a vigência da Constituição e a sua consequente existência na sua “boca” (se os termos forem os de Dicey) e não imaginar um “poder constituinte”, cfr. *Contribution à la Théorie Générale de l'État: spécialement d'après les données fournies par le Droit Constitutionnel Français*, II, reimpressão das edições originais de 1920 e 1922, Paris: Dalloz, 2004, p. 497. Para mais desenvolvimentos, v. o nosso *O Constitucionalismo...*, pp. 82 segs.

realizar “a unidade e a liberdade da Alemanha”. Ou seja, exprimia-se um princípio, não se afirmava uma vontade. E foi o princípio que vingou com a reunificação alemã, em 1990²⁰.

Passemos agora ao segundo custo, em que está em causa a plausibilidade teórica de uma definição voluntarista de Constituição. Importa convocar aqui o que já sabemos sobre o poder político: este traduz-se em *comando legítimo e obediência devida*, não em mera vontade ou força (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.2). Nestes termos, uma vontade não se impõe estavelmente por si mesma a uma comunidade política, antes se torna “política” e tem “autoridade” por referência a um discurso que a justifica como tal – que a torna legítima.

Isto vale para uma “vontade constituinte”: ela só se imporá por referência a um discurso que torne o seu comando – aqui, a Constituição – legítimo e, portanto, a obediência ao mesmo devida. Mais ainda, a vontade só se imporá se esse discurso for aceite por governantes e governados – internalizado por uns e outros. Assim sendo, a chave é o discurso: a Constituição não é legítima porque houve vontade de a estabelecer, antes é o discurso sobre a Constituição como legítima que torna legítima a vontade de a estabelecer (que a torna uma vontade politicamente relevante, capaz de suscitar estavelmente a obediência). Se o discurso sobre a Constituição é o que é determinante, é dele que temos de partir para definir a Constituição.

Repare-se ainda no que sucede, nesta via, à originariedade da ordem constitucional (a ausência de fundamento noutra ordem). Dir-se-á que, ao supor-se que a vontade constituinte subsiste em si e por si – que não há nada a concebê-la –, não se põe em causa a originariedade da Constituição (ela será tão originária como a vontade que a estabelece). Mas, como acabámos de ver, a suposição não se sustenta. Esse nada não é possível: uma vontade que não se concebe em sede alguma como vontade legítima não chega a ser vontade *política* (vontade capaz de suscitar obediência). E tendo-se isso presente, coloca-se então o problema de saber em que sede se concebe a vontade que está por detrás da Constituição. Tudo apontará para essa sede se encontrar numa qualquer ordem (extra ou supraconstitucional) que esteja por detrás da Constituição, deixando esta de ser originária (já que passa a ter fundamento noutra ordem)²¹.

²⁰O preâmbulo de 1949 invoca em termos expressos a “vontade” (“o povo alemão animado da vontade”) e o “poder constituinte” (“em virtude do seu poder constituinte”), pelo que se poderia objetar que o exemplo diz o contrário do que dele se retira. A objeção não procede: o que aí se invoca é um poder constituinte exercido em nome de quem não pôde participar, e a Lei Fundamental previu no seu artigo 146.º que uma Constituição livremente decidida pelo povo alemão viesse a substituí-la. Chegado o momento, essa via não foi seguida, e a Lei Fundamental valeu sem mais para a Alemanha reunificada – o que confirma que o que se afirmara não era uma vontade capaz de fundar a ordem, mas um princípio. De resto, todo o processo revela-se “intrigante” para uma teoria que se prenda a um conceito de poder constituinte como poder, cfr. Maria Lúcia Amaral, “A Alemanha Reunificada e a Lei Fundamental de Bona”, *O Direito*, 123, 1991, p. 626. Quanto à tradução dos trechos citados, v. Jorge Miranda, *Textos Históricos de Direito Constitucional*, Lisboa: INCM, 1990, p. 349.

²¹Carré de Malberg formulou bem o paradoxo: “Para que tal construção [de um poder constituinte anterior à Constituição] fosse possível, seria necessário que o direito fosse anterior ao Estado: nesse caso o processo criador da organização originária do Estado [da Constituição] poderia ser considerado como regido pela ordem jurídica que o precedeu”, cfr. *Contribution...*, II, p. 490. Ou seja, se pressupusermos um poder constituinte como “vontade

Atente-se bem no paradoxo: na busca de um conceito neutro que permita apreender todas as Constituições simplesmente porque originárias, acaba por se tornar inconcebível uma Constituição originária. É este, diga-se, um problema de há muito colocado pelos constitucionalistas²²: como conceber uma Constituição originária quando a vontade que lhe subjaz não se deixa conceber, ela mesma, como originária?

O problema, no entanto, só se coloca nestes termos porque um passo foi esquecido: na verdade, não concebemos a vontade e a Constituição separadamente – ou a primeira como prévia à segunda. Concebemo-las a ambas, em simultâneo, no mesmo discurso, dizendo que a vontade se exprime necessariamente numa Constituição. É precisamente isso que se encontra em Sieyes, que está longe de identificar o “poder constituinte” com uma mera vontade. Com efeito, em Sieyes, o poder constituinte traduz-se na “vontade” de uma nação soberana que não pode “querer” outra coisa que não uma Constituição com separação de poderes e garantia dos direitos – colocamos “vontade” e “querer” entre aspas já que essa nação soberana apenas existe ao nível do discurso, da linguagem e, portanto, nada pode querer no sentido literal²³.

Quem poderá querer alguma coisa – ter vontade no sentido literal, ou próximo dele – é a assembleia constituinte que representa extraordinariamente a nação soberana no momento da aprovação da Constituição. Mas note-se que a vontade da assembleia, na medida em que represente, não pode ser qualquer uma: ela conta, é legítima, enquanto represente, isto é, enquanto exprima a soberania nacional, traduzindo o discurso da Constituição numa concreta Constituição. Não se pense que a tradução nada acrescenta. Pelo contrário, à assembleia constituinte cabem opções políticas relevantes (uma vontade representante não é uma não-vontade). De facto, se a “vontade” da nação “quer” uma Constituição com

política” anterior ao Estado, estamos a pressupor uma ordem a que o Estado se subordina – a ordem que legitima esse poder constituinte –, deixando a ordem do Estado de ser originária.

²²Nas palavras de Böckenförde, o “conceito de poder constituinte” é um “conceito de legitimação que estabelece a validade normativa da Constituição”, mas que se formula “para além da explicação de como ele próprio surgiu”, cfr. “The Constituent Power of the People: A Liminal Concept of Constitutional Law”, trad., in *Constitutional and Political Theory: Selected Writings*, Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 169 segs., 171. Ora, o problema não se coloca nestes termos a Schmitt, e não por o resolver. Desde logo, a “decisão” de que fala não é mera vontade: tem critério próprio de legitimidade – o do “político” –, e é nele que se concebe como legítima. É por isso que a originariedade se desloca: originária é, para Schmitt, a “decisão” constituinte, aquilo a que chama “Constituição em sentido absoluto”. Quanto à Constituição de que temos vindo a falar – a “lei fundamental” para o constitucionalismo, que temos como originária e suprema –, essa é apenas “Constituição em sentido relativo”, e cede sempre que o critério da decisão o dite. Ou seja, Schmitt não pensa como originária a validade normativa da Constituição: relativiza-a. E não escapa à consequência – assume-a: a ordem do Estado deixa de ser originária, encontrando uma medida acima de si mesma – a do “político” –, tida como sendo seu “pressuposto”. É o próprio que o diz: “o conceito de Estado pressupõe o conceito do político”, cfr. *Constitutional Theory*, pp. 57 e 67 segs., e *O Conceito do Político*, trad. Alexandre Franco de Sá, Lisboa: Edições 70, 2015, pp. 41 segs.

²³Uma nação inconfundível com qualquer corporação ou indivíduo concretos não pode deixar de ser representada, num duplo sentido: num primeiro sentido, representacional, ela não existe senão ao nível da linguagem que a formula enquanto fonte de autoridade e princípio de limitação; num segundo sentido, de representação como mandato, sendo a nação incapaz de “vontade” por si só, tem de haver indivíduos ou colégios concretos mandatados para agir em nome dela – a título extraordinário, uma assembleia constituinte no momento da aprovação da Constituição; a título ordinário, os poderes constituídos.

separação de poderes e garantia dos direitos, cumpre ainda saber que concreto arranjo de poderes vai ser consagrado e em que concretos termos vão ser garantidos os direitos – há diferentes arranjos e diferentes termos possíveis.

Os arranjos e os termos são precisamente matérias para a assembleia constituinte. E as opções que ela fixe não se podem entender como perpétuas ou definitivas: novas gerações podem querer novos arranjos e novos termos. É por esta razão que a “vontade” da nação soberana persiste no tempo enquanto suscetível de ser representada. Os termos que Sieyes usou para dizer isto (“uma nação não pode nem alienar, nem vedar-se o direito de querer”²⁴) geraram muitas confusões, já que alguns leitores tenderam a confundir a “vontade” a que Sieyes se refere com uma vontade concreta suscetível de ser exercida seja em que sentido for. Ora nada poderia estar mais longe da intenção de Sieyes²⁵.

Damos tanto destaque aqui a Sieyes, não apenas para clarificar conceitos – que originalmente se encontram nele –, mas também porque quem define a Constituição como produto de uma mera vontade, arrogando-se um conceito neutro, sustenta muitas vezes que Sieyes disse o contrário do que efetivamente disse. É esta, de resto, uma outra ilustração da relevância do discurso: quem quer mudar o conceito de Constituição tem de mudar o discurso também.

Retomando o fio, tratámos assim de duas vias alternativas de definir neutralmente o conceito de Constituição, concluindo que nenhuma delas é convincente: a kelseniana por ser meramente parasitária do discurso constitucionalista, a voluntarista por o contrariar com custos proibitivos. Não queremos excluir em absoluto outras vias, embora nos conservemos céticos quanto à sua possibilidade de

²⁴O passo completo é “uma nação não pode nem alienar, nem vedar-se o direito de querer, e seja qual for a sua vontade, não pode perder o direito de a mudar sempre que o interesse geral assim o exigir”, cfr. Sieyes, *O que é o Terceiro Estado?*, trad. Teresa Meneses, Lisboa: Temas e Debates, 2008, cap. V, p. 141.

²⁵Uma interpretação voluntarista de Sieyes encontra-se, paradigmaticamente, em Schmitt, cfr. *Constitutional Theory*, pp. 126 segs. A interpretação de Schmitt revelou-se muito influente, sendo, por último, reiterada por Loughlin. É a sua leitura schmittiana que o leva a dizer que, para Sieyes, “não pode haver conceito da constituição de um estado” (isto é, ela pode ser qualquer uma desde que querida pela nação, aqui sem aspas), cfr. *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 225. Ora, em Sieyes, não apenas pode, como há um conceito de Constituição – aquele que exprima a “vontade” soberana da nação que não se confunde com qualquer vontade concreta. Mais: há um conceito de Constituição que clarifica o que ela deve ser enquanto expressão daquela vontade: a “constituição”, diz Sieyes, traduzir-se-á numa “organização, formas e leis” que estruturam o “corpo do governo”, já que este, criado “para um determinado fim”, tem de ser organizado. E note-se que a organização não pode ser feita à revelia do interesse da nação traduzido em o governo não ser exercido contra o seu fim, isto é, em termos prejudiciais “aos seus comitentes”. Pela “constituição” prossegue-se a “dupla necessidade” de organizar o governo segundo “formas certas, quer interiores, quer exteriores”, que garantam tanto a “aptidão para o seu fim” como a “impossibilidade de [ele] se afastar desse mesmo fim”, cfr. *O que é o Terceiro...*, cap. V, p. 138. Pode concluir-se, então, ser claro em Sieyes que nenhuma vontade que estruture o governo em dados termos é legítima por si mesma, antes é legítima porque estrutura o governo em dados termos, próprios da “constituição”. E importa acrescentar que Sieyes não foi alheio à redação da Declaração de 1789, que – como vimos (*supra*, 1) – define Constituição pela separação de poderes e garantia dos direitos. Essa definição antes converge com a posição que o autor desenvolve em *Préliminaire de la Constitution française: reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l’homme & du citoyen*, s/e, 1789, em especial, pp. 34 segs. (exemplar da Bibliothèque nationale de France, disponível em <https://gallica.bnf.fr>).

escaparem a um dos dois vícios: ou se repete o que já está na “boca do jurista” ou se contraria o que ele diz apesar das razões por que o diz (ou contra essas razões)²⁶.

Ora, se um conceito relevante para o jurista – que é o que nos importa quando estudamos direito constitucional – não pode ser apurado fora da linguagem que ele fala quando faz declarações ou decide casos, e se essa linguagem efetivamente corresponde ao discurso constitucionalista, podemos dar como definitiva a conclusão acima dada como provisória: um tal conceito não se deixa definir fora do discurso constitucionalista²⁷.

Note-se que fica assim em aberto a questão do uso da palavra “Constituição” naqueles contextos em que não se preencha o conceito próprio do constitucionalismo. Como se verá, esse uso nunca é, ele mesmo, neutro, antes releva de uma definição alternativa de Constituição. Ou seja, está então em causa um conceito de Constituição diferente do que é próprio do constitucionalismo, sustentado em razões que se lhe opõem – nomeadamente, razões que “favorecem fins autoritários”²⁸. Regressaremos a este ponto²⁹.

3. Fixar o conceito

Vimos que o conceito de Constituição não se deixa definir fora do constitucionalismo, mas falta ainda fixá-lo. Ora, aquilo que até agora temos são diferentes conceitos (“Rei no Parlamento” como núcleo da Constituição; “lei fundamental e primeira da nação”; ordem de “separação de poderes e

²⁶O primeiro caso (“apesar das razões”) será o de Blanco de Moraes, que, como vimos, apesar de reconduzir a Constituição a decisão, não desmente que a Constituição seja norma (lei), pelo que a decisão se esgotará na produção da norma (da lei constitucional), cfr. novamente *Curso...*, II-2, pp. 16 e 191. O segundo caso (“contra as razões”) será o de Schmitt, que, como também vimos, não admite que a decisão se possa esgotar numa lei constitucional ou confundir-se com esta. Recorde-se que, em Schmitt, a “lei constitucional”, a existir, terá uma importância meramente relativa, que cede às razões próprias da “decisão”. Ora, as razões da decisão são invariavelmente antitéticas às do constitucionalismo – ultimamente do Estado no sentido de ordem que permite a coexistência. Com efeito, a decisão implica uma distinção entre amigo e inimigo, opõe-se na sua própria essência a uma coexistência para além das diferenças no quadro de uma forma constitucional comum: a forma cede perante a substância da divisão, cfr. *Constitutional Theory*, pp. 57 segs. e 67 segs., e *O Conceito...*, pp. 41 segs.

²⁷Diga-se que não é neutro o conceito de Constituição como “estatuto jurídico do político”, que se generalizou entre nós na sequência da sua introdução por Castanheira Neves, cfr. “A revolução e o direito: A situação de crise e o sentido do direito no atual processo revolucionário”, in *Digesta: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, I, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp. 51 segs., em especial, pp. 233-234. Só numa leitura truncada se poderia confundir essa definição com um mero conceito voluntarista de Constituição. Do que se trata, pelo contrário, é de um conceito do jurista. É certo que Castanheira Neves diz que uma Constituição verte as opções do projeto próprio “da ideologia ou da transação ideológica que logrem impor-se (...) no momento constituinte” (“o político”). Mas o autor diz ao mesmo tempo que a Constituição importa a “assimilação jurídica” desse projeto. A chave é esta: ao assimilar o “político”, ao dar-lhe “estatuto jurídico”, a Constituição contrapõe-lhe o “jurídico”, isto é, o “sentido do direito” tal como o autor o entende. Quanto ao alcance último da fórmula, ele depende de uma discussão sobre o sentido do “político” e do “jurídico” em Castanheira Neves que não pode caber nestas páginas. Fique, em todo o caso, o aviso: quem hoje a repete raramente a toma nestes termos, usando-a como se nela se dissesse que a Constituição é o registo jurídico de uma decisão política – o que é precisamente o que ela não diz.

²⁸Cfr. novamente Vinx, “Common Good Constitutionalism...”, nota 9.

²⁹O ponto é tratado em capítulo posterior do manual em preparação. Entretanto, v. o nosso *O Constitucionalismo...*

garantia dos direitos”). Isto não nos deve surpreender: como vimos (*supra*, 1), ao constitucionalismo correspondem diferentes variantes (a britânica, a americana, a francesa) e cada uma delas deixou na “boca do jurista” o seu próprio conceito.

Significa isto que não podemos falar de um só conceito de Constituição? Não: significa apenas que para formularmos esse conceito temos de descobrir o que é comum ao constitucionalismo para além das variantes – o que lhe dá unidade nas suas diferenças. Essa unidade é de propósito – um propósito comum a três tradições que se desenvolveram sob influência recíproca. Falamos no *propósito de limitação do poder e de garantia dos direitos* (*supra*, 1). É este propósito que esteve presente nas três Revoluções Liberais (Gloriosa, Americana, Francesa). É este propósito que se revelou determinante na moldagem das instituições (britânicas, americanas, francesas), para além do preciso molde adotado e para além da questão de saber se a moldagem foi (é) feita por Constituição escrita ou não, formal ou não, etc.

É, pois, do propósito comum que decorre um conceito comum de Constituição. Fixado esse conceito, podemos então referir-nos à Constituição como *ordem estadual de limitação e garantia*.

O facto de este conceito persistir para além das especificidades de cada variante não significa que estas sejam irrelevantes. Temos de compreender o constitucionalismo, quer na sua unidade, quer na sua diversidade. E à diversidade regressaremos no capítulo seguinte, quando nos ocuparmos das características distintas das Constituições, tais como concebidas em quadrantes distintos (escrita ou não, formal ou não, histórica ou racional, rígida ou flexível). Importa frisar que as características não são indiferentes ao conceito: repercute-se em cada uma delas o modo como cada variante declina a limitação e a garantia.

Mas para já ocupemo-nos da unidade do constitucionalismo. A seu respeito, importa precisar que falamos aqui do constitucionalismo *moderno* como unidade e, do mesmo modo, de Constituição *em sentido moderno*. O que está em causa no constitucionalismo é, invariavelmente, uma ordem estadual, isto é, a Constituição concebe-se aqui como ordem do Estado. Com efeito, o constitucionalismo surge na sequência da afirmação do Estado, pressupõe essa afirmação. Ao mesmo tempo que importa limitação do Estado, o constitucionalismo preserva a sua lógica fundamental enquanto ordem absoluta – ordem com a sua medida em si mesma e não noutras ordens, como a divina ou a natural (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.3). Longe de a afastar, a identificação da ordem do Estado com a Constituição garante essa lógica: estruturando e limitando o Estado, a Constituição não deixa de ser direito do Estado. Não é algo que o transcenda.

A não transcendência da Constituição relativamente ao Estado traduz o propósito último que desde sempre presidiu ao Estado – a unidade da comunidade política, para além das diferenças morais ou religiosas que a atravessam. Essa unidade revela-se agora no facto de a comunidade se tornar visível para si mesma na sua Constituição, sendo representada nos seus termos. Estes termos, note-se, já não

são os mesmos de Hobbes. Em Hobbes, um povo representa-se como unidade quando um só poder soberano o representa (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.4). No constitucionalismo, quem representa o povo como unidade é a pessoa jurídica do Estado que se desdobra em diferentes poderes – a unidade não é comprometida, já que a todos os poderes corresponde uma só legitimidade constitucional³⁰.

Não é apenas por prever poderes que representam o povo na sua unidade que a Constituição garante essa unidade. Garante-a também ao definir direitos. Com efeito, dá-se assim aos cidadãos uma linguagem comum – mais ainda, uma linguagem que lhes permite formular pretensões discordantes, entre si ou contra o Estado, sem que isso comprometa a sua unidade, antes a confirme. Foi neste sentido que Madison, ainda que cético quanto à utilidade de uma declaração de direitos, lhe reconheceu ser “um bom fundamento” quando esteja em causa “um apelo ao sentido de comunidade”³¹.

É importante notar que esses direitos não se impõem como valores estranhos à ordem do Estado. De facto, eles correspondem aos interesses ou utilidades que Bodin e Hobbes já tinham em mente ao vincularem o Estado a uma racionalidade instrumental – a segurança, a prosperidade, uma liberdade inofensiva. Neste contexto, a novidade que o constitucionalismo importa ao conceber direitos não redefine a racionalidade do Estado, antes a precisa e amarra: a *salus publica* sempre se desdobrou em interesses dos cidadãos, que agora estes podem invocar dentro da própria ordem do Estado (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.4).

É porque falamos de interesses que são comuns, e não de outra coisa, que a linguagem dos direitos pode ser comum. Veja-se o caso mais impressionante: entre os direitos conta-se, nuclearmente, o de não ser obrigado a professar, ou a deixar de professar, uma religião. Evidencia-se aqui que a linguagem dos direitos não pede a partilha de convicções – pede, antes, que elas relevem de um foro privado garantido pela ordem comum. Esta é a “receita” do Estado desde a sua gestação, nela se encontrando a garantia da paz (v. a nossa *Introdução Sumária...*, 2.5).

³⁰Excluídos limites ao poder que lhe sejam externos ou transcendentais, e permanecendo a necessidade de limites, estes passaram a ser pensados no interior da própria ordem política, traduzindo-se no desdobramento do poder do Estado em diferentes poderes, todos eles previstos pela ordem do Estado em si mesma. Para mais desenvolvimentos, v. o nosso *Direito público moderno...*, 2.2.

³¹Cfr. Madison, “Letter to Thomas Jefferson, October 17, 1788”, in *Madison Writings*, Nova Iorque: The Library of America, 1999, pp. 418 segs., p. 422.