

AS CONVENÇÕES CONSTITUCIONAIS NO QUADRO DAS FONTES DO DIREITO CONSTITUCIONAL*

JAIME VALLE

1. Introdução

I. A noção de convenção constitucional não é fácil de precisar. A doutrina que mais se tem debruçado sobre as convenções constitucionais, a anglo-saxónica, tende a dirigir os seus esforços sobretudo para a identificação e análise das concretas convenções constitucionais presentes no sistema político britânico, deixando de lado a construção do conceito e a elucidação da sua natureza¹. O que não deve surpreender, aliás, se tivermos presente a formação casuística e gradualista do sistema jurídico inglês, mais afeito à criação do Direito a partir da aplicação analógica dos precedentes do que à sua fixação em regras gerais e abstractas e em princípios gerais². Mas mesmo na doutrina continental encontramos muitas vezes uma abordagem descritiva das convenções constitucionais, que parte da aceitação ou consideração das suas manifestações em concreto sem questionar ou aprofundar a possibilidade de recondução dessas manifestações a um conceito unitário e sem averiguar que papel ou lugar lhes cabe no sistema jurídico-constitucional. É comum ver invocada a ideia de convenção constitucional para caracterizar uma determinada regularidade na actuação ou comportamento de órgãos ou entidades do poder político que não resulta da aplicação de normas escritas, sem que dessa alusão se possa retirar algo sobre o entendimento da sua relação com o mundo do Direito.

Podem, no entanto, a partir da utilização doutrinária da ideia de convenção constitucional ser afirmados alguns pontos firmes que contribuirão para a construção do seu conceito. As convenções constitucionais assentam numa regularidade ou reiteração de actos ou comportamentos dos órgãos ou

* Trabalho elaborado para os *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*.

¹ Cfr. JOSEPH JACONELLI, "The Nature of Constitutional Convention", *Journal of Legal Studies*, N.º 19, 1999, pp. 24 e ss. (24).

² DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. I – *Introdução e Teoria Geral*, Coimbra, 2008, pp. 244 e 293-294.

entidades que participam no exercício do poder político, que se repetem perante situações de facto sucessivas com pressupostos idênticos ou em grande medida similares – trata-se, pois, de regras de conduta. E são regras de conduta que não têm a sua fonte em normas jurídicas escritas ou, numa formulação mais rigorosa, são regras que não são criadas por uma “autoridade legitimada do sistema do qual essa autoridade faz parte e segundo as regras do sistema sobre o modo de introduzir uma nova regra”³.

É evidente que isto é manifestamente pouco para a caracterização e distinção das convenções constitucionais das demais regras de conduta que norteiam a actividade política. Os escassos traços acima afirmados não permitem dar uma resposta clara à questão do lugar das convenções constitucionais no sistema das fontes do Direito Constitucional. Trata-se de regras vinculativas? E serão regras jurídicas? Como se distinguem do costume? Justificar-se-á a sua autonomização no quadro das fontes do Direito Constitucional? É a estas perguntas que vamos tentar responder neste trabalho.

II. As convenções constitucionais têm tido grande visibilidade, com a correspondente atenção jurisprudencial e, sobretudo, doutrinária, nos sistemas jurídicos de «common law», com especial realce para o sistema constitucional britânico e para os sistemas constitucionais de matriz britânica, como o canadiano e o australiano. O motivo aparente para o aparecimento e sedimentação da ideia de convenção constitucional nestes sistemas não é difícil de descortinar, se considerarmos que se trata de sistemas constitucionais que se esteiam num conjunto disperso, limitado e flexível de regras constitucionais, as quais constam em parte de documentos históricos e de leis votadas pelo Parlamento, e em parte do costume constitucional, não tratam senão dos pontos considerados essenciais, e podem em qualquer altura ser alteradas pelo Parlamento, através de procedimento idêntico ao utilizado para a produção de leis ordinárias⁴. Ainda que este carácter singular dos sistemas constitucionais de matriz britânica tenha de alguma forma recedido nos últimos

³ GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “Ripensando le Convenzioni Costituzionali”, in GIANFRANCO MOR (Org.), *Norme di Correttezza Costituzionale, Convenzioni ed Indirizzo Politico*, Milão, 1999, pp. 27 e ss. (33).

⁴ Cfr., por todos, ARMANDO M. MARQUES GUEDES, *Ideologias e Sistemas Políticos*, Lisboa, 1984, pp. 86 e ss.

anos, em favor de uma maior formalização e codificação, os seus traços essenciais continuam, em larga medida, a permear o funcionamento daqueles sistemas⁵. O carácter fragmentário e a flexibilidade das disposições escritas e a prevalência do costume fizeram sentir a necessidade da criação de alguma regularidade e previsibilidade na actuação dos sujeitos do poder político, propiciando o surgimento e a sedimentação de usos no amplo campo das relações políticas que as regras constitucionais não ocupavam.

III. A expressão «convenções constitucionais» é, pois, fruto do labor da doutrina britânica⁶, e a sua singularização deve-se a A. V. DICEY: “As regras que formam o Direito Constitucional, como o termo é utilizado em Inglaterra, incluem dois conjuntos de princípios ou máximas de carácter totalmente diferente. Um dos conjuntos é composto por regras que são «leis» em sentido estrito, uma vez que são regras que (escritas ou não escritas, contidas em estatuto ou derivando da massa do costume, tradição ou máximas judiciais conhecidas como a «common law») são aplicadas pelos tribunais; estas regras constituem o «Direito Constitucional» no sentido próprio do termo. O outro conjunto de regras consiste em convenções, entendimentos, hábitos ou práticas que, embora possam regular a conduta dos vários membros do poder soberano, do ministério, ou de outros oficiais, não são na realidade leis de todo, pois não são aplicadas pelos tribunais. Esta parte do Direito Constitucional pode, para os efeitos da distinção, ser designada «convenções da Constituição» ou «moralidade constitucional»⁷. O instituto foi adoptado e desenvolvido pela doutrina britânica e dos sistemas de matriz britânica, fundado num conjunto de pressupostos que a formulação clássica e amplamente citada de IVOR JENNINGS sintetiza na resposta a três questões: “primeira, quais são os precedentes; segunda, os sujeitos dos precedentes acreditavam estar vinculados por uma regra; e terceira, existe uma razão para

⁵ Cfr. DAVID POLLARD / NEIL PARPWORthe / DAVID HUGHES, *Constitutional and Administrative Law – Text with Materials*, 4.ª ed., Oxford, 2007, pp. 40-41.

⁶ Ainda que estruturas similares possam ser encontradas, retrospectivamente, noutros sistemas e até em épocas muito recuadas, como demonstra GIUSEPPE BRANCA, a propósito dos institutos da *provocatio ad populum* e da *auctoritas patrum*, no seu estudo “Convenzioni Costituzionale e Antica Repubblica Romana”, in *Scritti in Onore di Massimo Severo Giannini*, Vol. I, Milão, 1988, pp. 77 e ss. (passim).

⁷ *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 6.ª ed., Londres, 1902 (reimp. 2005), pp. 23-24. A 1.ª edição desta obra, onde surge já a passagem citada, data de 1885.

a regra?”⁸. Na acepção dominante na doutrina britânica actual, as convenções constitucionais continuam a ser vistas como “regras que definem importantes direitos, poderes e obrigações não legais dos titulares dos cargos nos três ramos do governo, ou nas relações entre governos e órgãos do governo, (...) [que] são distinguíveis das regras de Direito, embora possam ser igualmente importantes, ou mais importantes que as regras de Direito, (...) [e] não são fonte directa de direitos ou deveres legais, embora possam ser utilizadas ou invocadas pelos tribunais na aplicação ou interpretação das regras de Direito existentes”⁹.

IV. O desenvolvimento dogmático das convenções constitucionais nos sistemas de matriz anglo-saxónica suscitou o interesse da doutrina dos sistemas constitucionais continentais, tendo-se assistido a algumas tentativas esporádicas de introdução do instituto, sem que, no entanto, se tenha dado uma verdadeira difusão do seu estudo, que se resume a algumas monografias e artigos em revistas científicas e a uma ou outra alusão mais desenvolvida nos manuais de referência. Foi sobretudo em Itália que as convenções constitucionais foram estudadas pela doutrina jusconstitucionalista com mais assiduidade.

Para GIUSEPPE UGO RESCIGNO, que dedicou uma monografia ao tema no início da década de 70 do século passado¹⁰, e voltaria uma vintena de anos transcorridos ao estudo do assunto¹¹, as convenções constitucionais definem-se antes de mais pelo que não são: não são regras jurídicas – “não provêm de autoridade habilitada pelo sistema jurídico a introduzir regras jurídicas segundo formas determinadas; não constituem fundamento de consequências de ordem jurídica (nenhum acto ou facto jurídico produtivo de efeitos jurídicos tem como fundamento convenções, ou então, dito de modo inverso, se um acto ou facto produz consequências jurídicas, a regra sobre que esse acto ou facto se funda não é convenção, mas precisamente regra jurídica)”¹². No entanto, embora

⁸ *The Law and the Constitution*, 5.ª ed., Londres, 1959, p. 136, apud JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Convention ...”, p. 28.

⁹ GEOFFREY MARSHALL, *The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford, 1984, p. 210.

¹⁰ *Le Convenzioni Costituzionali*, Pádua, 1972.

¹¹ O já citado artigo “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”.

¹² “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 45-46.

segundo RESCIGNO as convenções constitucionais sejam regras criadas, alteradas e extintas de modo informal pelos sujeitos políticos, que não podem ter carácter jurídico, entende este Autor que elas só podem existir no contexto criado pelo sistema jurídico¹³, pois é a partir das normas jurídicas e da sua aplicação, das suas lacunas e da sua margem de livre conformação, que as regras convencionais encontram o seu espaço de actuação¹⁴. RESCIGNO identifica, nessa relação entre o sistema jurídico e o sistema convencional, quatro tipos de convenções constitucionais¹⁵: i) as que se sobrepõem, sem as eliminar, às regras jurídicas, subvertendo o seu sentido – a regra jurídica é formalmente aplicada, mas o seu conteúdo é esvaziado ou instrumentalizado por uma regra convencional (era o caso, no ordenamento italiano, entre 1948 e 1992, da escolha dos Ministros: a Constituição comete ao Presidente do Conselho a apresentação de proposta, ao Presidente da República, dos Ministros a nomear, mas, na realidade, as escolhas eram feitas pelos directórios dos partidos políticos que integravam a coligação governativa, limitando-se o Presidente do Conselho a transmiti-las ao Presidente da República); ii) as que restringem o feixe dos comportamentos possíveis permitidos pelas regras jurídicas; iii) as que disciplinam os comportamentos materiais dos titulares de cargos públicos que não constituem exercício de poderes jurídicos (sobretudo na exteriorização do pensamento político); iv) as que se sobrepõem às regras jurídicas, sem tolher a sua aplicação substantiva, mas aditando a esta aplicação um novo sentido político, que acresce ao resultado obtido pela regra jurídica (é o que sucede, na maior parte dos ordenamentos, com a transformação da votação do Orçamento do Estado numa questão de confiança política: o Orçamento mantém a sua configuração de instrumento financeiro, que lhe é dada pelo Direito, mas torna-se simultaneamente, por força de uma convenção constitucional, um instrumento de controlo político parlamentar, cuja não aprovação põe em causa, politicamente, a subsistência do Executivo).

¹³ “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 46-47.

¹⁴ *Le Convenzioni Costituzionali ...*, pp. 17-18 e 23-24.

¹⁵ *Le Convenzioni Costituzionali ...*, pp. 24 e ss.; “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 38 e ss.

A visão das convenções constitucionais como um conjunto de regras alheias ao Direito ou, pelo menos, sem carácter jurídico, adoptada por RESCIGNO, predomina na doutrina italiana¹⁶. Não é, porém, uma posição unânime, defendendo alguns Autores a integração das convenções constitucionais no quadro das fontes do Direito, considerando que as mesmas produzem efeitos jurídicos. É o caso da concepção recentemente exposta por ARMANDO MANNINO, para quem uma convenção constitucional procede “à atribuição a um órgão constitucional de um poder que, parecendo de todo livre na sua manifestação (mas na realidade apenas pela ausência de explícitos limites constitucionais) é na realidade delimitado pelas finalidades institucionais para as quais é reconhecido”¹⁷, o que leva a “concluir em favor da sua natureza jurídica enquanto regra objectivamente necessária para o completamento da ordem constitucional”¹⁸. A fonte da juridicidade que sustenta para as convenções constitucionais encontra-se, para MANNINO, “na vontade das forças políticas, bem como naquele poder jurídico fundamental dos órgãos constitucionais de colocar e manter em movimento o sistema constitucional mediante o exercício das próprias competências”¹⁹.

Mais matizada é a posição de GUSTAVO ZAGREBELSKY, que centra a discussão na contraposição entre fontes formais e fontes materiais ou *extra ordinem*, e para quem a questão da juridicidade das convenções constitucionais é de natureza essencialmente nominalista²⁰. Para ZAGREBELSKY, “as convenções são vinculantes apenas no âmbito das relações entre sujeitos políticos capazes de recíproca influência, num quadro que não é garantido do exterior, por parte de um terceiro sujeito”²¹, isto é, as convenções constitucionais não podem ser objecto de apreciação judicial, mas

¹⁶ Cfr. LIVIO PALADIN, *Le Fonti del Diritto Italiano*, Bolonha, 1996, pp. 402 e 404; RAFAELE BIFULCO, “Le Riflessioni della Cultura Giuspubblicistica sulle Convenzioni Costituzionali”, *Diritto e Società*, 1992, T. 1, pp. 31 e ss. (52-53); CLAUDIO ROSSANO, *La Consuetudine nel Diritto Costituzionale*, I – *Premesse Generali*, Nápoles, 1992, pp. 180 e ss.

¹⁷ “Prime Considerazioni in Tema de Convenzioni Costituzionali”, in GIANFRANCO MOR (Org.), *Norme di Correttezza Costituzionale, Convenzioni ed Indirizzo Politico*, Milão, 1999, pp. 83 e ss. (90).

¹⁸ “Prime Considerazioni ...”, pp. 89-90

¹⁹ “Prime Considerazioni ...”, p. 111.

²⁰ *Manuale di Diritto Costituzionale*, I – *Il Sistema delle Fonti del Diritto*, Turim, 1987, pp. 268-269.

²¹ *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 268.

o mesmo se passa com muitas regras indubitavelmente jurídicas²². O que no fundo garante as regras, sobretudo as provenientes de fontes materiais, mas também, em última análise, as produzidas por fontes formais, é, para este Autor, a sua aquiescência ou aceitação geral pela comunidade²³. Assim, para ZAGREBELSKY, uma distinção de natureza entre regras provenientes de fontes formais e regras resultantes de fontes materiais, onde se incluem as convenções constitucionais, não se mostra possível, a menos que se assuma como premissa o monopólio do Direito por parte das fontes formais²⁴.

V. Entre nós, as referências às convenções constitucionais fora do âmbito do Direito Comparado são escassas. JORGE MIRANDA afirma que “nos sistemas de matriz francesa, as convenções não parece que sejam mais do que usos, embora (como o nome indica) revestindo a feição mais complexa de acordos ou consensos, explícitos ou implícitos, entre os protagonistas da vida política-constitucional. Já nos sistemas de matriz britânica (e, porventura, no norte-americano), dir-se-ia situarem-se em nível diferente: ou a meio caminho entre usos e costume, ou como expressão de uma juridicidade não formal e específica (sem justiciabilidade e sem outras sanções além das da responsabilidade política) ou como ordem normativa *sui generis*, irreduzível às categorias habitualmente estudadas”²⁵. J. J. GOMES CANOTILHO entende as convenções constitucionais como “acordos, implícitos ou explícitos, entre as várias forças políticas, sobre o comportamento a adoptar para se dar execução ou actuação a determinadas normas constitucionais, legislativas ou regimentais. (...) Tais acordos, quando exprimem uma decisão ou processo susceptível de generalizar-se para além da situação concreta em que ocorreram, dariam origem a normas de comportamento a que se encontrariam vinculados os operadores políticos. As convenções constitucionais transformar-se-iam, assim, em regras não escritas, disciplinadoras da aplicação de normas constitucionais ou legislativas lacunosas ou insuficientes. Daí não se segue, porém, a sua transformação em normas jurídicas, a não ser que a convenção constitucional acabe por se transformar em norma constitucional

²² *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 269.

²³ Loc. Cit.

²⁴ *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, pp. 269-270.

²⁵ *Manual de Direito Constitucional*, T. II – *Constituição*, 5.^a ed., Coimbra, 2003, p. 148.

consuetudinária. De um modo geral, as convenções constitucionais, embora sejam observadas por força de expectativas recíprocas, por dever de lealdade ou por necessidade prática e conveniência política, não criam originariamente normas jurídicas²⁶. Por último, referindo-se especificamente às convenções parlamentares, que identifica como “uma espécie do género convenção constitucional”, DIOGO FREITAS DO AMARAL caracteriza-as como “regras livremente definidas e criadas pelos sujeitos parlamentares mediante acordos mais ou menos tácitos, e que são livremente modificáveis apenas pela vontade de um só dos sujeitos interessados. Por esta razão se diz que não geram regras jurídicas, quer dizer, não são susceptíveis de ser impostas por parte de autoridade distinta dos operadores parlamentares interessados”²⁷.

VI. A escassa atenção que tem incidido sobre as convenções constitucionais e as dificuldades e dúvidas que a definição do seu conceito e da sua natureza apresenta, aumentam, julga-se, o interesse da abordagem da questão sob o prisma das fontes do Direito no nosso sistema jurídico. Como se pode observar do que já foi dito, as convenções constitucionais não são um instituto cujo conhecimento e estudo releve apenas nos sistemas anglo-saxónicos, sendo defensável que “as convenções devem desempenhar um papel mais importante nos países com constituições escritas; quanto maior for o grau de rigidez constitucional, maior será a necessidade dos benefícios da adaptação informal que as convenções trazem”²⁸. Deve, assim, procurar-se um sentido próprio para o conceito e a natureza das convenções constitucionais no âmbito da nossa ordem jurídica, a partir dos desenvolvimentos sobretudo doutrinários de que o tema tem sido alvo noutros sistemas jurídicos, com especial ênfase nos anglo-saxónicos, mas tendo muito presentes, neste último caso, as dificuldades na transposição de conceitos jurídicos criados e trabalhados num sistema de «common law» para um sistema de «civil law»²⁹.

²⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, 2003, pp. 863-864.

²⁷ «Parecer», in *O Presidente da República e o Parlamento: O Procedimento Legislativo*, Lisboa, 2004, pp. 23 e ss. (p. 40).

²⁸ COLIN R. MUNRO, “Laws and Conventions Distinguished”, *Law Quarterly Review*, N.º 91, 1975, pp. 218 e ss. (219), apud JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind?”, *Cambridge Law Journal*, N.º 64/1, 2005, pp. 149 e ss. (154).

²⁹ Cfr. RAFFAELE BIFULCO, “Riflessioni sulle Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 34-35 e 44.

2. O conceito de convenção constitucional

I. Para a maioria da doutrina, o termo «convenção» aponta para um encontro de vontades³⁰, para um acordo entre sujeitos, podendo esse acordo de vontades ser explícito, quando se materialize em actuações que expressem o acordo de todos os envolvidos quanto à solução encontrada para regular aquela situação ou, na maior parte dos casos, apenas implícito ou tácito, na medida em que à repetida actuação de um órgão ou entidade do poder político num determinado sentido não são veiculadas objecções nem é por qualquer forma manifestada oposição por parte dos demais órgãos ou entidades envolvidos ou afectados por aquela actuação³¹.

Este entendimento depara com duas dificuldades. Em primeiro lugar, é verdade que as convenções constitucionais, em regra, não se fundam na vontade unilateral de um só sujeito, independente da aquiescência dos demais³²; a manifestação ou imposição unilateral de uma vontade não é um meio apto para a formação de uma regra de comportamento, seja em sede consuetudinária, seja em sede convencional. A actuação de um órgão ou entidade só conduzirá à formação de uma regra, em qualquer dos dois âmbitos referidos, se da ausência de objecções puder ser inferido um entendimento tácito comum dos restantes envolvidos no assunto quanto à solução encontrada. Assim, por exemplo, a convenção constitucional que, em alternativa ao veto político previsto pelo artigo 136.º, n.º 4, da Constituição, admite a devolução pelo Presidente da República de decretos ao Governo, para a ponderação por este de alterações pretendidas pelo primeiro³³, formou-se e mantém-se mercê do acordo entre os dois órgãos de soberania envolvidos, o Presidente da

³⁰ OLIVIER BEAUD, «Les Conventions de la Constitution – A Propos de Deux Thèses Récentes», *Droits*, N.º 3, 1986, pp.125 e ss. (134).

³¹ Cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Convenzioni Costituzionali ...*, pp. 115 e ss.; TEMISTOCLE MARTINES, *Diritto Costituzionale*, 11.ª ed., Milão, 2005, p. 69; CLAUDIO ROSSANO, *La Consuetudine ...*, p. 182.

³² Neste sentido, YVES MENY, “Les Conventions de la Constitution”, *Pouvoirs*, N.º 50, 1989, pp. 53 e ss. (60); FÉLICIEN LEMAIRE, “Les Conventions de la Constitution dans le Système Juridique Français”, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N.º 35, 1998, pp. 451 e ss. (460-461).

³³ Elencando esta situação no conjunto de exemplos que apresenta das convenções constitucionais em Portugal, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional ...*, II, p. 148.

República e o Governo; não se poderia ter firmado nem poderia subsistir contra a vontade de qualquer um deles. No entanto, se é esta a regra geral, ela não deixa de conhecer excepções, quando estão em causa poderes ou competências de um órgão para cujo exercício não é necessário o concurso de quaisquer outros órgãos ou entidades, ou relativamente ao qual a intervenção de outros órgãos ou entidades não detém qualquer margem de livre apreciação. Nessas situações, a actuação de apenas um órgão pode dar lugar ao aparecimento de uma convenção constitucional³⁴, auto-vinculando-o – nos termos que vamos ver mais adiante – a um determinado comportamento, e criando uma expectativa no sentido dessa actuação nos demais órgãos e entidades da comunidade política. Foi o que sucedeu, por exemplo, com as auto-limitações que, entre nós, os sucessivos Presidentes da República foram anunciando e praticando relativamente ao seu poder de dissolução da Assembleia da República previsto pelo artigo 172.º da Constituição; tratando-se de um poder em cujo exercício nenhum outro órgão participa – não está, sequer, sujeito a referenda ministerial –, as eventuais restrições que ao mesmo se façam fora da esfera jurídica só podem provir da vontade do próprio titular do órgão, não havendo aqui lugar a qualquer acordo, mesmo que tácito, com os demais órgãos e entidades do poder político. Pode, pois, concluir-se que as convenções constitucionais não têm na sua base, necessariamente, um acordo, tácito ou expresse, entre órgãos ou entidades do poder político, podendo resultar da actuação de apenas um desses órgãos ou entidades.

Por outro lado, a focagem no acordo, tácito ou expresse, como momento fundador de uma convenção constitucional, traduz uma visão voluntarista que obnubila o modo de produção «espontâneo» e difuso próprio das regras convencionais³⁵, ignorando o papel aí desempenhado pela reiteração das condutas em que aquelas se traduzem³⁶. A mera celebração de um acordo entre órgãos ou entidades do poder político para aplicação apenas numa

³⁴ Cfr. OLIVIER BEAUD, “Les Conventions de la Constitution...”, pp. 133-134. Já não se acompanha, porém, este Autor quando da possibilidade de criação de convenções constitucionais por um só órgão do poder político retira uma qualificação de superioridade da posição daquele órgão na situação em questão (“Les Conventions de la Constitution...”, p. 134).

³⁵ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 263.

³⁶ Contra, objectando a um suposto carácter «irreflectido» que resultaria da acentuação de uma formação «espontânea», própria do costume, às convenções constitucionais, GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 47-48.

situação concreta não transforma o seu conteúdo numa convenção constitucional³⁷ – se tal acordo for desrespeitado, não se estará perante a inobservância de uma convenção constitucional, mas apenas perante o incumprimento do acordo; da efectiva aplicação continuada dos acordos concluídos é que pode nascer uma convenção constitucional, ao criar nos intervenientes e nos demais órgãos ou entidades do poder político a expectativa da reiteração da aplicação do conteúdo do acordo, ou da repetição da sua celebração³⁸. É na expectativa assim criada, de repetição do que foi anteriormente convencionado, e não num acordo entre os sujeitos do poder político, que se deve procurar o significado correcto da expressão «convenção»³⁹.

II. As convenções constitucionais têm um objecto de contornos amplos e fluidos, que se pode reconduzir ou identificar com a organização constitucional do poder político no seu todo. Como foi já referido, as convenções constitucionais formam-se e actuam em complementaridade ou sobreposição com as normas constitucionais, preenchendo as lacunas que se observam no sistema da Constituição, ou desenvolvendo a disciplina constitucional no que respeita à actuação e relacionamento dos órgãos e entidades do poder político⁴⁰. Qualquer matéria ou aspecto nessa sede sobre o qual incidam normas constitucionais poderá ser igualmente objecto de convenção constitucional, na medida em que a estrutura ou o conteúdo da regulação constitucional não impeçam a sua integração, desenvolvimento ou utilização para fins políticos pelas regras convencionais⁴¹. De fora do âmbito de actuação

³⁷ Cfr. SERGIO STAMMATI, “Punti di Riflessione sulla Consuetudine e le Regole Convenzionali”, in *Scritti in Onore di Vezio Crisafulli*, II, Pádua, 1985, pp. 807 e ss. (842-843), que distingue, neste âmbito, entre acordos pontuais e convenções constitucionais.

³⁸ Neste sentido, JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Convention ...”, p. 40; “Do Constitutional Conventions Bind?”, *Cambridge Law Journal*, N.º 64/I, 2005, pp. 149 e ss. (170). Em sentido diverso, considerando quer o consenso, quer os acordos (expressos) como modos de formação de convenções constitucionais, ANDREW HEARD, *Canadian Constitutional Conventions – The Marriage of Law and Politics*, Oxford, 1991, p. 10.

³⁹ Cfr. L. ARCIDIACONO / A. CARULLO / G. RIZZA, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 2.ª ed., Bolonha, 1997, p. 167.

⁴⁰ Afirmando que a figura das convenções constitucionais não “se destina ter um objecto diverso do comportamento dos operadores constitucionais”, SERGIO BARTOLE, “Le Convenzioni della Costituzione tra Storia e Scienza Politica”, *Il Politico*, Ano 37/II, 1983, pp. 251 e ss. (262).

⁴¹ Cfr. JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 154-155, que distingue, neste ponto, entre «power-conferring legal rules» e «rules of a duty-imposing nature», só admitindo a criação de convenções constitucionais relativamente às primeiras.

das convenções constitucionais ficarão apenas as matérias que, em sede de organização do poder político, não sejam reguladas pela Constituição.

Esta aderência ao âmbito das normas constitucionais enquanto referencial do objecto das convenções constitucionais não resulta, porém, numa determinação remissiva daquele objecto apenas através da Constituição em sentido formal, pois a ordem normativa a considerar para aquele efeito é, naturalmente, a da Constituição em sentido material, podendo formar-se convenções constitucionais relativamente a matérias ou aspectos da organização do poder político disciplinados por normas jurídicas que não se integram na Constituição em sentido formal mas que são materialmente constitucionais⁴².

III. A determinação dos sujeitos das convenções constitucionais, isto é, dos órgãos ou entidades que podem participar na formação, alteração ou extinção daquelas regras convencionais está estreitamente ligada ao seu objecto. Assim, em consonância com o que se escreveu na secção anterior, serão sujeitos das convenções constitucionais os destinatários das normas constitucionais – das normas materialmente constitucionais – relativas à actuação dos órgãos e entidades do poder político: os órgãos de soberania do poder político – Presidente da República, Assembleia da República e Governo –, outros órgãos cuja intervenção no sistema político seja regulada pela Constituição, e mesmo entidades privadas, como os partidos políticos, que se encontrem nas mesmas condições de actuar directamente na cena política ao abrigo de normas constitucionais⁴³. A doutrina tende a excluir os indivíduos do

⁴² No sistema constitucional britânico, dado o carácter flexível da sua Constituição, a determinação do âmbito das convenções constitucionais é mais difícil. GEOFFREY MARSHALL opta por uma abordagem expansiva da questão, incluindo nas áreas de actuação das convenções constitucionais, para além do que respeita aos poderes da Coroa, as relações entre o Gabinete e o Primeiro-Ministro, as relações entre o Governo e o Parlamento, as relações entre as duas Câmaras, as relações entre os Ministros e o funcionalismo público, as relações entre os Ministros e o aparelho judiciário e as relações entre o Reino Unido e os outros membros da Commonwealth (*Constitutional Conventions ...*, p. 4). Adoptando uma visão mais restritiva, JOSEPH JACONELLI inclui no objecto das convenções constitucionais apenas as “matérias que respeitam ao modo como os assuntos do governo são conduzidos”, afastando as regras intrapartidárias – como as que norteiam o relacionamento entre o Primeiro-Ministro e o Gabinete (“The Nature of Constitutional Conventions ...”, pp. 35 e ss.).

⁴³ Cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, *Convenzioni Costituzionali ...*, pp. 116-117. Restringindo os sujeitos das convenções constitucionais aos “órgãos supremos do Estado”, RAFFAELE BIFULCO, “Riflessioni sulle Convenzioni Costituzionale ...”, p. 51. Por sua vez, para FÉLICIEN LEMAIRE, “as convenções constitucionais regem estritamente as relações mútuas entre os

elenco dos sujeitos das convenções constitucionais⁴⁴, mas, ainda que em regra as convenções não se formem com a sua participação nem se lhes destinem, não é de excluir que possam assumir a qualidade de sujeitos das mesmas quando lhes seja possibilitada pela ordem constitucional uma intervenção directa – na qualidade de indivíduos, não na qualidade de titulares de órgãos do poder político – na formação e na actuação das regras convencionais. Um exemplo dessa intervenção individual na formação de uma convenção constitucional pode ser encontrado na limitação da reeleição do Presidente norte-americano a um mandato. Até à introdução da 22.^a Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América em 1951, nada no seu texto impedia que o Presidente se recandidatasse a mais do que dois mandatos sucessivos. No entanto, apenas o Presidente Franklin D. Roosevelt, no contexto muito específico da preparação para a participação dos Estados Unidos na II Guerra Mundial, se recandidatou com sucesso a um terceiro (em 1940) e depois a um quarto mandato (em 1944). Existe um quase consenso na doutrina quanto à existência neste ponto de uma convenção constitucional⁴⁵ – depois juridificada em 1951 –, no sentido da proibição do exercício de mais do que dois mandatos presidenciais sucessivos, ressalvada a ocorrência de situações excepcionais, como foi o caso da II Guerra Mundial⁴⁶. Esta convenção constitucional terá tido por autores e destinatários indivíduos nessa qualidade, e não enquanto titulares do cargo presidencial, pois a recandidatura é uma decisão imputável à esfera privada de quem exerce o cargo de Presidente, e não ao órgão, na sua esfera funcional – ainda que essa distinção de esferas de imputação não seja muitas vezes fácil de concretizar.

poderes públicos, ao passo que os costumes regem mais amplamente as relações recíprocas entre os poderes públicos e o povo” (“Les Conventions de la Constitution ...”, p. 467).

⁴⁴ Cfr. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, Loc. Cit. Em sentido oposto, cfr. ANDREW HEARD, que inclui aqui a comunidade académica, os juízes e o público interessado, afirmando que “o consenso que sustenta uma regra [convencional] deve provir de um conjunto o mais alargado possível de pessoas interessadas” (*Canadian Constitutional Conventions ...*, p. 143).

⁴⁵ JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Convention ...”, pp. 30 e 32; COLIN R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law*, Londres, 1987, p. 40. Negando a existência desta convenção constitucional, BRUCE G. PEABODY / SCOTT E. GRANT, “The Twice and Future President: Constitutional Interstices and the Twenty-Second Amendment”, *Minnesota Law Review*, N.º 83, 1999, pp. 565 e ss. (574 e ss.)

⁴⁶ Cfr. JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Convention ...”, p. 33. O entendimento dominante é, porém, o de que a reeleição do Presidente Franklin D. Roosevelt para um terceiro e quarto mandato se traduziu em violações da convenção constitucional em causa – neste sentido, cfr. COLIN R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law ...*, p. 51.

IV. Afirmámos há pouco que a formação das convenções constitucionais não poderia ser reconduzida a um mero acordo de vontades, tácito ou expresso, entre os sujeitos envolvidos, devendo, ao invés, ser retirada da sobreposição de actuações e expectativas dos órgãos ou entidades do poder político sobre o seu relacionamento mútuo. Esse modo espontâneo ou consensual de formação das regras convencionais aponta para uma necessidade de reiteração dos comportamentos que subjazem àquelas regras, em termos similares, no respeitante à sua estrutura, aos prescritos para a formação das normas consuetudinárias. Pode afirmar-se que, na ausência da combinação, no caso das convenções constitucionais dos sistemas que não pertencem à família da «common law», deste elemento material (a prática reiterada) com o elemento psicológico específico das normas consuetudinárias (a convicção da obrigatoriedade), o grau de repetição da prática, na quantidade e uniformidade exigidas para a formação das regras, pode mostrar-se menos intenso, em geral, do que no caso das normas consuetudinárias. Com efeito, e sem entrar aqui na apreciação dos espinhosos problemas suscitados pelo elemento psicológico do costume, da necessidade de associação entre a prática reiterada e a convicção da obrigatoriedade na criação de uma regra resultará provavelmente uma dilatação do período de formação dessa regra relativamente a outras formas, pois a convicção da obrigatoriedade tenderá a formar-se gradualmente, e não de forma imediata. Não se encontrando presente um elemento psicológico com essa configuração nas convenções constitucionais, como vamos ver já de seguida, a sua formação pode dar-se de modo mais rápido. Bastará, julga-se, um pequeno número de actos ou declarações para firmar uma expectativa de actuação conducente ao estabelecimento de uma convenção constitucional; indo um pouco mais longe, bastará mesmo um único acto ou declaração, desde que seja mantida, pela ausência de actos ou declarações em sentido contrário ou discrepante, a expectativa da sua repetição nos sujeitos do poder político caso ocorram as condições de facto propícias à sua prática. O que não pode ser suficiente para a formação de uma convenção constitucional é a mera e específica celebração de um acordo expresso para regular a conduta dos intervenientes. A vontade das partes, por si só, não pode ser a fonte das convenções constitucionais;

mesmo para a formação do elemento material das regras convencionais tem de se combinar com outros elementos, como o decurso do tempo.

V. O facto de nas convenções constitucionais – pelo menos nas dos sistemas de «civil law» – não se encontrar presente uma convicção da obrigatoriedade das mesmas⁴⁷ – pois se assim fosse não se distinguiriam das regras consuetudinárias – não significa, contudo, que dispensem um elemento psicológico na sua formação e estrutura. Uma regra não pode resultar de uma mera cumulação de comportamentos concordantes, mesmo que em matérias fulcrais para a comunidade⁴⁸; a esse aspecto «externo» que caracteriza os meros hábitos tem de adicionar-se, na designação de HERBERT HART, um aspecto «interno», que leve a “ver no comportamento em questão um padrão geral a ser observado pelo grupo como um todo”⁴⁹; é necessário que os sujeitos tenham uma “atitude crítica reflexiva”⁵⁰ perante a prática reiterada que o seu comportamento traduz, que de outra forma poderia ser fruto do mero acaso, e não de uma actuação voluntária e reflectida⁵¹. O elemento psicológico a que corresponde este aspecto «interno» da regra convencional está relacionado com um cálculo utilitarístico, de oportunidade da adopção da prática reiterada em que se corporizam as convenções constitucionais⁵². Segundo GUSTAVO ZAGREBELSKY, o que está em causa é uma “expectativa de reciprocidade, sobre a base da previsão da reacção dos outros, no âmbito de um cálculo de utilidade”⁵³, e que “uma vez que mais sujeitos tenham actuado conjuntamente em modo relacional, com acções-reacções, e com resultados geralmente satisfatórios ou pelo menos não contestados, reforça-se a *expectativa recíproca* que também no futuro aqueles se atenham ao mesmo esquema de comportamento correspectivo, em vez de acções anómalas

⁴⁷ Na doutrina anglo-saxónica tradicional, porém, como vimos já quando apresentámos a definição proposta por IVOR JENNINGS, o entendimento tradicional recorre à convicção da obrigatoriedade na definição das convenções constitucionais.

⁴⁸ Aparentemente em sentido diverso, ANDREW HEARD, para quem a distinção entre usos e convenções se faz pelo facto de as segundas se ligarem aos princípios constitucionais fundamentais (*Canadian Constitutional Conventions ...*, p. 142)

⁴⁹ *O Conceito de Direito*, 3.ª ed., Lisboa, 2001 (tradução da 2.ª edição em língua inglesa de 1994), p. 65.

⁵⁰ HERBERT HART, *O Conceito de Direito ...*, p. 66.

⁵¹ ANTONIO RUGGERI, “Scrittura Costituzionale e Diritto Costituzionale Non Scritto”, *Diritto e Società*, 2004/II, pp. 237 e ss. (256).

⁵² ANTONIO RUGGERI, “Scrittura Costituzionale ...”, pp. 256-257.

⁵³ *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 263.

susceptíveis de determinar por sua vez reacções imprevisíveis”⁵⁴. Os sujeitos das convenções constitucionais actuam com observância das mesmas porque criaram uma expectativa de que essa actuação será correspondida por uma actuação dos demais sujeitos, fundada também numa expectativa de idêntico teor, e que é assumida (a actuação) como vantajosa ou oportuna por todos os envolvidos⁵⁵. A ponderação das vantagens ou benefícios que os sujeitos retiram da actuação conforme a uma convenção constitucional não está circunscrita apenas a essa mesma convenção, é efectuada numa apreciação do conjunto dos benefícios ou vantagens retirados da aplicação das diversas convenções presentes num dado sistema político-constitucional. Um determinado sujeito pode ver como menos vantajoso ou oportuno o cumprimento de uma dada convenção constitucional num certo momento, mas sabe que, se não a respeitar, isso poderá ter consequências no que toca à aplicação de outras convenções constitucionais que lhe interesse manter⁵⁶, o que prejudicaria o funcionamento do sistema político-constitucional no seu todo, que é mantido (também) pelas convenções constitucionais. Esta ponderação das vantagens do conjunto das convenções constitucionais permite ainda sustentar a presença do elemento psicológico – a expectativa de reciprocidade no âmbito de um cálculo de utilidade – no caso das convenções resultantes da actuação unilateral de um só sujeito.

Não é impossível que a repetição uniforme da actuação dos sujeitos, com a consequente consolidação da prática, eventualmente associada à mutação das condições políticas envolventes, venha a mudar as expectativas recíprocas utilitárias numa convicção da obrigatoriedade daquela conduta, transformando-a em costume⁵⁷. A regra que até aí revestia a forma de convenção constitucional passa então a ser uma regra consuetudinária, com todas as consequências que isso implica – nomeadamente, na relação com a norma constitucional sobre a qual a convenção anteriormente incidia.

⁵⁴ *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 264.

⁵⁵ Cfr. JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 170 e ss.

⁵⁶ Cfr. JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, p. 175.

⁵⁷ É consensual na doutrina a admissão desta possibilidade: cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, p. 864; GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “Ripensando le Convenzioni Costituzionali ...”, pp. 51-52; GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 279.

VI. Percorridos os diversos elementos em que se desdobra o conceito de convenção constitucional, é possível apresentar agora uma proposta de definição da figura. As convenções constitucionais são, em nosso entender, as regras de conduta criadas informalmente a partir da actuação reiterada dos sujeitos e entidades do poder político, acompanhada de expectativas de reciprocidade orientadas por um cálculo de utilidade, que visam regular, de forma não obrigatória, a organização e o funcionamento do poder político naquilo que as normas constitucionais deixaram para a margem de livre decisão dos seus destinatários.

3. A natureza das convenções constitucionais

I. Apurada uma noção de convenção constitucional, podemos agora partir para a dilucidação da sua natureza. As opiniões expendidas pela doutrina a este respeito são as mais variadas, mas interessa começar por apreciar muito rapidamente a posição que, aparentemente integrando as convenções constitucionais na ordem jurídica, acaba na prática por lhes negar verdadeira autonomia enquanto regras de conduta, reduzindo-as a mero instrumento hermenêutico. Referimo-nos à ideia das convenções constitucionais como critérios interpretativos, defendida em primeira linha por SERGIO BARTOLE, para quem “através da sua elaboração em convenções o conhecimento do comportamento dos operadores constitucionais atinge aquele grau de maturidade que lhe consente servir utilmente à própria compreensão do sistema normativo e, em particular, do significado atribuído na prática quotidiana aos seus componentes de facto. (...) as convenções podem ser incluídas – em tal perspectiva – entre os subsídios ou elementos da interpretação (...)”⁵⁸. Esclarece o Autor que, “colocando as convenções entre os instrumentos ou subsídios hermenêuticos não se quer, porém, negar-lhes uma qualquer prescritividade. (...) Com efeito, elas têm uma valência normativa, mas particular e todavia indirecta. Inserida no interior de um mais amplo procedimento destinado a esclarecer (...) o significado do normativo vigente, desenvolvem uma função directiva orientando as escolhas que o

⁵⁸ “Le Convenzioni della Costituzione...”, p. 260.

intérprete é chamado a fazer no interior das potencialidades linguísticas de cada disposição⁵⁹. Posição aproximada quanto a este aspecto é defendida na doutrina francesa por JEAN ROSSETTO, para quem o valor jurídico das convenções constitucionais se retira da sua assimilação aos poderes legais enquanto regras de interpretação dos mesmos: “as convenções são sempre regras de utilização dos poderes legais. A este título, elas não se diferenciam destes na sua essência; elas não fazem mais do que fixar a sua interpretação por consentimento mútuo, mesmo se essa interpretação acaba por modificar totalmente os dados legais de origem⁶⁰”.

A actuação hermenêutica das convenções seria dirigida e balizada pelos princípios constitucionais, com os quais as aquelas estabeleceriam uma estreita relação. Segundo SERGIO BARTOLE, são os “princípios que fornecem a explicação dos comportamentos dedutíveis em convenções. (...) com o apelo aos princípios o processo reconstutivo das convenções transcende a esfera das opiniões e das convicções dos operadores constitucionais, para restituir os fenómenos tipificados ao quadro de uma teoria que objectiva e racionaliza as intenções subjectivas⁶¹ e é neles “que se põe em evidência (...) a intuição hermenêutica que permite interpretar as vigentes lacunosas disposições constitucionais de modo a tornar compatível com estas últimas o conteúdo das convenções⁶²”.

Esta perspectiva de recondução das convenções constitucionais à interpretação das normas constitucionais relativas à actuação dos órgãos do poder político, implica, como se referiu, uma completa negação da sua autonomia enquanto conjunto de regras de conduta. Com efeito, a utilização das convenções como critério interpretativo ou hermenêutico das normas constitucionais, por muito importante que possa ser para o resultado final da interpretação daquelas normas, reduziria as convenções a actos isolados, instrumentais para a determinação do sentido daquelas normas, sem qualquer ligação entre si, afastando dessa forma as potencialidades de mobilização da

⁵⁹ “Le Convenzioni della Costituzione...”, p. 261.

⁶⁰ *Recherche sur la Notion de Constitution et l'Évolution des Regimes Constitutionnels*, polic., Poitiers, 1982, p. 337, apud OLIVIER BEAUD, «Les Conventions de la Constitution...», p. 131.

⁶¹ “Le Convenzioni della Costituzione ...”, p. 256.

⁶² “Le Convenzioni della Costituzione ...”, p. 258.

regularidade na actuação dos sujeitos do poder político que possibilitam a atribuição de um carácter normativo às convenções constitucionais⁶³ e que fundam a sua autonomia ontológica no seio dos sistemas normativos, designadamente, do sistema jurídico. Mesmo tomando a interpretação como momento de recriação das normas jurídicas, as convenções constitucionais seriam apenas um modo de determinação e aplicação do Direito – não se distinguindo, neste aspecto, das decisões judiciais⁶⁴ –, e não regras específicas e autónomas de comportamento dos órgãos e entidades do poder político.

Por outro lado, mesmo que se admitisse a recondução das convenções constitucionais à tarefa da interpretação-aplicação das normas constitucionais, esta integração levantaria algumas dificuldades. Desde logo, quanto aos efeitos das convenções constitucionais nos resultados da interpretação. As convenções seriam apenas mais um elemento da interpretação, a juntar aos demais? Ou configurariam uma interpretação autêntica das normas constitucionais? A primeira hipótese dilui as convenções constitucionais na actividade interpretativa das normas jurídicas, reduzindo ou quase obliterando o seu interesse; a segunda possibilidade requereria, nos termos gerais⁶⁵, que as convenções constitucionais se equivalesssem, enquanto fonte, em termos de grau, às normas que visariam interpretar autenticamente, o que implicaria a plena recondução da sua natureza à das normas jurídicas. Em todo o caso, a admissão de um qualquer grau de vinculatividade das convenções constitucionais enquanto soluções interpretativas das normas constitucionais, ou mesmo apenas de um papel principal enquanto elemento da interpretação daquelas normas, conduziria à atribuição aos órgãos e entidades do poder político de um papel de intérpretes privilegiados das normas constitucionais, não previsto pela Constituição⁶⁶, e que poderia ter repercussões negativas no estatuto e na actividade dos tribunais, especialmente no que respeita ao Tribunal Constitucional.

⁶³ Sobre a relação dinâmica entre regra e regularidade, vd. GIUSEPPE UGO RESCIGNO, “Ripensando le Convenzioni ...”, pp. 31-32.

⁶⁴ Cfr. OLIVIER BEAUD, *Loc. Cit.*

⁶⁵ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13.^a ed., Coimbra, 2005, pp. 589-590.

⁶⁶ RAFFAELE BIFULCO, “Riflessioni sulle Convenzioni Costituzionale ...”, p. 48.

Por último, no que toca à pretendida imbricação entre as convenções e os princípios constitucionais, cabe referir que dificilmente se poderá considerar adequado para a explicitação do conteúdo dos princípios constitucionais o recurso a comportamentos dos sujeitos do poder político que têm em vista, não o desenvolvimento do valor normativo dos princípios, mas sim juízos de utilidade⁶⁷.

II. O fundamento da autonomia e a identificação da natureza das convenções constitucionais devem ser procurados, como se referiu logo no início, a partir da sua caracterização como regras de conduta, resultante uma regularidade da actuação dos órgãos ou entidades do poder político em situações com pressupostos de facto idênticos ou similares. Interessa agora ver em que sistema de regras de conduta se deverão integrar as regras convencionais: no sistema jurídico? Noutro dos sistemas normativos principais, como a ordem moral? Ou correspondem a um sistema normativo *sui generis*, uma ordem específica?

A recondução das convenções constitucionais ao sistema jurídico-constitucional, como regras jurídicas, ou como um tipo específico de regras jurídicas, aparece como uma alternativa tentadora, que permitiria encontrar uma solução para a questão da natureza das convenções que seria, em si mesma, isenta de problemas metodológicos, e que possibilitaria uma explicação cabal para a observância generalizada das regras convencionais.

No entanto, esta solução implica, naturalmente, que as convenções constitucionais possuam a estrutura e as características reputadas essenciais para a caracterização como regras jurídicas. É o que tentaremos averiguar daqui a pouco. Mas importa esclarecer uma questão preliminar relativa à interligação do modo de formação das regras convencionais com a estrutura do quadro das fontes de Direito.

III. Para alguns Autores, o problema que a tentativa de integração das convenções constitucionais no mundo do Direito levanta não tem a ver com a pretendida isonomia entre as suas características fundamentais e as das regras jurídicas. O que estaria em causa seria um ponto prévio, que se prende

⁶⁷ Cfr. RAFFAELE BIFULCO, Loc. Cit.

com o processo de formação ou produção das regras convencionais. Para PIERRE AVRIL, tomando aqui como ponto de referência a Constituição francesa actual, “a validade de uma norma resulta, como se viu, da conformidade do procedimento da sua decretação com as prescrições da norma superior. Ora a criação de uma norma de valor constitucional é regulada pelo procedimento fixado pelo artigo 89C, enquanto que as convenções, ainda que afectem o exercício das competências constitucionais, provêm de um processo consensual ou quase contratual, isto é, da vontade política dos actores e sem apoio em qualquer procedimento de decretação formal”⁶⁸. A discussão do pleno alcance desta abordagem normativista, assente nas ideias de HANS KELSEN, não cabe, evidentemente, nos limites da nossa investigação. No entanto, e para o que agora importa, deve referir-se que o ponto, no próprio âmbito operativo desta concepção, está em saber em se, de uma norma superior que não se reduza à Constituição (em sentido formal), não decorrerão outras formas de produção de normas jurídicas que não se reduzem às previstas pela Constituição (em sentido formal). De todo o modo, para nós é ponto assente que a validade das normas jurídicas não se deve fundar em decisões normativas positivas, mas sim em princípios regulativos que são exteriores (superiores) a essas decisões⁶⁹. Por isso, não será admissível que, por um critério lógico-formal, decisões provenientes das chamadas fontes formais reservem para estas o monopólio da criação do Direito, remetendo as regras produzidas pelas designadas fontes materiais para o domínio do não-jurídico⁷⁰. Não significa isto que se entende, a partir da rejeição da perspectiva lógico-formal, que as convenções constitucionais têm, por esse motivo, natureza jurídica. Apenas se sustenta que a distinção entre fontes formais e fontes materiais não impediria que às regras convencionais fosse reconhecido uma natureza jurídica, se possuísem as características fundamentais das normas jurídicas.

IV. Já vimos, logo no início da nossa investigação, que o entendimento predominante na doutrina anglo-saxónica sobre a natureza das convenções

⁶⁸ *Les Conventions de la Constitution*, Paris, 1997, p. 146.

⁶⁹ Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983 (reimp. de 2002), pp. 155-156.

⁷⁰ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, pp. 269-270.

constitucionais lhes nega carácter jurídico. O que está aqui em causa, num sistema de «common law» como é o britânico, é a ausência de justiciabilidade das convenções constitucionais⁷¹, a impossibilidade da sua utilização para fundar uma pretensão que possa ser acolhida por um tribunal. Esta impossibilidade de garantia jurisdicional da observância das convenções constitucionais não significa que os tribunais não reconheçam a existência das regras convencionais, e não as levem em consideração nas suas decisões como elementos auxiliares da interpretação-aplicação das normas constitucionais. Mas este reconhecimento pelos tribunais da existência das convenções constitucionais não se pode equiparar à sua aplicação ou garantia jurisdicional enquanto regras jurídicas⁷². Uma coisa é averiguar o papel das convenções na formação ou na interpretação-aplicação das regras jurídicas, outra é considerar as convenções como produtoras, por si mesmas, de efeitos jurídicos, ou como regras cujo desrespeito caberia aos tribunais sancionar.

Esta abordagem do problema, originada no sistema jurídico inglês a partir dos dados singulares que o caracterizam⁷³, encontra também defensores na doutrina dos sistemas jurídicos da Europa continental. Assim, para GIUSEPPE UGO RESCIGNO, as convenções constitucionais não se podem considerar regras jurídicas porque o ordenamento não prevê os meios institucionais de coerção material para impor a sua obediência ou a correspondente sanção em caso de violação⁷⁴. PIERRE AVRIL, por sua vez, entende que as convenções constitucionais são “incontestavelmente normas que guiam o comportamento dos actores, mas se elas são efectivas, essas normas não são porém juridicamente válidas: elas não são Direito e elas não são assim justiciáveis”⁷⁵.

⁷¹ Cfr., por todos, numa abordagem desenvolvida, JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 153 e ss. Numa posição mais matizada, cfr. GEOFFREY MARSHALL, para quem “em princípio, as questões sobre a justiciabilidade em sentido avaliativo devem ser determinadas mais pelo legislador do que pelo juiz. As convenções serem ou não justiciáveis (em sentido próprio) é uma questão de política legislativa” (*Constitutional Conventions ...*, pp. 213-214).

⁷² Cfr. GEOFFREY MARSHALL, *Constitutional Conventions ...*, p. 15; COLIN R. MUNRO, *Studies in Constitutional Law ...*, pp. 45-46; JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 160 e ss.

⁷³ Entre os quais se conta a precedência do processo, dos remédios jurídicos, sobre os direitos subjectivos e os aspectos substantivos do Direito – cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, I, pp. 248 e ss.

⁷⁴ *Le Convenzioni Costituzionali ...*, pp. 10 e ss.

⁷⁵ *Les Conventions de la Constitution ...*, p. 146.

A ideia de que a coercibilidade é uma característica fundamental de toda e cada regra jurídica não tem, hoje em dia, fundamento, pelo menos em sistemas jurídicos de «civil law». Trata-se de uma concepção praticamente abandonada pela doutrina portuguesa, contando actualmente com poucos seguidores entre nós⁷⁶. Se a atribuição da característica da coercibilidade ao Direito, à ordem jurídica no seu todo, é de admitir⁷⁷, já a sua radicação em cada regra jurídica é de afastar decididamente, como é confirmado pela existência de um amplo conjunto de normas jurídicas que não gozam de coercibilidade – o *ius imperfectum* –, mesmo ao nível da ordem jurídica estadual⁷⁸, com especial ênfase no âmbito jurídico-constitucional da organização do poder político⁷⁹. Por isso, também em sede de convenções constitucionais não se deve equiparar justiciabilidade e juridicidade⁸⁰. A ausência de coercibilidade não constituiria, pois, impedimento à atribuição de natureza jurídica às regras convencionais.

IV. A nosso ver, o que obsta efectivamente à qualificação das convenções constitucionais como regras jurídicas é o facto de não serem imperativas. A imperatividade é uma característica fundamental das normas jurídicas, pois estas, como refere PAULO OTERO, “nunca se limitam a referenciar simples sugestões de condutas ou de procedimentos sem qualquer natureza vinculativa para quem quer que seja, antes encerram sempre (directa ou indirectamente) pelo seu conteúdo, função ou pressupostos normativos uma determinada força de obrigatoriedade susceptível de se projectar sobre um ou vários sujeitos”⁸¹. É certo que a atribuição desta característica fundamental a toda e cada uma das normas jurídicas e não apenas à ordem jurídica no seu conjunto não é

⁷⁶ Cfr., JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...*, pp. 88 e ss.; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito*, Vol. I, Coimbra, 2004, p. 65; PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 2.º T., Lisboa, 1999, pp. 55 e ss.; MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito – Sumários Desenvolvidos*, pp. 93 e 107. No sentido contrário, cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10.ª ed., Coimbra, 2000, pp. 125 e ss.

⁷⁷ Neste sentido, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Loc. Cit.*; DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito ...*, pp. 63 e ss. e 86-87; MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito ...*, p. 107.

⁷⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2, pp. 76 e ss.

⁷⁹ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 269.

⁸⁰ P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO, “Convenciones Constitucionales y Reglas de Corrección Constitucional”, *Revista de Derecho Político*, N.º 26, 1988, pp. 49 e ss. (75).

⁸¹ *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2, p. 145; também no sentido da consideração da imperatividade como característica fundamental das normas jurídicas, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Introdução ao Estudo do Direito ...*, II, pp. 124-125.

pacífica⁸², dada a dificuldade de reconhecer algumas categorias de normas jurídicas como imperativas⁸³. No entanto, o que está em causa na imperatividade não é a formulação de um comando obrigatório dirigido aos destinatários da norma – o que em termos estritos, restringiria a imperatividade às regras de conduta preceptivas e proibitivas⁸⁴ –, mas sim a susceptibilidade de produção de efeitos obrigatórios⁸⁵ em relação a algum sujeito envolvido na sua esfera de operatividade⁸⁶, virtualidade que se encontra presente, julga-se, em todas as normas jurídicas. Ora, é manifesto que às convenções constitucionais falta esta dimensão de imperatividade ou obrigatoriedade, pois a observância das condutas que corporizam é uma decisão, é uma escolha dos seus sujeitos, a partir da ponderação (global) das vantagens que esse cumprimento das regras convencionais lhes pode trazer⁸⁷. E não se diga que idêntica dimensão de imperatividade se encontra ausente, nos mesmos termos, das normas jurídicas supletivas, cuja aplicação depende da vontade dos seus destinatários. Efectivamente, nas normas jurídicas supletivas há, no momento anterior ao da sua aplicação, uma margem de livre decisão que permite o seu afastamento verificados certos requisitos, mas não ocorrendo esse afastamento nesse momento, a norma aplica-se plenamente verificado o preenchimento dos seus pressupostos, com as consequências advenientes da sua violação caso não seja respeitada. Trata-se de uma imperatividade condicionada ou subordinada⁸⁸, nos termos definidos pela própria norma jurídica em causa, que configura ou auto-restringe a sua imperatividade nestes termos. Nada disto sucede no caso das regras convencionais: aqui, a aplicação da regra, mesmo depois de preenchidos os respectivos pressupostos, continua sujeita à livre decisão dos seus destinatários, assente num cálculo de utilidade; a prática dos comportamentos que são corporizados nas convenções

⁸² Considerando a imperatividade uma característica fundamental do Direito e não de toda e cada uma das normas jurídicas, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...*, pp. 43 e ss. e 501 e ss; MARIA LUÍSA DUARTE, *Introdução ao Estudo do Direito ...*, pp. 45-46 e 93.

⁸³ Cfr. KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 6.^a ed., Lisboa, 1988 (trad. da 8.^a ed. alemã de 1983), pp. 38 e ss.

⁸⁴ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...*, pp. 502-503.

⁸⁵ PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2, p. 146.

⁸⁶ PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2, p. 150.

⁸⁷ Neste sentido, GEOFFREY MARSHALL, *Constitutional Conventions ...*, p. 17;

⁸⁸ Cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2, p. 148.

constitucionais nunca é obrigatória ou imperativa por causa da sua inclusão em regras convencionais.

Chegados a esta conclusão, encontra-se solucionada a questão implícita no título deste estudo: as convenções constitucionais não são regras jurídicas, não tendo por isso lugar ou assento no quadro das fontes do Direito Constitucional.

V. Gorada a tentativa de recondução das convenções constitucionais a regras jurídicas, poderá perguntar-se se, ainda assim, uma vez que se mantém por enquadrar a sua presença no sistema político-constitucional, não seria possível tentar uma outra aproximação das regras convencionais à ordem jurídica, desta feita de forma indirecta, através de princípios ou regras constitucionais. Esta ideia está já de certa forma presente no pensamento de A. V. DICEY, quando refere que a inobservância de uma convenção constitucional “porá quase imediatamente quem a desrespeitou em conflito com os tribunais e com a «law of the land»”⁸⁹.

É verdade que dissentimos há pouco do cometimento às convenções constitucionais de uma função de elucidação e desenvolvimento do conteúdo dos princípios constitucionais, mas o que nos propomos aferir agora é algo de diferente; trata-se de saber se, mantendo uma consideração autónoma das convenções constitucionais enquanto regras de conduta, será possível ligar a sua observância à actuação de um princípio constitucional – não são as convenções que desenvolvem o conteúdo dos princípios constitucionais, mas estes que são utilizados para fundar a imperatividade reflexa das convenções e sancionar a sua inobservância. Partir-se-ia aqui da consideração das expectativas mútuas da adopção de determinados comportamentos criadas nos sujeitos do poder político pela existência de convenções constitucionais para se tentar inferir da quebra da confiança recíproca propiciada pela decisão de não cumprir uma dada regra convencional uma violação do princípio da lealdade constitucional⁹⁰ ou institucional⁹¹, nas designações que lhe são dadas entre nós, ou, nas formulações que lhe são usualmente atribuídas pela doutrina

⁸⁹ *Introduction ...*, p. 390. Sobre o desenvolvimento deste ponto, cfr. JOSEPH JACONELLI, “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 157 e ss.

⁹⁰ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional ...*, pp. 645-646.

⁹¹ Cfr. PAULO OTERO, *A Renúncia do Presidente da República na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 80.

germânica, da confiança entre os órgãos constitucionais⁹² ou ainda do respeito inter-orgânico⁹³. Este princípio, que constitui como que um instrumento «reverso» do princípio da separação de poderes⁹⁴, postula, em traços muito gerais, que, no exercício das suas funções, cada órgão do poder político deve respeitar as atribuições e competências dos demais órgãos, proporcionando um funcionamento eficiente do sistema político-constitucional⁹⁵. Não é difícil de ver que a articulação, nos termos propostos, entre as convenções constitucionais e este princípio constitucional (ou qualquer outro) se mostra problemática. Mesmo que se considerasse que a inobservância das convenções constitucionais, pelo menos num determinado grau ou extensão, colocava em causa a subsistência da confiança entre os órgãos do poder político, necessária para o correcto funcionamento do sistema, não se vê como seria possível considerar afectado um princípio constitucional pela inobservância de uma regra que não é imperativa, que permite aos seus destinatários optar pelo seu cumprimento ou incumprimento, com base num cálculo de utilidade. Não parece possível que um princípio jurídico empreste ou estenda a imperatividade que lhe cabe enquanto elemento da ordem jurídica a regras que não fazem parte dessa ordem e que não são obrigatórias. Assim sendo, improcede também esta tentativa de integração ou ligação indirecta ou reflexa das convenções constitucionais com a ordem jurídica através de princípios constitucionais.

VI. A impossibilidade de integração, directa ou indirecta, das convenções constitucionais na ordem jurídica, levou a doutrina a tentar a sua incorporação noutras ordens normativas, nomeadamente na ordem moral. Esta ideia está especialmente difundida na doutrina britânica. Logo na formulação inicial das convenções constitucionais A. V. DICEY considerava que elas equivaliam à “moral constitucional”⁹⁶. Segundo GEOFFREY MARSHALL, esta caracterização das convenções pode ter dois sentidos: “um é que as convenções sejam o que podemos chamar a moral positiva da Constituição –

⁹² Cfr. WOLF-RÜDIGER SCHENKE, *Die Verfassungsorgantreue*, Berlim, 1977, passim.

⁹³ Cfr. RALPH ALEXANDER LORZ, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht*, Tübingen, 2001, passim.

⁹⁴ ROBERTO BIN, “Il Principio di Leale Cooperazione nei Rapporti tra Poteri”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2001, pp. 3 e ss. (5).

⁹⁵ Cfr. ROBERTO BIN, “Il Principio di Leale Cooperazione ...”, pp. 11-12.

⁹⁶ *Introduction ...*, p. 23.

aquilo que, como questão de facto, os participantes mais importantes no processo político acreditam que lhes é exigido. Nesta perspectiva a existência de uma convenção é uma questão de facto histórica ou sociológica. A possibilidade alternativa é que as convenções sejam as regras a que os actores políticos *se deveriam* sentir obrigados, se tivessem considerado os precedentes e as razões correctamente. Isto permite-nos pensar nas convenções como a moral crítica da Constituição. Embora ambas as perspectivas sejam possíveis, a segunda parece preferível. Permite aos críticos e comentadores dizer que embora uma regra possa parecer ser amplamente ou mesmo universalmente aceite como uma convenção, as conclusões genericamente retiradas de precedentes anteriores, ou as razões apresentadas em justificação, não são as correctas⁹⁷. Estaríamos então, no caso das convenções constitucionais, perante manifestações ou regras da moral crítica, mas uma moral circunscrita aos sujeitos do poder político⁹⁸, aproximável portanto da ideia de moral particular⁹⁹.

Este modo de ver, mesmo no segundo sentido preconizado, não apresenta grandes virtualidades fora do âmbito dos sistemas jurídicos anglo-saxónicos. Ele encontra-se estreitamente conexo com o elemento psicológico que a doutrina anglo-saxónica reconhece nas convenções constitucionais, que, como já vimos, é a convicção da sua obrigatoriedade. É esta obrigatoriedade ou imperatividade das regras convencionais nos sistemas anglo-saxónicos que as vai ligar à ordem moral. Nos restantes sistemas jurídicos, em que o elemento psicológico das convenções se traduz numa expectativa de reciprocidade no âmbito de um cálculo de utilidade, está afastada a obrigatoriedade ou imperatividade – mesmo que entendida como imperatividade imperfeita, específica da ordem moral e diferente da imperatividade da ordem jurídica¹⁰⁰ – das regras convencionais, cujo cumprimento resulta de uma decisão não vinculada dos seus destinatários. Parece, pois, que as convenções

⁹⁷ *Constitutional Conventions ...*, pp. 11-12.

⁹⁸ Cfr. JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Conventions ...”, p. 44.

⁹⁹ Entendida como o “conjunto diversificado de normas morais que pautam a actividade de certos grupos fechados de pessoas, definidos em função da profissão que exercem” (PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. I, 1.º T., Lisboa, 1998, p. 270.

¹⁰⁰ Cfr. PAULO OTERO, *Lições de Introdução ao Estudo do Direito ...*, I/2.º, pp. 151-152.

constitucionais, pelo menos nos sistemas jurídicos fora da família da «common law», também não pertencem à ordem moral.

VII. Mesmo não se mostrando possível a integração das convenções constitucionais nem na ordem jurídica, nem na ordem moral, devido à ausência de imperatividade das regras convencionais, não deixa, porém, de se falar na «necessidade» destas regras. ZAGREBELSKY, por exemplo, afirma que “a não voluntariedade das regras convencionais corresponde à sua necessidade. Esta característica é de tipo particular: é uma necessidade decorrente das condições. Mudando as condições, alterar-se-ão também os equilíbrios de força e em seguida as regras convencionais. (...) distingue-se por sua vez da necessidade que decorre de uma norma jurídica que vale como comando. Neste caso, a necessidade é absoluta, enquanto que a necessidade que deriva da convenção é relativa, subordinada à óptica do utilitarismo, que não exclui, antes postula, a possibilidade que cada sujeito tente, tanto quanto as condições lho consintam, melhorar a própria posição subjectiva, e por conseguinte mudar a regra convencional”¹⁰¹. Trata-se, segundo o mesmo Autor, e ao contrário do que sucede com as regras jurídicas, de uma necessidade relativa e não absoluta¹⁰². Esta ideia de necessidade aproxima-se, de certa forma, julga-se, do requisito da «razão» para a observância da regra, proposto por IVOR JENNINGS, a que se fez referência no início deste trabalho, no sentido de que as convenções constitucionais devem dar resposta a uma necessidade de ordenação social; elas são necessárias para que actuação dos sujeitos possa atingir os fins para que lhes foram conferidos os respectivos poderes ou competências, dando resposta a um problema de coordenação dos seus comportamentos¹⁰³.

A partir desta «necessidade» de regulação social – mas exterior à ordem jurídica – da actuação dos sujeitos do poder político, conclui GUSTAVO ZAGREBELSKY que “as regras convencionais são, por assim dizer, *regras técnicas* das relações político-constitucionais, regras que nos dizem como se

¹⁰¹ *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 266.

¹⁰² Loc. Cit.

¹⁰³ No sentido que lhe é dado por DAVID KELLOG LEWIS, *Convention: A Philosophical Study*, Cambridge, Mass., 1969 (reimp. 2002), pp. 5 e ss. – sobre este ponto cfr. JOSEPH JACONELLI, “The Nature of Constitutional Convention ...”, p. 30; “Do Constitutional Conventions Bind ...”, pp. 173-174.

deve agir para alcançar certos resultados, em determinados contextos objectivos de interdependência entre acções e reacções”¹⁰⁴. Esta aproximação à ordem técnica, se vista em termos amplos e dúcteis, pode iluminar alguns aspectos da natureza das convenções constitucionais, designadamente no que respeita à ausência da imperatividade dos comportamentos que regulam, que também ocorre nas regras técnicas, cuja observância está na disponibilidade dos respectivos destinatários – estas regras indicam os termos que têm de ser seguidos se o agente quiser alcançar um dado resultado, numa relação de causalidade¹⁰⁵. No entanto, como é evidente, não se pode sustentar uma verdadeira equiparação material das convenções constitucionais às regras técnicas, desde logo pelo conteúdo e fins destas, ligados à produção de bens e serviços¹⁰⁶. A ordem técnica não é uma ordem de regulação social¹⁰⁷.

VIII. A conclusão inevitável, no fim deste rápido périplo por alguns aspectos da natureza das convenções constitucionais, é que, não se integrando as mesmas na ordem jurídica, nem na ordem moral, apresentando ao invés algumas similitudes estruturais com a ordem técnica, constituem uma ordem normativa *sui generis*¹⁰⁸, apta à regulação da actuação dos sujeitos do poder político, mas destituída de qualquer tipo de imperatividade.

4. Conclusão

Podemos agora propor algumas respostas para as interrogações que formulámos no início deste estudo. A conclusão principal que podemos tirar é a de que as convenções constitucionais não têm lugar no quadro das fontes do Direito Constitucional, não se integrando, nem directa nem indirectamente na ordem jurídica. São regras de conduta que se traduzem numa actuação reiterada acompanhada de expectativas recíprocas orientadas por um cálculo de utilidade, assim se distinguindo das regras consuetudinárias, que

¹⁰⁴ Loc. Cit.

¹⁰⁵ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito ...*, p. 32.

¹⁰⁶ Cfr. DIOGO FREITAS DO AMARAL, *Manual de Introdução ao Direito ...*, p. 140.

¹⁰⁷ Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, Loc. Cit.

¹⁰⁸ Neste sentido, quanto à natureza das convenções nos sistemas de matriz britânica, mas não nos sistemas de matriz francesa, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional ...*, II, p. 148.

correspondem a práticas reiteradas acompanhadas da convicção da sua obrigatoriedade. Correspondem a uma ordem normativa *sui generis*, que se caracteriza por não possuir qualquer tipo de imperatividade.

Expostos nestes termos sintéticos os resultados da investigação, há que convir que poderiam ser considerados relativamente decepcionantes¹⁰⁹, se se esperasse ver emergir aqui uma subordem normativa capaz de iluminar, a partir do sistema jurídico, as zonas de sombra do relacionamento entre os sujeitos e entidades que participam no exercício do poder político, e de proporcionar o enquadramento jurídico das convenções constitucionais através dos conceitos operatórios fundamentais do Direito Constitucional Organizatório – em especial, do de responsabilidade. As convenções não podem, porém, desempenhar esse papel. Elas mostram a imbricação estreita entre o Direito e a política¹¹⁰, mas a partir de uma firme localização no campo da política. E talvez tenha que ser assim. A margem de livre decisão que a Constituição deixa aos órgãos e entidades do poder político na configuração dos poderes e competências que lhes atribui também corresponde a um valor jurídico constitucionalmente protegido; a autonomia no desenvolvimento da actividade política não pode ser rigidificada pela ocupação do seu espaço através da multiplicação de regras jurídicas, sem o risco de prejuízos efectivos no funcionamento eficiente do sistema político-constitucional¹¹¹. É, pois, como um conjunto de regras de conduta agrupadas numa ordem normativa *sui generis*, não imperativa, cujo campo de actuação corresponde ao espaço de autonomia deixado pelas normas constitucionais na organização e funcionamento do poder político, que as convenções constitucionais devem ser vistas.

¹⁰⁹ Cfr. FÉLICIEN LEMAIRE, “Les Conventions de la Constitution ...”, p. 514.

¹¹⁰ FÉLICIEN LEMAIRE, *Loc. Cit.*

¹¹¹ Cfr. GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Manuale di Diritto Costituzionale ...*, p. 272; CLAUDIO ROSSANO, *La Consuetudine ...*, p. 178.