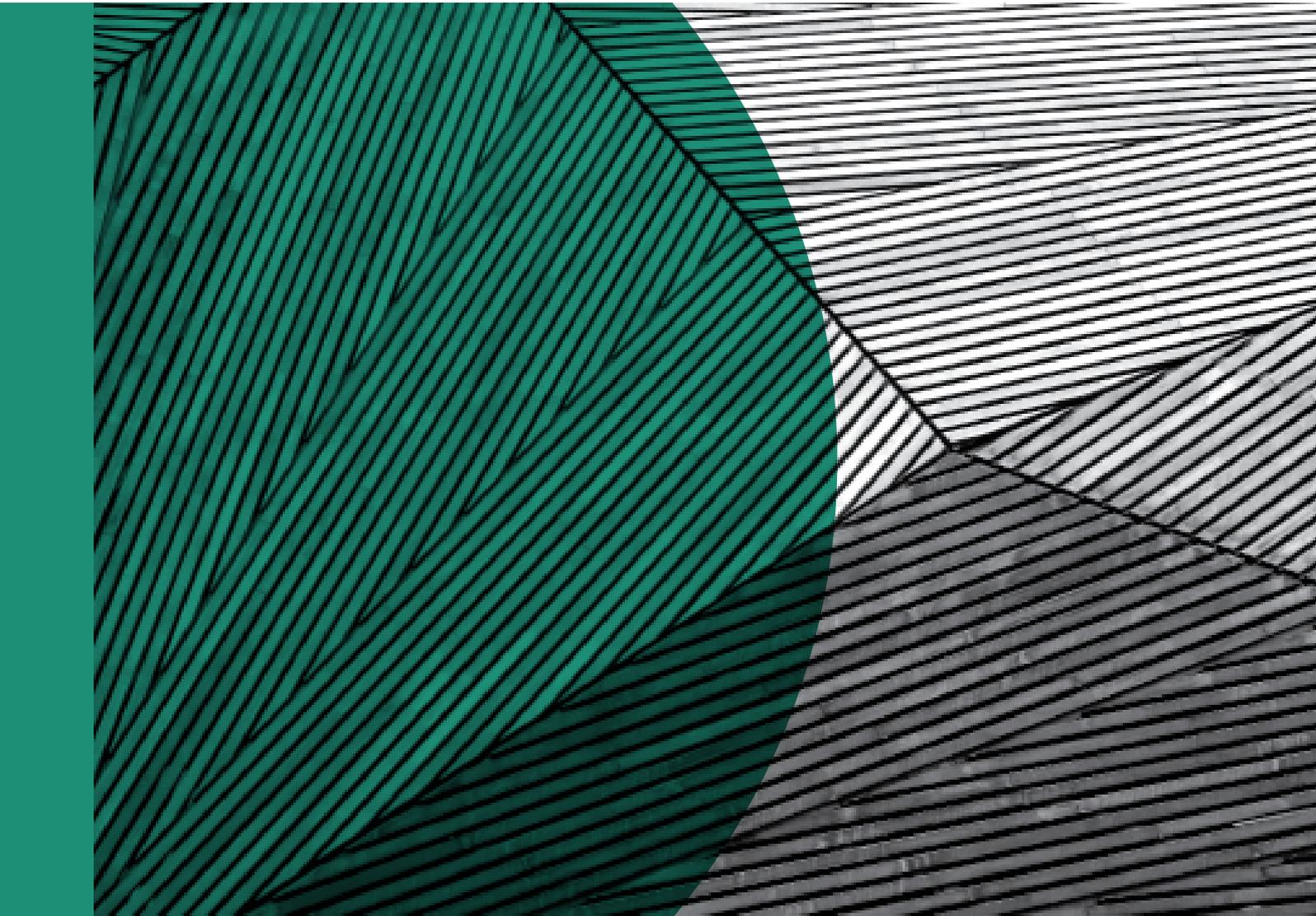


---

# DIREITO PÚBLICO MODERNO VS. CONSTITUCIONALISMO DA *COMMON LAW*

---

Luís Pereira Coutinho



# **Direito público moderno vs. constitucionalismo da *common law***

Estudo preparado para publicação nos *Estudos em Homenagem ao Professor Pedro Romano Martinez*.

Luís Pereira Coutinho – Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa / Investigador do CIDP-LPL

## **1. Introdução**

No presente estudo ocupamo-nos dos termos em que, no contexto britânico, um constitucionalismo da *common law* se afirmou em prejuízo do discurso do direito público moderno, tal como este vingou no continente europeu e aí presidiu à formação do Estado absoluto. Começaremos por nos debruçar sobre os termos essenciais do direito público moderno, ocupando-nos depois do proclamado triunfo da *common law* no quadrante britânico.

## **2. O direito público moderno**

**2.1.** O discurso do direito político moderno – também dito direito político (*droit politique*) na formulação caracteristicamente francesa ou direito do Estado (*Staatsrecht*) na formulação caracteristicamente germânica – tem por centro a doutrina da soberania. Com efeito, o mesmo discurso aponta para uma ordem política – o Estado – cujo eixo se encontra no poder soberano. Há Estado quando haja um “poder perpétuo e absoluto” exercido e obedecido enquanto tal<sup>1</sup>.

Importa dizer que, neste sentido, o Estado não é uma mera unidade em que nos seja dado observar o fenómeno político, a inerente distinção entre governantes e governados. Nesse sentido de “estado” – porventura relevante para as ciências sociais em geral – diremos que a república romana ou o reino medieval são “estados” independentemente das precisas concepções de ordem política (de inerente legitimidade)

---

<sup>1</sup> O poder é “absoluto” porque “não reconhece nada maior do que ele, depois de Deus” e é perpétuo porque imperecível, persistindo no tempo para além daquele ou daqueles que em cada momento o titulam e exercem, cfr. *Les Six Livres de la Republique*, reimpr. da edição de 1583, Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1977, I, 8.

que lhes correspondam<sup>2</sup>. Ora, no sentido que nos importa, o Estado – a que nos referimos com letra maiúscula, não em razão de uma sua qualquer essencialização, mas de mero uso disciplinar – é uma ordem caracteristicamente moderna, um constructo de direito político, com que unidades políticas historicamente formadas (ou entretanto criadas) se identificaram, organizando-se nos correspondentes termos<sup>3</sup>. Assim, no primeiro sentido, poderemos dizer que o “estado português”, o então reino de Portugal, foi fundado no século XII; no segundo sentido, diremos que, na Modernidade, Portugal se concebe como Estado<sup>4</sup>.

Ao direito público moderno – o discurso do Estado, da soberania que por definição lhe corresponde – inere uma determinada racionalidade. Essa traduz-se fundamentalmente em garantir a paz interna na unidade do poder soberano. A lógica é fundamentalmente a seguinte: se o Estado esgotar o político – não havendo considerações de legitimidade do comando ou de obediência devida que não aquelas que exclusivamente se prendam com estar em causa o poder soberano –, então o Estado demarcará uma zona de paz e não de potencial “guerra de todos contra todos”. Recorde-se que a circunstância enfrentada por aqueles que formularam a doutrina da soberania – e que nessa razão são os verdadeiros construtores do Estado – foi uma circunstância de cisão interna gerada por divisões religiosas, tornando-se inconcebível que a legitimidade política fosse referida a concepções de justiça ou de bem sem que daí resultasse a dissolução da paz<sup>5</sup>.

É neste contexto que se deixa compreender a caracterização da soberania como “una e indivisível”, denotando-se assim a não cindibilidade do poder soberano em diferentes poderes a que correspondam distintas lógicas de legitimidade (como era o caso nos “regimes mistos” da Antiguidade, nomeadamente na república romana, em que

---

<sup>2</sup> É neste sentido que comumente se referem, como “tipos históricos de estado”, o “estado oriental”, o “estado grego”, o “estado romano” ou o “estado medieval” – assim se recebendo a concepção formulada por Georg Jellinek no âmbito da sua “teoria social geral do Estado”, cfr. *Teoría General del Estado*, trad. da 2.<sup>a</sup> edição, Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 282 segs.

<sup>3</sup> Sublinhando a novidade do Estado (da soberania) no confronto com as ordens políticas que o antecedem como o império ou o reino medieval, mesmo daquelas em que ocorrera já “a atribuição aos monarcas de certas características – perenidade, ilimitação do poder, etc. – que vão depois entrar na compreensão da soberania”, já que nessas não se verifica o caráter autónomo do discurso que as formula, que faz referir a um poder em si mesmo um “sistema coerente” e inderivado de qualquer outra sede que não a “consciência reflexiva” daquele que o representa, cfr. Olivier Beaud, *La Puissance de l'État*, Paris: PUF, 1994, p. 47; Diogo Pires Aurélio, “A Soberania como Localização do Infinito na Existência Individual”, *Cultura*, 35, 2016, pp. 15 segs.

<sup>4</sup> Na formulação de Philippe Braud, dizer que uma unidade política “é” um estado” é diferente de dizer que nela “há um Estado”, cfr. *Science Politique – II – L'État*, Paris: Seuil, 1997, p. 7.

<sup>5</sup> A publicação por Jean Bodin de *Os Seis Livros da República* em 1576 ocorre apenas quatro anos depois da noite de São Bartolomeu. A publicação por Thomas Hobbes do *Leviatã* em 1651 tem lugar no rescaldo da guerra civil inglesa que dominara a década de 1640.

instituições de índole e legitimidade diversa conviviam numa mesma unidade política<sup>6</sup>). Com efeito, importa na lógica moderna que a legitimidade do comando seja uma só, sendo o poder político um só, não se encontrando o Estado à mercê de conflitos internos em torno de distintas concepções sobre o “bom governo” ou o “governo justo”.

A figuração do poder soberano como uno e indivisível permite a figuração de um povo como uno. Com efeito, o povo é um conjunto de cidadãos cuja unidade se encontra em serem “governados pelo poder soberano de um ou vários senhores, *ainda que se distingam nas leis, na língua, nos costumes, na religião e na raça*”<sup>7</sup>. O povo é, então, um outro elemento da ordem política do Estado, que se figura como tal enquanto projeção geométrica do poder soberano. Em Hobbes, tal formula-se como relevante de uma relação de representação entre o povo e a “pessoa do soberano”: um povo representa-se como unidade quando um soberano – seja um rei, seja uma assembleia – o representa<sup>8</sup>.

Essa relação de representação implica que os cidadãos que compõem o povo tomem como seus (como razões para agir, independentemente de quaisquer considerações de justiça ou de bem) os comandos emitidos pelo soberano (as leis), já que estes o são *em seu nome*. Nesta lógica, ao aceitarem uma subordinação integral da sua própria razão prática à razão soberana expressa na lei (ao representarem a sua própria razão como assim representada), os cidadãos garantem agir de acordo com uma razão *pública* e não de acordo com uma divisiva razão privada. Esta última, determinando-os de acordo com considerações religiosas ou morais sobre as quais não há acordo possível, voltá-los-ia inevitavelmente uns contra os outros, impedindo-os de formar uma unidade<sup>9</sup>.

Importa dizer que a relação de representação imanente à ordem política do Estado, e em que se traduzirá a racionalidade de exercício do poder soberano, é uma “relação entre proteção e obediência”, nela se encontrando implicado um “efeito de retorno”<sup>10</sup>. Antes de Hobbes a formular assim, Bodin já explicitara que a doutrina da soberania, não deixando de se referir a um poder cujos comandos são legítimos por definição, não deixa

---

<sup>6</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este aspeto, cfr. Luís Pereira Coutinho, *Teoria dos Regimes Políticos: Lições de Ciência Política*, Lisboa: AAFDL, 2013, pp. 29 segs.

<sup>7</sup> Cfr. *Les Six Livres...*, I, 6.

<sup>8</sup> Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *O Estado como Representação: Do Momento Hobbesiano aos Problemas Contemporâneos*, Lisboa: AAFDL, 2019, pp. 18 segs.

<sup>9</sup> Esta construção de Hobbes encontra-se ainda hoje subjacente à concepção, formulada em Joseph Raz, das normas jurídicas como “razões para ação”. Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *O Constitucionalismo como Discurso do Direito: Uma Abordagem de Direito do Estado*, Coimbra: Almedina, 2024, pp. 25-26.

<sup>10</sup> Assim na formulação de Lucien Jaume, cfr. *Hobbes et l'État Représentatif Moderne*, Paris: PUF, 1986, em especial, p. 181 segs.

também de trazer implicado um *quid pro quo* (obediência dos cidadãos em troca da proteção pelo soberano). Nos termos exatos de Bodin, dedicando “fidelidade, submissão, obediência, ajuda e socorro ao príncipe”, os “cidadãos”<sup>11</sup> conhecem “a mais forte proteção possível”, vendo garantidas, “por força das armas e das leis, as suas pessoas, bens e famílias”<sup>12</sup>.

Essa “mais forte proteção possível” corresponde à *salus publica* ou *salus populi*. Se a fórmula romana permanece (*salus populi suprema lex est*), essa é compreendida como relevando da satisfação das utilidades dos cidadãos, tidas como indissociáveis da permanência e ação do Estado, da sua “razão”. Paradigmaticamente, Hobbes define a *salus publica* na perspectiva dos cidadãos – dos “benefícios” ou “vantagens” que lhes correspondem –, traduzindo-se na sua defesa comum contra inimigos externos, na preservação da paz interna, no seu enriquecimento “tanto seja quanto compatível com a segurança pública” e na fruição de uma “liberdade inofensiva”<sup>13</sup>.

O que é certo, em qualquer caso, é que ao definir a racionalidade do Estado, aquela que deve presidir ao exercício do poder soberano, o direito público permite ao mesmo agir extraordinariamente ou “extravagantemente” – assim no confronto com o admissível à luz do direito comum ou ordinário – quando tal se revele necessário a garantir a *salus publica*<sup>14</sup>.

Note-se que, ao afirmar-se a ordenação do Estado à “mais forte proteção possível” das “pessoas, bens e famílias” dos cidadãos, não se está a defender uma qualquer invalidade dos atos do soberano que se afastem desse propósito. O que está em causa, antes, é a própria dinâmica da doutrina da soberania enquanto doutrina que pretende ser uma “doutrina em ação”. Um “poder perpétuo e absoluto” não subsistirá, não será perpetuamente obedecido enquanto tal, se a *salus publica* não for garantida. Pelo contrário, a obediência dos cidadãos durará – o Estado persistirá – “enquanto, e apenas

---

<sup>11</sup> O conceito de “cidadão” em Bodin já nada tem que ver com o “animal político” de Aristóteles. Se este último se referia à linguagem moral da *polis* – sendo o homem “animal político” porque se move nessa linguagem –, a qualidade de cidadão em Bodin releva exclusivamente da relação de sujeição estabelecida com o poder soberano. Note-se que esta não é uma relação de sentido único – o seu sentido não se esgota na obediência devida pelo súbdito àquele poder. Está em causa, antes, uma “obrigação mútua entre o soberano e súbdito”, o qual “pelo reconhecimento e obediência que recebe daquele”, lhe deve “ajuda e proteção”, cfr. *Les Six Livres...*, I, 6.

<sup>12</sup> Cfr. *Les Six Livres...*, I, 7.

<sup>13</sup> Cfr. *On the Citizen* [De Cive], trad. Richard Tuck / Michael Silverthorne, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, XIII, 6.

<sup>14</sup> Veja-se a antologia de textos que consta de Jean-Marie Carbasse / Guillaume Leyte, *L'État Royal Xlle – XVIIIe Siècles: Une Anthologie*, Paris: PUF, 2004, em especial, pp. 96 segs.

enquanto, dura também o poder mediante o qual ele [o soberano] é capaz de os proteger”<sup>15</sup>.

Para além de *um* poder e de *um* povo relacionalmente concebidos em termos de representação (de “proteção e obediência”), a ordem política do Estado tem como elemento um *território*. Este é o espaço a que se circunscreve o poder soberano, cuja paz interna e defesa externa lhe cumpre garantir. Encontra-se proibido o exercício de qualquer outro poder no território do Estado, salvo autorização expressa do poder soberano. Outrossim, quaisquer pessoas, cidadãos ou não, que se encontrem dentro do território do Estado encontram-se subordinadas ao poder soberano<sup>16</sup>.

A circunscrição do poder soberano ao território do Estado não prejudica que lhe caibam poderes ou “direitos” específicos na ordem externa. Com efeito, o direito público moderno desdobrou-se em direito público *interno* e em direito público *externo*. Este último figura a ordem externa como relevante das relações entre Estados, independentes e iguais entre si, que enquanto tais têm direitos como sejam o *ius tractum*, o *ius representationis* e o *ius ad bellum*<sup>17</sup>.

**2.2.** A afirmação da doutrina da soberania equivaleu historicamente à afirmação do Estado absoluto. Ao reagir contra o absolutismo, o constitucionalismo não nega a soberania, isto é, não desmente a ideia nuclear de que o Estado esgota o político. Do que se trata, antes, é *fazer corresponder a um Estado que esgota o político uma constituição que esgota o Estado*. À constituição enquanto tal inere uma *racionalidade de limitação* fundamentalmente plasmada na separação de poderes (o poder limita o poder) e na garantia dos direitos dos cidadãos (o poder ordena-se a essa garantia).

---

<sup>15</sup> Cfr. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Lisboa: INCM, 1994, p. 182. Trata-se aqui de atestar um inevitável estado de coisas (relevante de a relação de representação em causa ser concomitantemente uma relação de proteção e obediência) e não de reconhecer um qualquer “direito de resistência”, o qual, como bem assinala Schmitt, seria “absurdo e destituído de qualquer sentido” no sistema hobbesiano, cfr. *The Leviathan...*, p. 46-47.

<sup>16</sup> Cfr. Georg Jellinek, *Teoria...*, pp. 368 segs.

<sup>17</sup> Sobre “direito público externo, v. António Pedro Barbas Homem, *História das Relações Internacionais – O Direito e as Concepções Políticas na Idade Moderna*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 44 e “A Organização Institucional das Relações Internacionais, dos Descobrimentos ao Liberalismo”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, n.º 1, 2000, pp. 35 segs., em especial p. 46.

Se atendermos ao acima exposto, torna-se possível compreender que o corte entre o absolutismo (o discurso do direito público moderno) e o constitucionalismo não é tão radical como se poderia pensar: o Estado de Jean Bodin e dos seus sucessores é já uma ordem política cuja formulação de nenhum modo se desinteressou da dinâmica de exercício do poder soberano e da satisfação dos interesses dos cidadãos, por muito que não admitisse o desdobramento do primeiro em diferentes poderes, nem formulasse os segundos como direitos. A identificação do Estado com a constituição implicada no constitucionalismo, sendo certo que implica tais transformações – isto é, a separação de poderes e a garantia dos direitos –, não surge, ainda assim, em total descontinuidade com o direito público moderno.

Note-se que quanto à face externa do direito público nem mesmo há qualquer corte. Com efeito, ao mesmo tempo que os Estados britânico ou francês (depois, espanhol, português, italiano, etc.), se concebem (ou reconcebem) como Estados que se identificam com uma constituição à luz do discurso constitucionalista, os mesmos continuam a conceber-se nas suas relações com os outros Estados como soberanos à luz do “direito público externo”. Dito de outro modo, a identificação do Estado com a constituição que caracteriza o constitucionalismo reconfigurou o direito público interno sem que tal tivesse reflexo no direito público externo, isto é, na disciplina das relações entre os Estados (salvo quanto a estas serem conduzidas em cada Estado por um poder constitucionalmente definido, caracteristicamente o poder executivo)<sup>18</sup>.

Mas debruçando-nos sobre a face interna do direito público, importa frisar que persiste no constitucionalismo a herança doutrinária de uma soberania que não reconhece nada acima de si mesma e que é una e indivisível. A compatibilização entre tal herança e a formulação de um Estado que agora se identifica com a constituição não deixou de se revelar um desafio de monta. Com efeito, como articular *aquela* soberania – que persiste, insista-se – com a separação de poderes e a sua concomitante ordenação aos direitos e liberdades dos cidadãos?

---

<sup>18</sup> E se estas relações já não se concebem hoje como disciplinadas por um direito público externo nos termos modernamente definidos, tal prender-se-á com a sua substituição por um direito internacional já não configurado em lógica estadualista mas internacionalista. Não é, no entanto, nada certo que esta última substituição se tenha consumado, isto é, que as doutrinas internacionalistas que questionaram o direito público externo se tenham convertido em “doutrinas em ação” que assim efetivamente presidem à ordem internacional como existe hoje. Atestam-no os debates infundáveis ocorridos na disciplina de Relações Internacionais. Para mais desenvolvimentos, cfr. Luís Pereira Coutinho, *A Realidade Internacional – Introdução à Teoria das Relações Internacionais*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa: AAFDL, 2017.

Diferentes soluções teóricas foram engendradas em resposta a esse desafio, marcando diferentes variantes do constitucionalismo: a doutrina da soberania parlamentar na variante britânica, a conversão da doutrina da soberania em doutrina fundadora na variante americana<sup>19</sup>, as doutrinas da soberania nacional e da personalidade jurídica do Estado na variante continental<sup>20</sup>. Em todas essas soluções, passou a considerar-se existir uma conexão necessária entre soberania e constituição, quer porque se considere que a soberania não pode ter outra expressão que não a constituição (é o que sucede nos casos americano e francês), quer porque se considere ser a soberania uma doutrina constitucional de “direito comum” e não de direito político (é o que sucede no caso britânico). O resultado constante, que assim caracteriza o constitucionalismo sem prejuízo das suas distintas declinações, traduziu-se em todos os poderes em que o Estado agora se desdobra (legislativo, executivo e judicial) se conceberem como poderes legítimos à luz de *uma só constituição com que o Estado no seu todo se identifica*.

De seguida, ocupar-nos-emos da declinação britânica do constitucionalismo, aquela que se afasta mais marcadamente do direito público moderno. Veremos que o afastamento não é tão radical quanto se poderia pensar, mas não deixaremos de começar por dar voz àqueles que pretenderam existir uma total cisão entre o constitucionalismo britânico – enquanto constitucionalismo da *common law* – e o direito público continental.

### **3. O constitucionalismo britânico: a soberania do Parlamento e a *common law*.**

**3.1.** Se o discurso do direito público moderno vingou no contexto continental – aí presidindo à formação do Estado absoluto –, o mesmo não terá sucedido no contexto britânico. De acordo com a visão dominante, a tradição britânica ter-se-á afastado da “fraseologia política de países estrangeiros” (o *droit politique*, *Staatsrecht* ou direito público), rejeitando assim a afirmação do poder soberano como um poder extraordinário (ou “extravagante”) que, enquanto tal, se determina de acordo com critérios próprios como a *salus publica* ou a “razão de Estado”. Em lugar do direito público, um direito “incomum” ou extraordinário, terá perseverado a *common law* – o direito comum ou

---

<sup>19</sup> Cfr. Luís Pereira Coutinho, *A Autoridade Moral da Constituição: Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 282 segs.

<sup>20</sup> Cfr. Luís Pereira Coutinho, *O Estado como Representação...*, pp. 81 segs. e *O Constitucionalismo como Discurso do Direito: Uma Abordagem do Direito do Estado*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 82 segs.

ordinário, à margem do qual nenhum poder e nenhuma lei se deixam conceber enquanto tais<sup>21</sup>.

Na Revolução Gloriosa de 1688 encontra-se o momento simbólico de afirmação da insularidade britânica contra a tendência que então dominava o continente, recusando os ingleses a vergar-se à doutrina “francesa” do absolutismo (ao direito público) de que a dinastia Stuart se havia perigosamente aproximado. Nesse momento, confirmando liberdades imemorialmente estabelecidas pela *common law*, certificadas em 1215 na Magna Carta – e então novamente no *Bill of Rights*<sup>22</sup> –, os ingleses teriam garantido o *rule of law* em prejuízo do direito público. O *rule of law* não é senão a autoridade da *common law* – sendo nessa razão que se mantém a idiossincrática expressão no original. Quanto à *common law*, essa é – na formulação apta de Gonçalves Moniz – um sistema jurídico “formado pela sedimentação da experiência (mesmo da experimentação jurisdicional) ao longo dos séculos e cinzelado pela atividade de gerações de juristas e, sobretudo, de juízes, o qual, por conseguinte, se autonomiza da vontade do soberano (o príncipe ou qualquer outra entidade)”<sup>23</sup>.

A soberania – sob a forma de soberania parlamentar ou do “Rei no Parlamento” – não desmente esse sistema. Pelo contrário, ela é compreendida como sua parte integrante e, desse modo, como doutrina cuja afirmação confirma o triunfo histórico da *common law*. Com efeito, a soberania parlamentar é tida no contexto britânico, não como doutrina de direito público, mas como doutrina constitucional própria da *common law*, assim sedimentada ao longo dos séculos e confirmada pelos juízes, que reconhecem como leis apenas e só as provindas do “Rei no Parlamento”, ao mesmo tempo que as interpretam à luz do *rule of law*.

---

<sup>21</sup> Cfr. Albert V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2013. Socorremos aqui da *Oxford Edition of Dicey*, cujo primeiro volume reproduz o texto da primeira edição da principal obra de Dicey (datada de 1885 e então intitulada *Lectures Introductory to the Study of the Law of the Constitution*) complementando-o com as alterações trazidas por edições posteriores. Na falta de outra indicação, quando nos referimos a *The Law of the Constitution*, referimo-nos ao texto da primeira edição na paginação da edição citada.

<sup>22</sup> Na perspectiva de Dicey, ainda que a documentos como o *Bill of Rights* de 1688 (ou a *Petition of Right* de 1628, ou ainda a Lei de *Habeas Corpus* de 1679) correspondam leis, os mesmos confirmam a *common law*, sendo “o direito da Constituição inglesa, na sua fonte, direito dos juízes (*judge-made law*)”, cfr. *The Law of the Constitution*, p. 129.

<sup>23</sup> Cfr. Ana Raquel Gonçalves Moniz, *O Estado Constitucional Monárquico de Governo Moderado: Contributo para a Compreensão do Constitucionalismo Oitocentista*, I, Coimbra: Imprensa da Universidade, 2024, p. 283.

O entendimento dominante no contexto britânico é, em suma, o de que aí não vingou “um *Staatsrecht* separado, um direito do Estado do tipo continental”<sup>24</sup>. O que se terá afirmado, antes, é um direito constitucional que é parte integrante da *common law* e que tem como doutrina central a soberania parlamentar. Conceber-se a soberania parlamentar como “constructo da *common law*” – assim nos termos recentemente usados por um juiz britânico<sup>25</sup> – implica que a sua compreensão não possa ser feita à revelia do *rule of law*.

Deste modo, nestas duas doutrinas – da soberania parlamentar e do *rule of law* –, simbioticamente entendidas, encontram-se os eixos do constitucionalismo britânico, isto é, do discurso dominante da “Constituição britânica” como “Constituição não escrita” estruturada pelos correspondentes princípios. Do mesmo modo, clarifica-se que a soberania parlamentar não desmente – antes tem por corolários – a separação de poderes e a garantia dos direitos dos cidadãos. É o que se desenvolverá de seguida, tendo-se sobretudo em conta a cristalização do constitucionalismo britânico em Albert Venn Dicey.

**3.2.** O discurso dominante da Constituição britânica – aquele que se impôs na contemporaneidade como “ortodoxia” – encontrou a sua mais perfeita formulação em Dicey<sup>26</sup>. Tal deve-se certamente à transformação aí feita de um conjunto díspar de “leis constitucionais, costumes, hábitos e mitos” (outrora tidos como correspondentes a uma “Constituição histórica-social-moral-política”) num todo coerente<sup>27</sup>. Assim, evidencia-se em Dicey uma Constituição britânica coerente, justamente porque formulada por um discurso coerente que a tem como objeto (o constitucionalismo britânico). E se a Constituição do Reino Unido, tal como vigente hoje, já não coincidirá de pleno com a “codificação” de Dicey<sup>28</sup>, os seus tratadistas atuais não deixam de se relacionar com o

---

<sup>24</sup> Cfr. Ernest Baker *apud* Mark D. Walters, *A. V. Dicey and the Common Law Constitutional Tradition: A Legal Turn of Mind*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020, p. 187.

<sup>25</sup> A formulação “constructo da *common law*” é de Lord Steyn e foi utilizada no caso *R (Jackson) v Attorney General*, decidido em 2005 e citado em Barber, *The United Kingdom Constitution*, Oxford: Clarendon Press, 2021, p. 80.

<sup>26</sup> Sobre a obra de Dicey como “ortodoxia”, cfr. J.W.F. Allison, Prefácio a *The Oxford Edition of Dicey*, cit., p. v. Registando também a influência de Dicey, afirma Walters (*idem*, p. 5) ser difícil separar “a *law of the constitution*” de “*The Law of the Constitution*”, cfr. *A. V. Dicey*, p. 5.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 2 e 137.

<sup>28</sup> Afirma Allison (*ult. loc. cit.*) que a obra de Dicey “se converteu numa espécie de código constitucional na falta de uma Constituição escrita”, cfr. Prefácio, p. v.

mesmo autor, ocupando-se sobretudo dos termos em que a Constituição atual se afastará da “Constituição de Dicey”<sup>29</sup>.

Mantendo-se Dicey aqui fiel aos tratadistas que o antecederam – nomeadamente, Blackstone<sup>30</sup> – o seu tratamento identifica a soberania parlamentar como a “característica dominante” da Constituição britânica<sup>31</sup>. Mas importa sublinhar que essa característica apenas se deixa apreender “de uma perspetiva jurídica” (de uma perspetiva de *common law*, na qual se considera estar a raiz da soberania) o que equivale a dizer que a soberania do Parlamento não se traduz num facto traduzido num poder ilimitado habitualmente obedecido, mas numa “conceção jurídica”<sup>32</sup>. A esta luz, o Parlamento “nada tem de um corpo onnipotente, antes sendo os seus poderes praticamente limitados de vários modos”<sup>33</sup>.

Sublinhe-se que, enquanto doutrina constitucional, a soberania parlamentar não corresponde à soberania incindível de um só (como nos doutrinários de direito político que se referiam a monarcas absolutos, assim *legibus solutus*). Do que se trata, pelo contrário, é da soberania de um corpo artificial e compósito (o “Parlamento” ou “Rei no Parlamento”) desdobrado “em três corpos que atuam em conjunto” (o Rei, a Câmara dos Comuns e a Câmara dos Lordes)<sup>34</sup>. Esse corpo, que representa a nação na sua unidade, existe enquanto tal na linguagem jurídica (“na boca do jurista”, diz Dicey<sup>35</sup>), isto é, na *common law* tal como vocalizada pelos tribunais. É, pois, em “Nossa Senhora, a *Common Law*” – assim no dizer de Frederick Pollock<sup>36</sup> – que se encontra a génese da soberania parlamentar. As provas da “imaculada conceição” encontram-se em decisões judiciais (precedentes) que se recusaram a reconhecer como “leis” outras que não as correspondentes a “atos do Parlamento” (do “Rei no Parlamento” enquanto “conceito jurídico”<sup>37</sup>).

---

<sup>29</sup> É paradigmaticamente esse o caso de N. W. Barber, cuja obra sobre a Constituição vigente no Reino Unido se constrói em diálogo com a “Constituição de Dicey”, cfr. *The United Kingdom...*, pp. 1 e 56.

<sup>30</sup> Cfr. *Commentaries on the Laws of England*, I, facsimile da 1.ª ed. de 1765-1769, Chicago: University of Chicago Press, 1979, pp. 156 segs.

<sup>31</sup> Cfr. *The Law of the Constitution*, p. 27.

<sup>32</sup> A este nível, Dicey reage explicitamente a John Austin, *idem*, p. 41. Em geral, sobre a rejeição da teoria de Austin no contexto britânico, v. o nosso *O Constitucionalismo...*, pp. 48 segs.

<sup>33</sup> Cfr. *The Law of the Constitution*, p. 43.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 27.

<sup>35</sup> *Idem*.

<sup>36</sup> *Apud* Giovanni Criscuoli, “Is the Common Law Feminine or Masculine?”, *Oxford Journal of Legal Studies*, I/2, 1981, pp. 305-306.

<sup>37</sup> Referindo-se a diferentes casos decididos nos séculos XVI e XVII em que “a constituição do Parlamento foi reconhecida e imposta pelos tribunais”, que assim consideraram que “um encontro do Rei, Lordes e

Assim, neste discurso, a soberania parlamentar não importa a infirmação do direito comum, mas “o triunfo do direito”. Nos exatos termos de Dicey, “a soberania do Parlamento (em contraste com outras formas de poder soberano) favorece o *rule of law*”<sup>38</sup>. Tal não se deve apenas a o Parlamento ser, em si mesmo, direito. Deve-se também ao facto de a soberania parlamentar ser, à luz da *common law*, tão-só uma “soberania legislativa”<sup>39</sup>. Com efeito, um comando do Parlamento “tem sempre de revestir a forma de legislação formal e deliberada. A vontade do Parlamento só se pode exprimir através de um ato do Parlamento” – isto é, de uma lei –, equivalendo assim a soberania parlamentar à “supremacia da lei”<sup>40</sup>.

Diz Dicey que “tal não é apenas uma questão de forma; tem os efeitos práticos mais significativos”<sup>41</sup>. Esses efeitos traduzem-se na separação de poderes, verdadeiro corolário da soberania parlamentar. Com efeito, o poder dos juizes – enquanto poder subordinado à lei – tem de ser independente, determinando-se exclusivamente em razão da interpretação da lei, assim sob pena de não se poder ter a lei *em si mesma* como suprema (isto é, o Parlamento, cuja vontade não é juridicamente outra que não a expressa na lei, como soberano). Outrossim, torna-se inconcebível – como de facto se tornou na prática britânica “exceto em períodos de revolução” – que “o Parlamento exerça poder executivo direto”<sup>42</sup>.

Considerando o desenho jurídico do “Rei no Parlamento” enquanto autoridade compósita que representa a unidade da nação, bem como o facto de a sua soberania se traduzir na “supremacia da lei” com os efeitos referidos, compreende-se que Dicey encontre na soberania parlamentar a “base moral da Constituição”. Ela implica “a manutenção da supremacia de todo o Estado e o uso dessa supremacia com o propósito de assegurar a cada cidadão os direitos de liberdade e propriedade”<sup>43</sup>.

---

Comuns” sem registo oficial “não é um Parlamento” ou que “um ato do Parlamento feito pelo Rei e Lordes sem os Comuns” não é um ato *do Parlamento*, sendo consequentemente “nulo”, cfr. Walters, *A. V. Dicey...*, p. 168-169.

<sup>38</sup> Cfr. Dicey, *The Law of the Constitution*, p. 180-181.

<sup>39</sup> Cfr. Walters, *A. V. Dicey...*, p. 165 e 212 segs.

<sup>40</sup> Cfr. Dicey, *The Law of the Constitution*, p. 181.

<sup>41</sup> *Idem.*

<sup>42</sup> *Idem.*

<sup>43</sup> Palavras de Albert Venn Dicey proferidas em 1886 no âmbito da polémica sobre o *Home Rule*, citadas em Walters, cfr. *A. V. Dicey...*, pp. 174.

O *rule of law* importa nuclearmente o respeito e garantia desses direitos<sup>44</sup>. Para Dicey, é inconcebível que a soberania parlamentar seja exercida noutra forma, já que é parte integrante da “tradição constitucional da *common law*” (ou “constitucionalismo da *common law*”) e, portanto, não pode ser entendida em termos alheios do *rule of law*<sup>45</sup>. Sendo certo que “formalmente” nada impede uma lei parlamentar de contrariar as liberdades dos cidadãos, mesmo que “confirmadas” na *Magna Charta* e noutros documentos históricos de significado transcendente, “materialmente” isso não sucederá. Como se verá, gera-se aqui uma dificuldade que Dicey não enfrenta cabalmente: como conceber um poder que pode “formalmente” escapar ao *rule of law* – à autoridade da *common law* – à estrita luz da mesma *common law*?

Voltaremos a esta questão. Para já, registre-se que Dicey se esforça por demonstrar que, na prática – “materialmente” –, a soberania parlamentar não colocará em causa o *rule of law*. O autor releva aqui, decisivamente, a internalização da sua tradição constitucional pelos ingleses – a verdadeira garantia da Constituição britânica. Nas suas palavras, “mesmo um déspota exercerá os seus poderes de acordo com o seu caráter, que é em si mesmo moldado pelas circunstâncias em que vive, incluídos aqui os sentimentos morais do tempo e da sociedade a que pertence”<sup>46</sup>. E se o “limite interno” não se impusesse, um “limite externo” – traduzido na desobediência dos cidadãos – sempre se imporá, vingando a “natureza do poder soberano em si mesmo” contra o próprio soberano<sup>47</sup>. Não pode passar despercebida a equivalência deste último entendimento com a doutrina moderna da soberania enquanto doutrina em ação.

Acresce ainda o papel reservado aos juizes na interpretação das leis, que se encontra assumido na tradição da *common law*. De acordo com as correspondentes regras

---

<sup>44</sup> Dicey faz corresponder ao *rule of law* três imperativos fundamentais: 1. Ninguém pode ser punido ou privado de liberdade sem culpa formada perante um tribunal comum, o que tem por corolário a exclusão de quaisquer poderes de coerção “inespecíficos, arbitrários ou discricionários”; 2. Igualdade perante a lei, todos se encontrando submetidos ao mesmo direito e à mesma jurisdição; 3. Os direitos não dependem da sua formalização em leis, nem são destas deduzidos, antes sendo induzidos da jurisprudência dos tribunais comuns e assim do direito comum, cfr. *The Law of the Constitution*, pp. 223 segs. (texto da 3.ª edição)

<sup>45</sup> A expressão “constitucionalismo da *common law*” ou “tradição constitucional da *common law*” não é usada por Dicey – que se refere ao “constitucionalismo inglês” – mas impôs-se como fórmula que descreve a abordagem típica de Dicey, cfr. Walters, *A. V. Dicey...*, pp. 1 segs.

<sup>46</sup> Cfr. *The Law of the Constitution*, p. 46. É notória aqui a influência da teoria dos regimes políticos, nomeadamente na sua declinação em Montesquieu, autor com o qual Dicey dialoga explicitamente, apenas se afastando do mesmo na medida em que considere que o “espírito constitucional” não é a “causa final em razão da qual as leis e as instituições existem”, antes correspondendo ao modo como as pessoas “esperam” ou “assumem” que as suas instituições “funcionam”. Neste contexto “os ingleses encaram as suas instituições de um ponto de vista jurídico e esperam que o direito seja rigidamente respeitado e que aquilo que se denominou *rule of law* seja mantido” (*apud* Walters, *A. V. Dicey...*, p. 344).

<sup>47</sup> *Idem*, p. 45.

de interpretação, o juiz partirá sempre da “presunção de que a legislatura age razoavelmente, tendo em atenção o seu propósito na feitura de uma lei, o seu papel constitucional e aquele que cabe aos outros poderes, bem como os direitos, liberdades e garantias que a *common law* protege”<sup>48</sup>. Deste modo, cada juiz subordina-se igualmente à soberania parlamentar e ao *rule of law* quando interpreta uma lei parlamentar e assim lhe confere um sentido *juridicamente* relevante.

**3.3.** O constitucionalismo britânico terá resistido historicamente a conceber o *rule of law* em termos que se referissem a qualquer outro “direito” que não o direito comum, ordinário – correspondente à *common law* e aos atos do Parlamento, que só são “leis” à luz da *common law* como vimos acima. É neste contexto que se compreende não ser o direito constitucional outra coisa que não direito ordinário. De facto, são de direito ordinário e não de direito “superior” (de algum modo, extraordinário) os princípios constitucionais da soberania parlamentar e do *rule of law*. São-no também aqueles princípios cujo respeito é exigido pelo *rule of law* (ou em que este se desdobra), incluindo-se primordialmente aqui os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (que, como é característico na *common law*, são induzidos de “decisões judiciais que determinam os direitos de pessoas privadas em casos particulares”<sup>49</sup>).

Sendo o direito constitucional direito ordinário, apenas se poderá distinguir de outros ramos do direito por um critério material e não formal. Ou seja, o direito constitucional define-se por respeitar à “estrutura e poderes do governo” e à “proteção de direitos e liberdades individuais”<sup>50</sup>, não por qualquer forma e força jurídicas extraordinárias no confronto com o direito ordinário (sendo a Constituição uma “Constituição material” e não “formal”). Outrossim, sendo o direito constitucional direito ordinário, o mesmo pode ser alterado por qualquer lei do Parlamento, isto é, por qualquer direito ordinário que o seja à luz do direito constitucional (sendo a Constituição “flexível” e não “rígida”<sup>51</sup>).

---

<sup>48</sup> Recorre-se aqui à formulação da juíza Susan Kenny “Constitutional Role of the Judge: Statutory Interpretation”, comunicação feita na Universidade de Melbourne, 2013 (disponível aqui: <https://www.fedcourt.gov.au>).

<sup>49</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>50</sup> Cfr. Eric Barendt, *An Introduction to Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 28-29.

<sup>51</sup> *Idem*, p. 68.

Um aspeto muito relevante da Constituição britânica, tal como cristalizada em Dicey<sup>52</sup>, prende-se com o facto de a mesma não ser apenas formada por direito constitucional (normas jurídicas longamente estabelecidas pela *common law*, acrescidas de outras resultantes de leis parlamentares), mas por práticas persistentemente seguidas, que se dizem “convenções da Constituição” (“normas não jurídicas que moldam e dirigem os termos em que o poder constitucional é exercido no Estado”<sup>53</sup>). Normas desta última natureza “limitam o poder do monarca, definem o ofício do primeiro-ministro, determinam a relação do executivo e do Parlamento”<sup>54</sup>. A respetiva definição revelou-se decisiva para a afirmação da Constituição britânica como estabelecendo uma democracia representativa em que a vontade da Câmara dos Comuns prevalece na feitura das leis<sup>55</sup>, bem como para o desenho de um sistema parlamentar de gabinete<sup>56</sup>.

**3.4.** Vimos acima que a resistência histórica do constitucionalismo britânico a conceber o direito constitucional como “direito extraordinário” tende a ser entendida – foi-o assim sobretudo por Dicey – como uma rejeição entranhada do direito público moderno tal como este se afirmou no continente europeu. Em correspondência, o direito constitucional britânico terá sido sempre visto como “direito comum” que, enquanto tal, não admite qualquer extravagância, nem mesmo ao “Rei no Parlamento” – cuja soberania não é mais do que um princípio de “direito comum” a compreender em estreita articulação com o *rule of law*.

Importa, no entanto, chamar a atenção para o facto de a “ortodoxia de Dicey” ter sido desafiada, mesmo por aqueles autores que se reveem na “tradição constitucional da

---

<sup>52</sup> Cfr. *The Law of the Constitution*, pp.185 segs.

<sup>53</sup> Cfr. Barber, *The United Kingdom...*, p. 93. As normas em causa entendem-se como “não jurídicas”, na medida em que “não podendo ser impostas por qualquer tribunal, não se podem apresentar como sendo direito”, cfr. Dicey, *The Law of the Constitution*, p. 187. Implicado aqui, pois, está um conceito de “direito” que o identifica tão-somente com as normas aplicadas pelos tribunais, que sejam assim suscetíveis de ser opostas através dos mesmos em caso de incumprimento atual ou potencial.

<sup>54</sup> *Idem*.

<sup>55</sup> É uma convenção constitucional a traduzida em o Rei nunca negar a sanção das leis apesar de formalmente o poder fazer. No início do século XX, vigorava um conjunto de convenções que determinavam a precedência da Câmara dos Comuns sobre a Câmara dos Lordes na feitura das leis, a segunda não obstando em definitivo às leis aprovadas pela primeira. A violação destas convenções – com a Câmara dos Lordes a rejeitar a lei do orçamento de 1909 – conduziu a que as mesmas fossem vertidas em lei, o *Parliament Act* de 1911, a que se sucedeu o *Parliament Act* de 1949.

<sup>56</sup> São convenções constitucionais as traduzidas na definição do ofício do primeiro-ministro enquanto chefe de um governo autónomo face ao Rei, em o Rei nomear primeiro-ministro o líder do partido político com maioria na Câmara dos Comuns, em o gabinete responder colegialmente perante o Parlamento, em o primeiro-ministro apresentar a sua demissão ao Rei (que a aceita) no caso de a responsabilidade política do gabinete ter sido efetivada através de uma moção parlamentar.

*common law*”, como seja por último Mark Walters. Na perspetiva deste autor, não se pode verdadeiramente entender corresponder ao “constitucionalismo da *common law*” uma negação pura e simples do direito público moderno. Com efeito, para além da retórica de negação de “línguas estrangeiras”, o que terá estado verdadeiramente em causa terá sido o direito público ser “domado e subsumido no âmbito do direito comum ou ordinário”<sup>57</sup>.

Cumprirá de facto reconhecer – usando uma metáfora ajustada ao contexto – que a soberania parlamentar não é “órfã de pai”, isto é, não se poderá desmentir o papel desempenhado pela doutrina jurídico-política da soberania (e depois pela afirmação da democracia representativa) na inseminação de “Nossa Senhora, a *Common Law*”. Sem se considerar tal genealogia, não é possível apreender a soberania parlamentar naquilo que *extraordinariamente* é antes dos seus “limites práticos”. Ou seja, não se poderá compreender que se diga ao mesmo tempo – como Dicey efetivamente diz – que “o Rei no Parlamento pode fazer tudo” e que “a soberania parlamentar favorece o *rule of law*”<sup>58</sup>.

O papel indesmentível que a doutrina jurídico-política da soberania desempenhou no quadrante britânico evidencia-se de um modo ainda mais impressionante se considerarmos a “prerrogativa” enquanto algo que subsiste a par da “soberania parlamentar”. Traduz-se a dita num “resíduo de autoridade da Coroa”<sup>59</sup>. Muito curiosamente, a prerrogativa é invocada, quer para referir poderes próprios do executivo (que nunca foram outra coisa que não poderes de direito público, designadamente de “direito público externo” quando se trata de poderes de definição da política externa e de defesa<sup>60</sup>), quer para justificar o controlo do executivo por tribunais superiores da *common law* (que, também eles, agem “em nome da Coroa”<sup>61</sup>).

---

<sup>57</sup> Cfr. *A. V. Dicey...*, p. 241.

<sup>58</sup> Cfr. *The Law of the Constitution*, pp. 28 e 180 segs. A tese de que “o Rei no Parlamento pode fazer tudo” fora formulada por De Lolme, que Dicey cita, em cujos termos “é um princípio fundamental dos juristas ingleses que o Parlamento pode fazer tudo exceto transformar uma mulher num homem e um homem numa mulher”.

<sup>59</sup> Admitido mesmo por Dicey, *The Law of the Constitution*, p. 188. Entre tratamentos recentes, destacam-se Adam Tomkins, *Public Law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 81 segs. e, por último, Barber, *The United Kingdom...*, pp. 34 segs.

<sup>60</sup> Sobre “direito público externo”, v. novamente A. P. Barbas Homem, *História...*, pp. 44 segs.

<sup>61</sup> Assim no âmbito dos chamados *prerogative writs*. É neste último contexto que Walters se refere a uma “específica aproximação de *common law* ao direito administrativo”, que ocorria já no momento em que Dicey negava veemente que se pudesse falar em *droit administratif* no contexto britânico, cfr. *A. V. Dicey...*, pp. 301 segs.

**3.5.** No contexto continental, a construção foi diversa: a tarefa de “domar” o direito público – isto é, o poder extraordinário aí formulado – viria a passar, não pela sua subsunção no âmbito do direito ordinário, mas pela afirmação revolucionária do direito constitucional enquanto direito extraordinário, expressão solene da soberania nacional. Esta é uma soberania cuja extraordinariedade não a converte em ameaça. É que, enquanto “poder constituinte”, tem por *exclusivo* sentido a conversão dos poderes do Estado em nada mais do que poderes ordinários (“poderes constituídos”). Assim, tanto no caso britânico como no caso continental, ainda que no âmbito de discursos distintos, o que esteve em causa foi uma reformulação transformadora do discurso do Estado – ocultadora ou não desse discurso enquanto “direito público” – no sentido da “ordinarização” do poder do Estado e das suas leis.