



2 2009

ΑΛΕΤΗΙΩ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO



ISSN 1887-0929

lib
ere



αΛΕΘΕΙΑ
CUADERNOS CRÍTICOS DEL DERECHO

Número 2- 2009

SUMARIO

DOCTRINA

Págs.

1-81 [La imposición indirecta y el tráfico inmobiliario: problemática derivada de la superposición de los impuestos sobre el valor añadido y transmisiones patrimoniales onerosas. Especial referencia a la transmisión y urbanización de terrenos \(segunda parte\).](#)

Gerardo Moreu Serrano

82-101 O modelo português de justiça constitucional. Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional.

Mariana Canotilho

102-129 [El Derecho Comunitario de aguas y su reciente influencia sobre el Derecho Español](#)

Patricia Domínguez Alonso

JURISPRUDENCIA

José Luis Martín Moreno

Págs.

- 130-141 [Vulneración del derecho a la tutela judicial \(acceso a la justicia\): prescripción de una acción administrativa de responsabilidad extracontractual apreciada sin aceptar su interrupción por una previa demanda presentada ante el orden jurisdiccional civil, cuya incompetencia no era manifiesta \(STC 194/2009, de 28 de septiembre\)](#)
- 142-156 [Permiso parental: cuantía de la indemnización en caso de despido durante dicho permiso \(STJCE de 22 de octubre de 2009\)](#)
- 157-163 [Vacaciones anuales: derecho a disfrutarlas en el período posterior al previsto cuando el trabajador sufre una situación de incapacidad laboral antes de su inicio. Rectificación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo \(STS de 24 de junio de 2009\).](#)

O modelo português de justiça constitucional
Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um
modelo europeu de justiça constitucional

RESUMO: O artigo “O Modelo Português de Justiça Constitucional” é um estudo jurídico sobre a justiça constitucional em Portugal. Analisando a evolução do modelo desde a Constituição da 1ª República até aos nossos dias, explicam-se as suas características no presente, com particular ênfase no funcionamento do Tribunal Constitucional e no sistema de fiscalização da constitucionalidade. Procura-se, igualmente, valorar criticamente o referido modelo, com vista a identificar quais poderiam ser as suas contribuições para um modelo europeu de justiça constitucional.

ABSTRACT: The paper “The Portuguese System of Constitutional Justice” is a study about constitutional justice in Portugal. By analysing its evolution since the Constitution of the 1st Republic (1910) until today, the system’s present characteristics are explained, with particular emphasis in the functioning of the Constitutional Court and the model of judicial review of constitutionality. The paper also analyses the mentioned system critically, in order to identify which could be its contributions to an European model of constitutional justice.

PALAVRAS CHAVE: Justiça Constitucional; Fiscalização da constitucionalidade; Tribunal constitucional; Europa; Portugal; modelos de justiça constitucional.

KEY WORDS: Constitutional Justice, Control of constitutionality Constitutional Court, Europe, Portugal, models of constitutional justice.

CDU: 342. Dereito Constitucional. Dereito Público

O MODELO PORTUGUÊS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Exposição, valoração crítica e possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional



Composición Palácio Ratton

Mariana Canotilho

SUMARIO:

1. INTRODUÇÃO: UM MODELO ORIGINAL E COMPLEXO

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

4. COMPETÊNCIAS

5. O MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

5.1. A Fiscalização abstracta

5.1.1. Fiscalização abstracta preventiva

5.1.2. Fiscalização abstracta sucessiva

5.1.3. Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

5.2. A Fiscalização concreta

6. VALORAÇÃO CRÍTICA E POSSÍVEIS CONTRIBUTOS PARA UM MODELO EUROPEU DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

1. INTRODUÇÃO: UM MODELO ORIGINAL E COMPLEXO

NAscido com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) e tendo assumido os contornos definitivos com a revisão constitucional de 1982, o modelo português de justiça constitucional caracteriza-se pela sua originalidade e complexidade.

É um modelo misto, incorporando elementos quer do modelo de fiscalização concentrada, de tipo kelseniano, quer do modelo de fiscalização difusa, ou *judicial review*, à maneira americana. Assim, têm competência para levar a cabo o controlo da constitucionalidade das normas do ordenamento jurídico português, por um lado, o Tribunal Constitucional e, por outro, todos e cada um dos demais tribunais.

O Tribunal Constitucional é, nos termos do artigo 221º da CRP, “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”, e tem competência exclusiva em matéria de fiscalização preventiva da constitucionalidade, assim como na fiscalização abstracta da constitucionalidade (e, em certos casos, da legalidade) por acção ou omissão, bem como um conjunto apreciável de competências adicionais, elencadas no art. 223º, nº 2, da CRP e na lei. Quanto à fiscalização concreta, o TC julga em última instância os recursos das decisões dos tribunais ordinários em matéria constitucional.

Assim, e ao contrário do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional, em Portugal os tribunais ordinários têm acesso directo à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas. Ou seja, os tribunais comuns são também, no quadro do ordenamento jurídico português, órgãos de justiça constitucional e decidem das questões de constitucionalidade levantadas em cada caso *sub judice*. Todavia, as suas decisões são sempre recorríveis para o Tribunal Constitucional, respeitados os pressupostos processuais. Este decide definitivamente os casos de desaplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, assumindo-se como o órgão de cúpula de um sistema “*difuso na base*” e “*concentrado no topo*”.¹

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A justiça constitucional em Portugal não é, porém, um fenómeno novo. A sua introdução no país data de 1911, com a aprovação da Constituição da 1ª República, cujo art. 63º previa a possibilidade de o poder judicial apreciar, nos casos submetidos a julgamento, “a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e os princípios nela consagrados da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados”. Consagrava-se, assim, um modelo de fiscalização da constitucionalidade inspirado na experiência norte-americana *da judicial review* e na Constituição republicana brasileira de 1891, que

¹ Cf. DUARTE SILVA, António, *Jurisdição Constitucional e Jurisdição Ordinária* – questionário preparatório da Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional de Cartagena de Índias, Novembro de 2007, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020308.html>

constituiu uma inovação no espaço europeu. Todavia, o sistema demonstrou ter parco alcance prático, devido, por um lado, à impossibilidade de conhecimento officioso da inconstitucionalidade e, por outro lado, a uma cultura judicial de grande respeito pela lei, que raramente era posta em causa.

A Constituição de 1933, lei básica do regime ditatorial do Estado Novo, manteve a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade por parte dos tribunais ordinários, tendo introduzido mudanças em vários aspectos do sistema. Desde logo, atribuiu-se ao juiz a faculdade de conhecer *ex officio* das questões de constitucionalidade. Todavia, excluíram-se do controlo jurisdicional as inconstitucionalidades orgânicas e formais, cujo conhecimento ficou reservado para a Assembleia Nacional. Restava aos tribunais comuns a possibilidade de fiscalização de normas com fundamento em vícios materiais, faculdade que, naturalmente, no quadro do regime ditatorial que dominou Portugal até 1974, foi muito pouco utilizada. Apesar disso, o sistema foi sendo discutido nos planos político e dogmático, tendo a proposta de revisão constitucional feita em 1971, na linha de inúmeras sugestões anteriores, previsto a possibilidade de concentrar num ou vários tribunais a competência para exercer o controlo de constitucionalidade.

Nenhuma dessas propostas veio, porém, a concretizar-se, dado que entretanto se deu a revolução de 25 de Abril de 1974. O novo regime democrático aprovaria dois anos depois a Constituição de 1976, na qual se estabeleceram os fundamentos do modelo português de justiça constitucional, dado o carácter *sui generis* do elenco de órgãos constitucionais (e da respectiva divisão de poderes) contido na versão originária da Lei Fundamental Portuguesa.

Assim, em lugar de um tribunal constitucional, o controlo preventivo e abstracto (por acção e omissão) da constitucionalidade cabiam ao Conselho da Revolução², coadjuvado pela Comissão Constitucional³, que constituiria o embrião do Tribunal Constitucional português. A Comissão tinha, por um lado, competências jurisdicionais – julgava, em via de recurso, as questões de constitucionalidade objecto de decisão anterior de um tribunal comum (art. 284º da CRP, na versão de 1976) – e, por outro lado, funções consultivas, emitindo parecer obrigatório sobre a constitucionalidade dos diplomas a ser apreciados pelo Conselho da Revolução, em via de fiscalização preventiva ou abstracta sucessiva, e ainda sobre a existência de violação das normas constitucionais por omissão.

Definiam-se assim os traços fundamentais da jurisdição constitucional em Portugal. Introduziram-se novidades importantes, como a possibilidade de controlo autónomo da constitucionalidade,

² O Conselho da Revolução (art. 142º da CRP de 1976, na versão original) era um órgão atípico, fruto da própria revolução de Abril e anterior à Constituição, que o consagrou como órgão de soberania. Era composto pelo Presidente da República, pelo Chefe e Vice-Chefe do Estado-Maior-General das Forças Armadas, pelos Chefes de Estado-Maior dos três ramos das Forças Armadas, pelo Primeiro-Ministro, quando militar e por catorze oficiais dos distintos ramos das Forças Armadas. Desempenhava funções de “Conselho do Presidente da República e de garante do regular funcionamento das instituições democráticas, de garante do cumprimento da Constituição e da fidelidade ao espírito da Revolução Portuguesa de 25 de Abril de 1974 e de órgão político e legislativo em matéria militar”.

³ Órgão de apoio e consulta em matéria constitucional que funcionava junto do Conselho da Revolução (art. 283º da CRP, na versão de 1976). Era composta por um membro do Conselho da Revolução, por ele designado, como presidente e com voto de qualidade; quatro juizes, um cidadão de reconhecido mérito designado pelo Presidente da República; um cidadão de reconhecido mérito designado pela Assembleia da República e dois cidadãos de reconhecido mérito designados pelo Conselho da Revolução, sendo um deles jurista de comprovada competência.

exercido pelo Conselho da Revolução, mantendo-se, porém, na senda do regime anterior, a competência dos tribunais para o controlo incidental, sujeito a recurso para a Comissão Constitucional. Esta surge, então, como um órgão de “dupla natureza”, ou seja, como um órgão ao mesmo tempo de consulta e jurisdicional. Não era um verdadeiro e próprio tribunal constitucional, mas foi criada como prefiguração desse tribunal. A sua articulação com o Conselho da Revolução foi considerada como muito satisfatória, já que apenas em 13 casos (6,1% do total), este se afastou da orientação proposta no parecer da Comissão.

Nos primeiros anos de vigência da Constituição democrática e do respectivo sistema de justiça constitucional, assistiu-se ao surgimento de uma jurisprudência abundante no domínio da fiscalização concreta, embora de temáticas pouco variadas e essencialmente técnicas. Tratava-se do início da assimilação de uma “cultura da constitucionalidade” por parte da magistratura, caminho nem sempre fácil de trilhar e que se encontra, ainda hoje, em contínuo desenvolvimento. Por outro lado, deu-se um uso prudente à fiscalização abstracta, especialmente à fiscalização preventiva no período 1976-1982 e muito raro, no caso da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (apenas duas recomendações).

Com a primeira revisão constitucional, em 1982, extinguiram-se o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, tendo sido então criado o Tribunal Constitucional⁴. Assim se marcava o fim do período revolucionário, com a consequente jurisdicionalização plena do controlo da constitucionalidade. O TC foi desenhado à semelhança de muitos países europeus, tendo sido decisiva, para a sua institucionalização, a actuação anterior da Comissão Constitucional, valorada por políticos e juristas como muito positiva.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

No actual quadro jurídico-constitucional, o Tribunal Constitucional é, pois, o elemento central do modelo português de justiça constitucional, tendo vindo a afirmar-se como uma instituição de grande importância no cenário jurídico-político nacional. De facto, a Constituição reserva-lhe um papel singular, distinto dos demais tribunais (veja-se que lhe é atribuído um título à parte na organização sistemática da Lei Fundamental), dotando-o de particulares competências e responsabilidades na leitura e interpretação das normas constitucionais.

No que respeita à sua natureza específica, o Tribunal Constitucional assume-se como um verdadeiro *tribunal*, representando, de uma perspectiva *funcional*, o órgão de cúpula do sistema judiciário. Todavia, é um tribunal que se perfila autonomamente face a toda a restante organização judiciária, pelo que, de uma perspectiva *organizatória*, se apresenta como um elemento *a se* no quadro do sistema político. Tem, pois, a natureza de órgão superior do Estado.

⁴ É interessante notar as questões que dividiam os partidos com assento parlamentar, no debate que antecedeu a revisão constitucional de 1982: a manutenção ou eliminação da fiscalização preventiva (o projecto da Aliança Democrática previa a sua eliminação); a manutenção ou não da inconstitucionalidade por omissão (*idem*); o regime de intervenção do TC na fiscalização concreta; finalmente, a composição do Tribunal, havendo consenso quanto à diversidade de origem ou de designação dos juízes, mas diferentes propostas quanto à respectiva concretização. Cf., sobre esta última questão, REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais”, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

O Tribunal é composto (art. 222º da CRP) por treze juízes, sendo dez designados pela Assembleia da República e três cooptados por estes. Todos os magistrados são obrigatoriamente juristas, e seis de eles deverão ser seleccionados de entre os juízes dos restantes tribunais. O mandato é, desde a revisão constitucional de 1997, de nove anos, não renovável, assegurando-se também as garantias de imunidade, independência e imparcialidade típicas dos órgãos desta natureza.

A eleição dos magistrados do Tribunal Constitucional é feita por maioria de dois terços dos deputados (art. 163º da CRP), o que tem obrigado, invariavelmente, a um acordo, pelo menos, entre o partido de maioria governamental e o maior partido da oposição. Este facto garante uma legitimidade democrática alargada, cuja importância tem sido posta em evidência por boa parte da doutrina e pelos próprios magistrados constitucionais. Nas palavras de Luís Nunes de Almeida: “*o Tribunal Constitucional recebe a sua legitimidade, directa ou indirectamente, de uma eleição efectuada no Parlamento, por maioria qualificada. Essa legitimidade de origem, indispensável para um exercício eficaz das funções que lhe estão cometidas, é algo de que os juízes deste Tribunal se orgulham, porquanto reconhecem que na «assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses», símbolo e expressão do pluralismo político, assentam os fundamentos da democracia representativa*”⁵.

As questões da legitimação da jurisdição constitucional e da sua compatibilidade com o princípio democrático ocuparam, aliás, um lugar de destaque na discussão entre a doutrina e a própria magistratura constitucional. De facto, nota-se uma evidente preocupação em dar resposta às críticas que, de tempos a tempos, são dirigidas à actuação do Tribunal Constitucional, e ao seu modo de composição. Segundo aquelas, a solução acolhida na Constituição é passível de conduzir à politização da escolha dos juízes e à conseqüente politização do Tribunal. Por outro lado, há também quem sustente que aquele modo de composição implica uma partidarização das escolhas e, portanto, do próprio Tribunal. Não negando uma certa politização, face ao sistema de eleição parlamentar adoptado, os magistrados constitucionais têm rejeitado a sua qualificação como “meros agentes partidários”. De facto, “*uma bem entendida politização (...) não deve nem pode conduzir à partidarização do Tribunal. (...) Mas tal não impede que, na composição do Tribunal, se deva ter em conta que é imprescindível a existência de uma representação, tanto quanto possível paritária, de juízes com formações culturais e ideológicas diversas; é que, em sociedades como a nossa, em que ocorrem claras fracturas, o Tribunal Constitucional deve reflectir, de modo equilibrado, essas diversas componentes sociais. O que importa fundamentalmente assegurar não é o equilíbrio entre este e aquele partido, entre este e aquele bloco político-partidário, mas entre concepções de vida, pré-compreensões, opções sobre a organização da sociedade — isto é, entre blocos político-culturais*”⁶. A experiência demonstra, aliás, que cada juiz constitucional se pauta por um critério de decisão próprio, fundado na sua mundividência e no seu quadro político-ideológico específico, que

⁵ Cf. NUNES DE ALMEIDA, Luís, discurso proferido na Sessão Solene comemorativa do XX aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, Mosteiro dos Jerónimos, 27 de Novembro de 2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0103.html>.

⁶ Cf. NUNES DE ALMEIDA, Luís, “Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)”, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

nem sempre tem coincidido com o do partido político que apoiara a sua eleição⁷. Aliás, quem conhece o funcionamento do Tribunal Constitucional português sabe que, muitas vezes, mais do que ideológica ou político-partidária, a divisão entre os juízes quanto a determinada decisão se dá entre os magistrados de carreira e os que têm outras experiências profissionais, nomeadamente os oriundos do meio académico. Assim, é de considerar que o modelo constitucional de designação dos juízes tem resultado, não se antevendo a sua modificação em futuras revisões da CRP.

4. COMPETÊNCIAS

Antes de mais, e como já se disse, o Tribunal Constitucional é o órgão constitucional específico para a justiça constitucional, tendo a sua competência um carácter tipificado. Assim, cabe-lhe, em primeiro lugar, nos termos da CRP, apreciar a inconstitucionalidade de quaisquer normas, bem como a ilegalidade de normas constantes de actos legislativos, de diplomas regionais e de normas constantes de diplomas emanados dos órgãos de soberania. Ou seja, o Tribunal Constitucional é o órgão central do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, que analisaremos mais à frente.

No entanto, para além desta competência principal, a Constituição e a lei sujeitam também vários outros assuntos à apreciação do TC. Desde logo, o Tribunal tem várias competências relativas ao Presidente da República, nomeadamente nos processos relativos [à sua morte, impossibilidade física permanente, impedimento temporário, perda de cargo e destituição](#)⁸. São processos em que deve intervir o plenário do Tribunal, e que têm como característica marcante a celeridade, que se evidencia no facto de serem muito curtos os prazos de decisão.

Além das questões que respeitam ao Chefe de Estado, o plenário do TC julga também os recursos relativos à perda de mandato dos Deputado à Assembleia da República ou às assembleias legislativas regionais⁹.

Outra das competências atribuídas ao Tribunal Constitucional e que, em determinados momentos da vida política, consome grande parte dos seus meios e recursos humanos é a competência em matéria eleitoral¹⁰. Efectivamente, cabe ao TC admitir as candidaturas aos órgãos de soberania e julgar, em última instância, a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, os recursos relativos às eleições realizadas na Assembleia da República e nas assembleias regionais e outras acções de impugnação recorríveis. Em matéria eleitoral, o Tribunal intervém ora directamente, ora

⁷ V., por exemplo, o voto favorável do Conselheiro Paulo Mota Pinto à pronúncia pela inconstitucionalidade, em sede de fiscalização preventiva, do Decreto da Assembleia da República, aprovado pelo PSD (partido que propusera o seu nome como magistrado constitucional), que alterava as regras de atribuição do rendimento social de inserção (rendimento mínimo), diminuindo o universo de beneficiários, com fundamento na violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, Acórdão n.º 509/02, de 19 de Dezembro de 2002; veja-se também o voto de vencido do Conselheiro Mário Torres no acórdão em que o Tribunal se pronunciou pela conformidade constitucional do referendo sobre a despenalização da interrupção voluntária da gravidez, promovido por iniciativa do PS (partido que propusera o seu nome como magistrado constitucional), Acórdão n.º 617/2006, de 15 de Novembro de 2006.

⁸ Cf. Art. 87º a 91º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, Lei 28/82, de 15 de Novembro (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro, pela Lei n.º 88/95, de 1 de Setembro, e pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro).

⁹ Cf. Art. 91º A e 91º B da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

¹⁰ Cf. Art. 92º a 102º D da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

em via de recurso das decisões dos tribunais de comarca. A competência cabe ao plenário e os processos caracterizam-se também aqui pela sua extrema celeridade.

No catálogo de competências do Tribunal Constitucional português inclui-se ainda a de fiscalização prévia obrigatória da constitucionalidade e legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral¹¹.

Compete igualmente ao TC proceder ao registo ou anotação dos partidos políticos, coligações e frentes, verificar a legalidade dos seus estatutos e julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações os seus órgãos¹². Cabe-lhe também ordenar a extinção de partidos e coligações. Nesta matéria, a competência para julgar acções de impugnação de deliberação tomada por órgãos de partidos políticos¹³ foi bastante discutida e afigura-se problemática para o próprio Tribunal, dada a dificuldade em traçar a fronteira entre o que é (ainda) controlo do respeito pelos direitos fundamentais e pelo princípio democrático, e uma intolerável ingerência na organização interna dos partidos. Num Acórdão¹⁴ famoso, relativo à impugnação de sanções impostas a três militante pelo Partido Comunista Português, em virtude de estes terem reiteradamente expressado opiniões divergentes da linha política do partido em meios de comunicação social, o Tribunal aproveitou para esclarecer que *“não se trata de substituir o juízo do (partido) pelo do Tribunal, em termos de neste se poder sequer vislumbrar, no quadro aberto a diferentes opções que o preenchimento de cláusulas gerais permite, um julgamento positivo sobre o mérito das soluções punitivas decididas, mas apenas, nos termos acima equacionados, de aferir da sua racionalidade e da sua proporcionalidade. (...) Isto – note-se – sem deixar de salientar que o maior ou menor rigor com que os partidos políticos usam do seu poder disciplinar acaba por de fazer parte do seu modo próprio de agir na vida política e da imagem que pretendem transmitir para a sociedade, dispondo aí de uma ampla margem de discricionariedade”*.

Ainda relacionada com os partidos políticos está a competência para a apreciação e fiscalização das contas dos partidos políticos e das campanhas eleitorais. Nos termos da lei¹⁵, *“as contas anuais dos partidos políticos e as contas das campanhas eleitorais são apreciadas pelo Tribunal Constitucional, que se pronuncia sobre a sua regularidade e legalidade”*. O Tribunal pode, além disso, aplicar coimas quer aos partidos políticos, quer aos seus dirigentes, bem como a pessoas singulares ou colectivas que violem as normas sobre financiamento. O exercício desta competência implica também um enorme volume de trabalhos para o TC, especialmente em anos de eleições e um domínio de conhecimentos que vão muito para além das matérias jurídicas. Para auxiliar o Tribunal Constitucional no desempenho desta tarefa foi criada junto dele a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, composta por três membros, designados pelo próprio TC, dos quais pelo menos um deverá ser revisor oficial de contas. Esta entidade pode requisitar ou destacar técnicos

¹¹ Cf. art. 115º, nº 8, da CRP e art. 105º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional

¹² Cf. Art. 103º e SS. da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

¹³ Cf. art. 103º D da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional e art. 30º da Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de Agosto (Lei dos Partidos Políticos).

¹⁴ Cf. Acórdão nº 185/2003, de 3 de Abril.

¹⁵ Cf. Art. 23º, nº 1, da Lei de Financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais, Lei nº 19/2003 de 20 de Junho, com a alteração introduzida pelo artigo 31º do Decreto-Lei nº 287/2003, de 12 de Novembro.

qualificados de quaisquer serviços públicos ou recorrer aos serviços de peritos ou técnicos qualificados exteriores à Administração Pública¹⁶.

As referidas competências relativas às contas dos partidos e campanhas eleitorais são, na sua actual extensão, relativamente recentes. Foram, aliás, muito discutidas, e contestadas no plano político. Nas palavras do Presidente do Tribunal Constitucional¹⁷, *“a preocupação do legislador foi a de, em obediência a um princípio de transparência que a partir de 1997 obtivera consagração constitucional, sediar numa única instituição o controlo global da actividade financeira dos partidos políticos e dos demais entes que se apresentam ao sufrágio popular. E atente-se em que a partir daquela mesma altura passara também a constituir imperativo constitucional inter alia o estabelecimento por lei das exigências de publicidade do património e das contas daquelas forças políticas. E foi o controlo desse sistema de financiamento político que o legislador cometeu ao Tribunal Constitucional, para o que viria a criar, junto deste tribunal e para o coadjuvar tecnicamente na apreciação e fiscalização das contas, a Entidade das Contas e Financiamentos Políticos. Da actuação subsequente resultou um controlo mais efectivo do financiamento da vida política e por isso um mais adequado cumprimento do mandamento constitucional da transparência”*. No entanto, há ainda um longo caminho por trilhar nesta matéria, para que possam ser plenamente cumpridas as exigências legais.

O Tribunal Constitucional, reunido em plenário, tem igualmente competência para decretar a extinção das organizações que perfilhem a ideologia fascista¹⁸, assim como dos partidos políticos que perfilhem a referida ideologia, a requerimento do Ministério Público¹⁹. Note-se que a possibilidade de extinção de partidos políticos pode ter outros fundamentos além dos ideológicos, a saber: a não apresentação de candidaturas durante um período de seis anos consecutivos a quaisquer eleições para a Assembleia da República, Parlamento Europeu e autarquias locais; a não comunicação de lista actualizada dos titulares dos órgãos nacionais por um período superior a seis anos; não apresentação de contas em três anos consecutivos; finalmente, a impossibilidade de citar ou notificar, de forma reiterada, na pessoa de qualquer dos titulares dos seus órgãos nacionais²⁰.

Ao Tribunal Constitucional português cabe ainda receber as declarações de património e rendimentos dos titulares de cargos políticos e averiguar se todos aqueles que estão obrigados a tal declaração procederam à sua entrega²¹.

Finalmente, assinale-se que compete também ao TC receber e organizar o registo das declarações de inexistência de incompatibilidades e impedimentos dos titulares de cargos políticos, bem como proceder à sua análise e fiscalização²².

Como vimos, o Tribunal Constitucional de Portugal apresenta um extenso catálogo de competências, sendo algumas delas originais e de significativa importância no quadro do sistema

¹⁶ Cf. Art. 25º da Lei de Financiamento dos partidos políticos e das campanhas eleitorais.

¹⁷ Cf. MOURA RAMOS, Rui, Discurso de Sua Excelência o Presidente do Tribunal Constitucional na tomada de Posse da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, 16 de Fevereiro de 2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0117.html>

¹⁸ Cf. Art. 104º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

¹⁹ Cf. Lei n.º 64/78, de 6 de Outubro (Disposições relativas a organizações fascistas) e art. 18º da Lei Orgânica n.º 2/2003, de 22 de Agosto (Lei dos Partidos Políticos).

²⁰ Cf. Art. 18º da Lei dos Partidos Políticos.

²¹ Cf. Art. 106º a 110º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

²² Cf. Art. 111º a 113º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

político-constitucional. Elas não coincidem, porém, inteiramente, com os chamados domínios típicos da justiça constitucional, faltando, nomeadamente, o recurso de amparo, presente em muitas outras jurisdições constitucionais europeias, como a alemã ou a espanhola. Embora a sua introdução na ordem jurídica portuguesa tenha sido repetidamente proposta, a ela têm resistido activamente doutrina e jurisprudência, alegando, entre outros, os perigos de inundação do TC, de alongamento dos processos judiciais e agudização da hostilidade dos tribunais comuns contra o Tribunal Constitucional. Assim, nas sugestivas palavras do Conselheiro Nunes de Almeida, “*relativamente ao actual modelo, o recurso de amparo apenas viria a acrescentar protecção contra algumas situações marginais, não se deve olvidar que, em contrapartida, ele faria inevitavelmente provocar a conflitualidade do Tribunal Constitucional com os restantes tribunais, já que, à semelhança dos países em que aquele mecanismo actualmente se encontra disponível, abundariam certamente os recursos com fundamento na inconstitucionalidade das próprias decisões judiciais; e, mesmo que, como nesses países, a percentagem de êxito de tais queixas viesse a ser muito pequena, seria inevitável que, por outro lado, o número dos processos pendentes subisse exponencialmente, estrangulando o funcionamento do Tribunal Constitucional*”²³. Não é, por isso, expectável, que uma eventual revisão constitucional venha a introduzir alterações nesta matéria.

5. O MODELO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Como acima se mencionou, as funções de controlo da constitucionalidade são atribuídas pela Constituição portuguesa aos tribunais, em geral, e ao Tribunal Constitucional, em especial.

Assim, todos os tribunais se dedicam ao conhecimento e decisão de questões de inconstitucionalidade: a título concreto e meramente incidental, no caso dos tribunais comuns, ou no âmbito de um processo especialmente criado para o efeito ou em sede de recurso de decisão dos demais tribunais sobre a questão de inconstitucionalidade, no caso do Tribunal Constitucional. Em qualquer dos casos, as normas emitidas pelo legislador podem ser objecto de fiscalização, isto é, quer a título principal e abstracto, em processo de fiscalização concentrado, a cargo do Tribunal Constitucional, quer a título incidental difuso e concreto, por qualquer tribunal que deva aplicar uma norma numa situação concreta, as normas contidas num legislativo podem ser objecto de controlo da constitucionalidade²⁴.

No complexo modelo português de fiscalização da constitucionalidade existem, pois, quatro formas de fiscalização: a fiscalização sucessiva concreta da inconstitucionalidade, a cargo de qualquer tribunal, e a fiscalização sucessiva abstracta da inconstitucionalidade por acção, a fiscalização preventiva da inconstitucionalidade por acção, e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, todas exclusivamente a cargo do Tribunal Constitucional. Analisemos cada uma delas.

²³ Cf. NUNES DE ALMEIDA, Luís, discurso proferido na Sessão Solene comemorativa do XX aniversário do Tribunal Constitucional, Lisboa, Mosteiro dos Jerónimos, 27 de Novembro de 2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0103.html>.

²⁴ Cf. CASTRO, Catarina, *Modelos de Justiça Constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional Português à IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Sevilha, 11 a 21 de Outubro de 2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020309.html>.

5.1. A Fiscalização abstracta

A fiscalização abstracta da constitucionalidade (e, em certos casos, da legalidade), faz-se através dos recursos especialmente criados para o efeito, que são interpostos directamente junto do Tribunal Constitucional. Este tipo de fiscalização pode ser por acção ou omissão e, no primeiro caso, pode fazer-se preventiva ou sucessivamente.

Há vários princípios comuns a todos os distintos processos de fiscalização abstracta. Desde logo, a limitação da legitimidade activa para recorrer a entidades públicas, em número mais ou menos extenso segundo o tipo de processo em causa. Além disso, aplica-se em qualquer caso o princípio do pedido, nos termos do qual o TC só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida²⁵. Assim, este princípio impede que o Tribunal analise a constitucionalidade normativa concretizada em preceito diferente do originário. Valem ainda para todos os tipos de fiscalização abstracta os princípios de *iura novit curia*, do controlo da regularidade formal do pedido, do contraditório e da investigação oficiosa²⁶.

5.1.1. Fiscalização abstracta preventiva

A fiscalização abstracta preventiva tem um objecto limitado, só podendo ser sujeitas a este tipo de fiscalização as normas de convenções ou acordos internacionais e os diplomas com valor formal de lei. É um controlo apenas de *constitucionalidade*, e a legitimidade activa para formular o pedido é também bastante reduzida – apenas podem pedir este tipo de fiscalização o Presidente da República (que pode requerer a fiscalização de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura), os Representantes da República nas regiões autónomas (relativamente às normas constantes de decreto legislativo regional que lhes tenha sido enviado para assinatura), e o Primeiro Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República (quando se trate de normas constantes de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica)²⁷.

É um processo célere. A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser pedida no prazo de oito dias a contar da data da recepção do diploma pelo requerente, e o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte e cinco dias, o qual pode ser encurtado pelo Presidente da República, nos pedidos por si formulados, por motivo de urgência²⁸.

A pronúncia pela inconstitucionalidade de normas constantes de decreto ou acordo internacional, por parte do TC, conduz ao veto obrigatório do diploma apreciado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado²⁹. O diploma só poderá vir a ser promulgado ou assinado se que o órgão que o tiver aprovado expurgar a norma julgada inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirmar por maioria de dois terços dos Deputados presentes. No entanto, se o diploma vier a ser reformulado, o Presidente da

²⁵ Cf. Art. 51º, nº 5, da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

²⁶ Cf. Art. 52º e 55º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

²⁷ Cf. Art. 278º da CRP.

²⁸ Cf. Art. 278º da CRP.

²⁹ Cf. Art. 279º da CRP.

República ou o Representante da República, conforme os casos, poderão requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas. No caso de o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados. Ou seja, o veto por inconstitucionalidade funciona como verdadeiro *veto suspensivo*³⁰, podendo ser superado quer pela expurgação da norma considerada inconstitucional, quer pela confirmação do diploma no Parlamento por maioria qualificada.

A doutrina tem questionado³¹ quais os efeitos da eventual superação do veto em relação ao próprio TC, e qual o sentido de uma decisão de inconstitucionalidade posteriormente superada. Relativamente à primeira questão, e uma vez que a decisão do Tribunal em sede de fiscalização preventiva não preclui a possibilidade de novo pedido de controlo em via sucessiva, nada impede que venha a ser declarada inconstitucional a norma antes apreciada. Quanto à relevância da decisão em si mesma, esta terá como efeitos, por um lado, o estabelecimento de uma *presunção de inconstitucionalidade da norma* e, por outro, a formação de um pressuposto de recurso de fiscalização concreta obrigatório, por parte do Ministério Público, sempre que aquela venha a ser aplicada em casos concretos³².

5.1.2. Fiscalização abstracta sucessiva

A fiscalização abstracta sucessiva é o tipo de processo da competência exclusiva do TC que assume maior importância na ordem jurídico-constitucional portuguesa, sendo um importante instrumento para o equilíbrio de poderes entre os distintos órgãos de soberania.

Quanto ao objecto, é bastante mais extenso do que o da fiscalização preventiva: podem ser submetidas a controlo *quaisquer normas*. Dada a indeterminabilidade deste conceito, o Tribunal desenvolveu o seu próprio *conceito funcional de norma* para efeitos de controlo. De acordo com reiterada jurisprudência, entende-se por norma qualquer acto praticado no exercício de um poder ou uma competência estadual, *lato sensu*, de conformação do ordenamento jurídico objectivo ou sob a correspondente forma – isto é, praticado no exercício de um poder normativo público. Excluem-se, pois, de um lado, as chamadas normas privadas; do outro, os actos públicos puramente executivos, como as decisões judiciais e os actos administrativos propriamente ditos, e ainda os actos políticos. E excluem-se também – já que esgotam a sua eficácia no âmbito da própria Administração – os puros regulamentos internos desta³³. A doutrina tem ainda assinalado que este conceito inclui todas

³⁰ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 1029.

³¹ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 1032.

³² Ou seja, para efeitos do art. 280º, nº 5, da CRP.

³³ Cf. CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *Justiça Constitucional* - , Sumários e tópicos das prelecções feitas e da matéria versada na unidade curricular «Jurisprudência de Direito Constitucional I», da área de especialização em «Direito Constitucional», do 2º ciclo de estudos (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra policopiado, Coimbra, 2008.

as normas de actos com força de lei, quer se trate de actos legislativos gerais e abstractos, quer de actos concretos e particulares³⁴.

Além disso, o Tribunal Constitucional admite também a hipótese de fiscalização de normas revogadas, uma vez que a revogação da norma que constitui objecto do pedido não é, por si, bastante para obstar à declaração da sua inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, uma vez que, operando essa declaração, em princípio, *ex tunc*, produz efeitos que retroagem à data da entrada em vigor da norma³⁵. Para tal é, porém, necessário que tal apreciação se revista de um *interesse jurídico relevante*. Como escreveu, a este propósito o TC³⁶: "*há-de (...) tratar-se de um interesse com 'conteúdo prático apreciável', pois, sendo razoável que se observe aqui um princípio de adequação e proporcionalidade, 'seria inadequado e desproporcionado accionar um mecanismo de índole genérica e abstracta, como é a declaração de inconstitucionalidade' (...) para eliminar efeitos eventualmente produzidos que sejam constitucionalmente pouco relevantes ou que possam facilmente ser removidos de outro modo*". Assim, "*para o caso de se encontrarem ainda em aberto situações de efectiva lesão de direitos e interesses legítimos pela aplicação das normas questionadas, essas situações sempre poderão ser, através dos meios jurisdicionais concretos de protecção dos administrados, com suscitação da questão de constitucionalidade, objecto de ponderação caso por caso, na exacta medida das lesões sofridas, devendo considerar-se que, no caso em apreço, tais meios são suficientes para a tutela de tais situações*".

Este tipo de processo inclui fiscalização da constitucionalidade e da legalidade. Assim, o parâmetro de controlo inclui, por um lado, as normas e princípios constitucionais e, por outro, as leis de valor reforçado e os estatutos das regiões autónomas. Exclui-se, porém, claramente, da competência do TC o controlo da legalidade simples (*maxime*, da legalidade dos regulamentos e outros actos normativos da administração).

A legitimidade activa, ainda que limitada a entidades públicas é também bastante mais extensa do que no caso da fiscalização preventiva ou por omissão. Podem requerê-la: o Presidente da República; o Presidente da Assembleia da República; o Primeiro-Ministro; o Provedor de Justiça; o Procurador-Geral da República; um décimo dos Deputados à Assembleia da República; e, finalmente, os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto³⁷. Têm ainda legitimidade para iniciar um processo de fiscalização abstracta da constitucionalidade qualquer dos juizes do TC ou o Ministério Público, sempre que uma mesma norma tiver sido julgada inconstitucional ou ilegal em 3 casos concretos (ou seja, em sede de recurso de fiscalização concreta)³⁸.

³⁴ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 1006.

³⁵ Cf. Acórdão n.º 671/99, de 15 de Dezembro.

³⁶ Cf. Acórdãos n.º 238/88, de 19 de Abril e 465/91, de 11 de Dezembro.

³⁷ Cf. Art. 281.º da CRP.

³⁸ Cf. Art. 82 da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

A declaração de inconstitucionalidade tem força obrigatória geral e produz efeitos *ex tunc* (ou seja, no caso de se tratar inconstitucionalidade originária, a declaração produz efeitos desde a entrada em vigor da norma; se se tratar de inconstitucionalidade superveniente, apenas desde a entrada em vigor da norma constitucional infringida). Além disso, tem lugar repristinação de normas revogadas, quando a inconstitucionalidade seja originária e na medida em que a norma em causa tiver de facto revogado uma norma anterior. A principal exceção à produção de efeitos *ex tunc* é, como é habitual nestas matérias, exceção do caso julgado. Contudo, o conceito não está constitucionalmente definido, pelo que há dúvidas sobre se abrange apenas o *caso julgado* judicial ou também o *caso julgado administrativo* e *outras situações jurídicas* consolidadas. O Tribunal Constitucional tem ainda poderes de ampliação ou restrição dos efeitos da sua decisão, podendo alargá-los aos casos julgados quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos favorável ao arguido, ou restringir o seu alcance quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem³⁹.

5.1.3. Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

Elemento original do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, quase desconhecido nos ordenamentos jurídicos europeus congéneres, a fiscalização da inconstitucionalidade da omissão permite ao Tribunal Constitucional assinalar as omissões legislativas inconstitucionais. Ou seja, este processo específico destina-se a sancionar o silêncio do legislador quando este é contrário à Constituição. As omissões legislativas aqui relevantes não constituem violações do simples dever geral de legislar, mas sim um incumprimento de uma exigência constitucional específica de acção⁴⁰. Derivam, assim do não cumprimento das *obrigações constitucionais de legislar*, em sentido estrito, isto é, do não cumprimento de normas da CRP que, de forma concreta e permanente vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas que concretizem a Constituição⁴¹. De facto, o Tribunal Constitucional tem repetidamente afirmado que a disposição constitucional em que se fundamenta a inconstitucionalidade tem que configurar “*uma incumbência ou «imposição» não só claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir (isto é, quanto ao an da legislação) — em tais termos que bem se pode falar, na hipótese, de uma verdadeira «ordem de legislar» — como o seu cumprimento fica satisfeito logo que por uma vez emitidas (assim pode dizer-se) as correspondentes normas*”⁴². Assim, segundo o mesmo Tribunal⁴³, “*há o dever jurídico imposto pela Constituição, cujo não cumprimento implica omissão juridicamente inconstitucional, quando a Constituição: (a) estabelece uma ordem concreta de legislar; (b) define uma imposição permanente e concreta dirigida ao legislador ou (c) consagra*

³⁹ Cf. Art 282º da CRP.

⁴⁰ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 1033.

⁴¹ Exemplos deste tipo de normas são as constantes dos art. 59º, nº 2, a) (que obriga ao estabelecimento e actualização periódica do salário mínimo nacional), 63º, nº 2 (obrigação de organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado) e 64º, nº 2, a) (criação e manutenção de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito).

⁴² Cf. Acórdão nº 276/89, de 28 de Fevereiro.

⁴³ Cf. Acórdão nº 36/90, de 14 de Fevereiro.

normas que, não se configurando expressamente como ordens de legislar ou imposições constitucionais permanentes e concretas, pressupõem, porém, para obterem operatividade prática, a mediação legislativa”.

Quanto às disposições procedimentais, refira-se que a legitimidade activa para o pedido se limita ao Presidente da República, ao Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, aos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas⁴⁴. O pedido pode ser feito a todo o tempo e a lei não prevê quaisquer prazos para a tramitação do processo. No caso de o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, deverá dar disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Com esta formulação procurou-se uma fórmula menos directiva do que a consagrada na versão originária da Constituição – que permitia ao Conselho da Revolução fazer recomendações aos órgãos competentes no sentido de estes emitirem as normas necessárias para dar exequibilidade às disposições constitucionais – reduzindo-se os poderes do Tribunal a um mero apelo com significado jurídico e, acima de tudo, político, para os órgãos legiferantes⁴⁵.

É ainda de mencionar a possibilidade de verificação da existência de uma *omissão parcial*, isto é, de omissões devidas ao facto de os actos legislativos concretizadores de normas constitucionais privilegiarem certos sujeitos ou situações, esquecendo outros grupos que preenchem os mesmo pressupostos de facto, causada por uma avaliação incompleta ou errónea da situação (já que no caso de exclusão expressa ou deliberada de um certo grupo haverá, antes, inconstitucionalidade por acção, em virtude da violação do principio da igualdade). Foi o que fez o Tribunal Constitucional, por exemplo, no Acórdão n.º 474/02, de 19 de Novembro, que versava sobre o direito à segurança social, tendo afirmado que *“no caso sub specie, indubitavelmente que ocorre uma omissão parcial, já que o legislador deu exequibilidade à norma constitucional que lhe impõe assegurar o direito à assistência material dos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, mas apenas relativamente a alguns deles, com exclusão da generalidade dos trabalhadores da Administração Pública (vejam-se as situações acima apresentadas). Ora, essa omissão parcial é por si suficiente (...) para que se deva ter por verificada uma inconstitucionalidade por omissão”*.

5.2. A Fiscalização concreta

A articulação de um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade à maneira americana com os processos de controlo típicos do modelo concentrado de tipo austríaco constitui a grande nota de originalidade no sistema português de justiça constitucional. Assim, em Portugal, pode afirmar-se que todos os juízes são juízes constitucionais, por todos eles terem *acesso directo à Constituição*. Esta característica insere-se, como acima se explicou, na tradição republicana do direito constitucional português e é uma forma privilegiada de dinamização do direito constitucional.

O poder de fiscalização da constitucionalidade integra, pois, a jurisdição de todo e qualquer tribunal⁴⁶, no contexto de um feito submetido a julgamento. Logo, cada tribunal é competente para apreciar as questões de constitucionalidade relevantes para a decisão de quaisquer questões que

⁴⁴ Cf. Art. 283.º, n.º 1, da CRP.

⁴⁵ Cf. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 1039.

⁴⁶ Cf. Art 204.º da CRP.

caibam na sua competência (definida em razão da matéria, hierarquia, território, etc.) e no seu poder de cognição – sejam de carácter material ou substantivo, sejam de carácter processual. Esta é uma competência officiosa, em consonância com a original concepção da *judicial review* (do controlo difuso na tradição americana) e com o princípio *jura novit curia e*, como tal, deve ser entendida como não mais do que um dever de exame do direito (ordinário) aplicável ao caso⁴⁷. O juiz é, assim, é obrigado a resolver a questão, não havendo suspensão ou reenvio para o TC (como se prevê no modelo austríaco). Há, depois, um simples mecanismo de recurso.

Este é, pois, um processo incidental de controlo da constitucionalidade. Ele é, também a via de acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, dada a inexistência do recurso de amparo na ordem jurídico-constitucional portuguesa, dado que da decisão do juiz da causa principal cabe recurso para o TC, que poderá vir a revogá-la na parte respeitante às questões de inconstitucionalidade.

O recurso para o Tribunal Constitucional afigura-se como um recurso especial no esquema geral de recursos das decisões judiciais, quer quanto ao objecto e à extensão (pois respeita apenas à matéria de um fundamento da decisão), quer quanto ao tribunal de recurso. Note-se ainda a inexistência de alçada, no tocante aos recurso de inconstitucionalidade.

São recorriáveis as decisões quer de recusa de aplicação de determinada norma, por parte do tribunal comum, com fundamento em inconstitucionalidade, quer de aplicação de normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo principal⁴⁸.

Note-se que há-de estar necessariamente em causa a questão da constitucionalidade (ou da legalidade) de uma *norma*, e não directamente da *decisão judicial* recorrida. É fácil compreender a importância crucial deste ponto, mas também as dificuldades que levanta, já que as normas valem, em último termo, com o sentido que lhes é atribuído na interpretação e aplicação que os operadores jurisdicionais delas fazem. Por este motivo, o Tribunal Constitucional português admite que possa questionar-se simplesmente uma norma numa certa interpretação (ou seja, sustentar a inconstitucionalidade apenas da interpretação ou sentido com que a norma foi tomada no caso concreto). As fronteiras são, neste ponto, pouco claras, não sendo óbvia a linha que separa o controlo da constitucionalidade normativa do controlo da actividade jurisdicional, ou seja, das decisões judiciais em si mesmas. Aliás, essencialmente em matéria penal, o TC foi já várias vezes acusado de fazer “verdadeiro amparo”, extravasando as suas competências e introduzindo de maneira *ad hoc* um tipo de recurso inexistente na ordem jurídica portuguesa. No entanto, o Tribunal tem repetidamente afirmado⁴⁹ que determinada questão “*cabe dentro dos poderes de cognição deste Tribunal, quando vier enunciada uma dimensão normativa, aplicada como critério de decisão, que se pretende confrontar com aqueles princípios – e não quando estiver em causa apenas a qualificação dos factos ou a sua subsunção sob uma ou mais normas*”. Assim, acrescenta, “*tem-se entendido que* (nos casos em que se questiona apenas a constitucionalidade de uma determinada

⁴⁷ Cf. CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *Justiça Constitucional*, - Sumários e tópicos das prelecções feitas e da matéria versada na unidade curricular «Jurisprudência de Direito Constitucional I», da área de especialização em «Direito Constitucional», do 2º ciclo de estudos (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra policopiado, Coimbra, 2008.

⁴⁸ Cf. Art 280º da CRP.

⁴⁹ Cf. Acórdão nº 110/2007, de 15 de Fevereiro.

interpretação de uma norma) *se mostra delineada uma questão de inconstitucionalidade normativa, cognoscível em recurso de constitucionalidade, já que o processo interpretativo, extensivo ou de cariz analógico, seguido pelos tribunais decorre, não de uma pura operação subsuntiva no tipo, mas da adopção de um critério normativo, dotado de elevada abstracção e susceptível de ser invocado e aplicado a propósito de uma pluralidade de situações concretas*".

Para que se possa suscitar um incidente de inconstitucionalidade é ainda necessário o cumprimento de certos requisitos e circunstâncias, que se designam por pressupostos processuais⁵⁰. Assim, em primeiro lugar, no caso do recurso de decisão que recuse a aplicação de norma, têm legitimidade para recorrer o Ministério Público e o interessado vencido; o recurso é admissível mesmo que da decisão caiba ainda recurso ordinário; tem, no entanto, de ter havido efectiva recusa de aplicação da norma *com fundamento na sua inconstitucionalidade*. Já no que respeita aos recurso de decisão de aplicação de norma, os pressupostos são mais apertados. Nesse caso, só pode recorrer a parte que tenha suscitado o incidente de inconstitucionalidade, que tem obrigatoriamente que ter sido suscitado *durante o processo*, ou seja, em tempo de o tribunal recorrido ficar a saber que tem essa questão para resolver e, consequentemente, a poder e dever decidir. Apesar disso, o Tribunal Constitucional tem admitido que a questão da constitucionalidade de uma norma jurídica – ou de uma sua interpretação normativa – seja suscitada depois de proferida a decisão em hipóteses excepcionais, como é o caso das situações em que a lei de processo não previa a possibilidade de intervenção da parte, a norma foi publicada no Diário da República depois da última intervenção da parte no processo; ou ainda nas situações de aplicação muito anómala de determinada norma. Por último, a norma tem que ter sido efectivamente aplicada pela decisão recorrida, constituindo sua *ratio decidendi*, e devem esgotar-se previamente todos os recursos ordinários.

Há situações em que o recurso da decisão do tribunal ordinário quanto a uma questão de constitucionalidade é obrigatório para o Ministério Público. Tal sucede no caso de recusa de aplicação de norma constante de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar, bem como quanto à decisão de um tribunal comum que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional. Esta obrigatoriedade visa, como é fácil entender, assegurar o primado da jurisdição do Tribunal Constitucional no julgamento de questões jurídico-constitucionais.

Quanto aos efeitos da decisão do TC em sede de recurso, há que distinguir as decisões com juízo de inconstitucionalidade das decisões negativas (que não julgam a norma inconstitucional). Nestas últimas, o juiz da causa pode resolvê-la aplicando a norma impugnada, não podendo desaplicá-la com fundamento em inconstitucionalidade. Já nas primeiras, o julgamento de inconstitucionalidade tem efeitos *inter partes*, ou seja, limitados ao processo principal, no qual faz *caso julgado*. *Caso julgado formal*, na medida em que impede que a questão volte a ser decidida no quadro do processo concreto, e *caso julgado material*, uma vez que a norma em causa não poderá ser aplicada por qualquer tribunal, no quadro do processo principal. A questão principal da causa será, pois, resolvida conforme o entendimento do tribunal comum competente, respeitando-se o juízo do TC quanto à questão de constitucionalidade.

⁵⁰ Cf. Art. 69º e SS.. da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

6. VALORAÇÃO CRÍTICA E POSSÍVEIS CONTRIBUTOS PARA UM MODELO EUROPEU DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

Apresentado em breves linhas o sistema português de justiça constitucional, cabe agora fazer uma valoração crítica do mesmo e apontar possíveis contributos para um modelo europeu de justiça constitucional.

Em primeiro lugar, há que salientar que o modelo de jurisdição constitucional consagrado em Portugal pela CRP é um dos sucessos da democracia. Após mais de 25 anos sobre a sua instituição, o Tribunal Constitucional é hoje um órgão plenamente legitimado no quadro da cultura jurídico-constitucional portuguesa, cuja actividade se afigura plenamente justificada. O Tribunal teve um papel de grande relevância na definição de uma jurisprudência consistente e uniforme em distintas matérias, nomeadamente, quanto ao contencioso eleitoral, à articulação entre o Estado e as Regiões Autónomas, ao respeito pela reserva de competência legislativa da Assembleia da República, aos princípios da representação política e da separação de poderes, ao direito criminal e, acima de tudo, quanto à defesa dos direitos, liberdades e garantias.

Há vários aspectos que se valoram como bastante positivos no original sistema português e que poderiam ser recriados num modelo europeu de justiça constitucional. Desde logo, e a nível da composição e estatuto dos juízes, o facto de estes terem, desde a revisão constitucional de 1997, mandatos não renováveis, o que constitui um elemento de inegável independência e tem contribuído para uma salutar renovação da composição do Tribunal Constitucional. Ainda relativamente ao estatuto dos magistrados constitucionais, note-se a importância da possibilidade de lavrar voto de vencido. Os votos de vencido têm uma extraordinária importância na jurisprudência constitucional portuguesa, contribuindo para o debate doutrinal e jurisprudencial sobre matérias não consensuais, bem como para a expressão das diversas visões do mundo e das distintas opções político-ideológicas e jurídicas representadas por cada um dos juízes do TC.

No que respeita ao controlo normativo, são elementos originais e positivos, a faculdade de fiscalização da conformidade constitucional de quaisquer normas do ordenamento jurídico, incluindo as não vigentes (e não apenas daquelas com valor formal de lei), bem como o acesso directo dos juízes comuns à Constituição, facto que, paulatinamente (embora não tão depressa como seria desejável) tem contribuído para a formação de uma cultura constitucional no seio da magistratura e para que esta se aperceba de que está também nas suas mãos velar pela implementação efectiva das normas da Lei Fundamental.

Finalmente, em relação aos tipos de processo existentes, merece valoração positiva a utilização que se tem feito em Portugal da fiscalização preventiva da constitucionalidade, bem como (e apesar do número muito escasso de casos) da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, que levou os órgãos de soberania competentes a emanar alguma legislação importante.

Pelo contrário, e olhando agora o “lado negro” do sistema de jurisdição constitucional, cremos que é legítimo afirmar que a prática tornou claro que o TC tem atribuídas competências que não quadram com a sua natureza e que ocupam um volume desproporcionado de recursos e meios

humanos. São elas, as competências em matéria eleitoral, que quase paralisam o Tribunal em período de eleições e a competência para controlo das contas e financiamento dos partidos políticos e campanhas eleitorais, matéria para a qual estariam certamente mais habilitados os magistrados do Tribunal de Contas. Além disso, a competência para controlar a legalidade das decisões de órgãos de partidos políticos tem demonstrado ser manifestamente incómoda e, dada a auto-limitação patente nos juízos levados a cabo, de escasso alcance prático.

Por último, merece igualmente nota negativa a inexistência de prazos de decisão na fiscalização abstracta sucessiva. Este facto permite, em certos casos, uma gestão da oportunidade de certas decisões, segundo critérios políticos ou de qualquer outro tipo, gestão essa que não compete, de forma alguma, ao Tribunal.

De qualquer forma, e para terminar, a conclusão mais importante de qualquer reflexão sobre o modelo português de justiça constitucional é que esta constitui hoje um elemento indispensável do regime democrático. De facto, ela é uma das principais formas de defesa da normatividade constitucional e um limite ao funcionamento incondicionado do princípio maioritário. E como bem lembrou Nunes de Almeida⁵¹, “*hoje, o Estado de direito democrático caracteriza-se tanto pela democracia política revelada em eleições livres como pelo respeito pelos direitos dos cidadãos e dos corpos sociais. Por isso, a Constituição representa estabilidade e uma certa rigidez. Nesta conformidade, uma aparente passividade dos tribunais em matéria de fiscalização da constitucionalidade corresponderia já, afinal, a uma particular opção ou leitura política da Constituição: a da sua reduzida relevância jurídica enquanto norma e enquanto parâmetro para avaliação da legislação ordinária*”. Em Portugal, o Tribunal Constitucional tem sido o principal garante de que isto não acontece.

BIBLIOGRAFIA:

CARDOSO DA COSTA, José Manuel, *Justiça Constitucional*, - Sumários e tópicos das preleções feitas e da matéria versada na unidade curricular «Jurisprudência de Direito Constitucional I», da área de especialização em «Direito Constitucional», do 2º ciclo de estudos (Mestrado) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra policopiado, Coimbra, 2008.

.....*A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3ª edição, Coimbra, 2007.

CASTRO, Catarina, *Modelos de Justiça Constitucional*, Relatório do Tribunal Constitucional Português à IV Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Sevilha, 11 a 21 de Outubro de 2005, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020309.html>.

DUARTE SILVA, António, *Jurisdição Constitucional e Jurisdição Ordinária* – questionário preparatório da Conferência Iberoamericana de Justiça Constitucional de Cartagena de Índias, Novembro de 2007, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos020308.html>.

⁵¹ Cf. NUNES DE ALMEIDA, Luís, Discurso na Sessão Solene comemorativa do XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 27 de Novembro de 2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0103.html>.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MOURA RAMOS, Rui, Discurso de Sua Excelência o Presidente do Tribunal Constitucional na tomada de Posse da Entidade das Contas e Financiamentos Políticos, 16 de Fevereiro de 2009, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0117.html>.

NUNES DE ALMEIDA, Luís, Discurso na Sessão Solene comemorativa do XX Aniversário do Tribunal Constitucional, 27 de Novembro de 2003, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/textos0103.html>.

..... “Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)”, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

REBELO DE SOUSA, Marcelo, “Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais”, in *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional. Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
