

O Tribunal Constitucional Português: a “Fiscalização Concreta” no Quadro de um Sistema Misto de Justiça Constitucional*

Vital Moreira¹

*Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,
antigo Juiz do Tribunal Constitucional.*

DOI: 10.11117/22361766.03.01.04

Portugal é um país pioneiro na coabitação entre o “sistema austríaco” de justiça constitucional. Após o período de transição, onde emergiu a Comissão Constitucional como órgão de garantia da Constituição, a revisão de 1982 criou o Tribunal Constitucional e, com ele, um sistema misto de justiça constitucional que é, nos dias de hoje, praticamente pacífico. – A.A.

SUMÁRIO: 1 A origem do sistema misto de justiça constitucional em Portugal; 2 O sistema de fiscalização da constitucionalidade em geral; 2.1 Traços gerais; 2.2 Órgãos de fiscalização; 2.2.1 Um sistema integralmente jurisdicional; 2.2.2 O Tribunal Constitucional; 2.2.3 Os tribunais comuns; 2.3 Objecto da fiscalização de constitucionalidade; 2.3.1 Os actos normativos; 2.3.2 Fiscalização de certos actos não normativos; 2.3.3 Actos excluídos da fiscalização de constitucionalidade; 2.3.4 Fiscalização das omissões inconstitucionais; 2.4 Natureza e efeitos do juízo de inconstitucionalidade; 2.5 A fiscalização de certas formas de ilegalidade; 3 O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e o recurso de constitucionalidade em especial; 3.1 Princípios da fiscalização concreta da constitucionalidade; 3.2 O recurso de constitucionalidade; 3.2.1 Fundamentos do recurso; 3.2.2 Legitimidade e interesse processual; 3.2.3 Objecto do recurso; 3.2.4 Os requisitos dos diferentes tipos de recurso; 3.2.5 Julgamento dos recursos no Tribunal Constitucional; 3.2.6 Efeitos das decisões dos recursos; 3.2.7 A “filtragem” dos recursos de constitucionalidade; 3.2.8 Interpretação das normas fiscalizadas; 3.3 Recurso constitucional e *Verfassungsbeschwerde*.

* Artigo publicado na *Revista Subjudice*, n. 20/21, jan./jun. 2001; publicado em francês, in: *Lês Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 10, 2001, p. 21-34.

1 O autor deseja agradecer a JOAQUIM PEDRO CARDOSO DA COSTA e a ANTÔNIO DE ARAÚJO, assessores do Tribunal Constitucional, pela ajuda prestada na elaboração deste relatório, nomeadamente a utilização do relatório que eles elaboraram para ser presente à III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha, realizado na Guatemala, nov. 1999, que constitui fonte do presente trabalho, sobretudo no respeitante ao recurso de constitucionalidade.

1 A ORIGEM DO SISTEMA MISTO DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

Portugal é um dos países pioneiros e um dos mais característicos exemplos da coabitação entre o “sistema americano” e o “sistema austríaco” de justiça constitucional. Com efeito, o sistema de justiça constitucional em Portugal é uma combinação do sistema difuso e concreto de judicial review e do sistema concentrado e abstracto de *Verfassungsgerichtsbarkeit*.

O sistema tradicional entre nós antes da Constituição de 1976 era o de *controlo judicial difuso, incidental e concreto* introduzido pela Constituição de 1911 (a primeira constituição republicana) e que transitou para Constituição de 1933 (do “Estado Novo”). Mas esta Constituição, na sua última revisão, realizada em 1971, quase no final do regime autoritário, veio admitir a possibilidade de *fiscalização abstracta concentrada*.

Este sistema misto foi mantido na estrutura constitucional provisória após a Revolução democrática de 25 de abril de 1974, até a aprovação da futura Constituição, tendo a fiscalização abstracta sido confiada ao conselho da Revolução, que adquiriu competência para declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de quaisquer normas.

O texto originário da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 manteve as características essenciais do sistema misto ensaiado na ordem constitucional transitória – combinando a fiscalização judicial difusa e a fiscalização não-judicial concentrada abstracta –, mas introduziu-lhe alguns elementos profundamente inovadores.

O que havia de original nele era: a) a criação de dois novos tipos de fiscalização – a fiscalização das *omissões* inconstitucionais e a fiscalização *preventiva* dos actos legislativos ou equiparados; b) a criação de um novo órgão de fiscalização abstracta – a Comissão Constitucional –, de composição e com funções híbridas (órgão consultivo do Conselho da Revolução quanto à fiscalização abstracta e órgão de julgamento concentrado dos recursos de constitucionalidade provenientes dos tribunais); c) o carácter não-definitivo das decisões dos tribunais que julgassem no sentido da inconstitucionalidade, pois tais decisões eram recorríveis para a Comissão Constitucional, sendo o recurso obrigatório para o Ministério Público, em alguns casos, nomeadamente quando se tratasse de um juízo de inconstitucionalidade sobre uma norma legislativa ou de um tratado internacional.

Criou-se, assim, um sistema extremamente complexo, que combinava elementos de vários modelos mistos de controlo político e jurisdicional, de modelo difuso e concentrado, de impugnação directa e incidental, de efeitos abstractos e concretos.

Na primeira revisão constitucional (1982), a principal inovação residiu na *criação do Tribunal Constitucional*, em substituição do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional, concentrando as funções de ambos.

O Tribunal Constitucional passou a ser o *principal órgão da justiça constitucional*, dispondo da competência para decidir, com carácter definitivo, sobre questões de constitucionalidade, tanto em via de *recurso* das decisões dos outros tribunais em fiscalização concreta da constitucionalidade, proferidas a título incidental nos feitos submetidos a julgamento, qualquer que seja o sentido da decisão, como a *título principal* e com força obrigatória geral, decidindo as questões que lhe sejam apresentadas directamente por certas entidades individualizadas na Constituição.

A primeira revisão constitucional estendeu também o modelo de fiscalização da constitucionalidade a alguns casos especiais de *ilegalidade reforçada*, nomeadamente a fiscalização das infracções aos estatutos das regiões autónomas por parte dos diplomas regionais ou dos diplomas dos órgãos de soberania, bem como das infracções das “leis gerais da República” por parte dos diplomas regionais.

“A aceitação generalizada da justiça constitucional.”

Nas revisões constitucionais subseqüentes (1989, 1992, 1997) não se verificam modificações substanciais quanto ao sistema de justiça constitucional. As principais inovações consistiram no alargamento das funções do Tribunal Constitucional. Assim, o Tribunal passou, por exemplo, a ser competente para verificar a conformidade dos actos legislativos “ordinários” em relação às *leis de valor reforçado* entre a quais as *leis orgânicas*, bem como para verificar a constitucionalidade e a legalidade dos referendos, antes de eles serem convocados.

Em todo o caso, o sistema misto de justiça constitucional tornou-se quase pacífico em Portugal, não sendo praticamente questionado por ninguém, ressalvadas, de vez em quando, algumas declarações dos juízes dos tribunais ordinários, sobretudo ao nível do Supremo Tribunal de Justiça, que contestam o recurso das suas decisões para o Tribunal Constitucional em questões de constitucionalidade, e propõem a eliminação desse recurso. Mas não se vê como é que isso poderia ser feito sem abandonar a filosofia da fiscalização concreta, substituindo-a por um sistema de reenvio prejudicial para o Tribunal Constitucional, à maneira italiana ou alemã.

2 O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM GERAL

2.1 Traços gerais

Existem quatro *formas de fiscalização da constitucionalidade*:

- a) *fiscalização preventiva* da inconstitucionalidade por acção;
- b) *fiscalização sucessiva abstracta* da inconstitucionalidade por acção;

- c) fiscalização *sucessiva concreta* da inconstitucionalidade por acção;
 d) fiscalização da inconstitucionalidade *por omissão*.

“O Tribunal constitucional não detém o monopólio da fiscalização da constitucionalidade.”

Os *órgãos de fiscalização* da constitucionalidade são, por um lado, o Tribunal Constitucional e, por outro, os demais tribunais (todos e cada um dos tribunais). O primeiro tem o exclusivo de fiscalização preventiva, da fiscalização sucessiva abstracta e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e julga os recursos das decisões dos outros tribunais em matéria constitucional. Os tribunais comuns decidem das questões de constitucionalidade levantadas em cada caso *sub judice*, e as suas decisões são sempre recorríveis para o Tribunal Constitucional.

A articulação da várias formas com os diferentes órgãos de fiscalização conduz ao seguinte esquema de *tipos de fiscalização* (ver Quadro I):

QUADRO I

	Fiscalização Preventiva	Fiscalização Sucessiva Abstracta	Fiscalização Sucessiva Concreta	Inconstitucionalidade por omissão
Órgão Competente	Tribunal Constitucional	Tribunal Constitucional	Tribunais comuns Tribunal Constitucional	Inconstitucionalidade por omissão
Iniciativa	Presidente da República, Ministro da República (RA) ^(a) , Primeiro-Ministro ^(b) , 1/5 deputados ^(b)	Presidente da República, Presidente da Assembléia da República, Primeiro-Ministro, Ombudsman Presidente da República, Presidente da Assembléia, Procurador-Geral da República, 1/10 dos deputados, Ministros da República (RA), autoridades regionais ^(c)	Partes na causa Juiz da causa	Presidente da República, Ombudsman Presidente das assembleias regionais ^(d)
Objecto	Convenções internacionais, leis e decretos leis, decretos legislativos regionais, decretos regulamentares regionais	Quaisquer normas	Qualquer norma	Falta de medidas legislativas para cumprir a Constituição
Efeitos da inconstitucionalidade	Veto do Presidente, recusa de ratificação dos tratados internacionais	Nulidade da norma com força obrigatória geral	Desaplicação da norma no caso concreto	Simples declaração da existência da omissão

- ^a Quanto aos diplomas regionais.
- ^b Quanto às leis orgânicas.
- ^c Quanto às normas da República que afectem as regiões autónomas.
- ^d Quanto às omissões legislativas relativas às regiões autónomas.
- ^e Quanto às omissões relativas às regiões autónomas.

a) Fiscalização preventiva

Como o nome indica, é uma fiscalização anterior à própria introdução das normas na ordem jurídica, ou seja, tem por objecto normas imperfeitas. É por natureza um controlo abstracto e, no caso de juízo de inconstitucionalidade, as respectivas normas não chegam a entrar na ordem jurídica.

A fiscalização preventiva desempenha *duas funções* bem distintas: por um lado, impede a entrada em vigor de normas presumivelmente inconstitucionais, evitando assim a produção de efeitos; por outro lado, afasta ou diminui as reservas que tenham sido levantadas ou que presumivelmente viriam a ser levantadas quanto à constitucionalidade do diploma e que poderiam enfraquecer a sua legitimidade e até a sua eficácia.

Quanto à *competência para requerer a fiscalização* há a distinguir três situações: a) O Presidente da República pode pedir a fiscalização de qualquer diploma legislativo ou convenção internacional que lhe seja submetido para promulgação, assinatura ou ratificação; b) o PM e um certo número de deputados à Assembléia da República podem pedir a fiscalização das “leis orgânicas”; c) os Ministros da República para as regiões autónomas podem pedir a fiscalização dos diplomas regionais que lhes compete assinar.

O *âmbito da fiscalização preventiva* também é mais restrito do que o da fiscalização sucessiva, dado que só abrange os diplomas legislativos (da República ou das regiões autónomas) ou equiparados (convenções internacionais e decretos regionais de regulamentação das leis da República).

O órgão competente é naturalmente o Tribunal Constitucional.

b) Controlo concentrado abstracto

No que respeita à fiscalização sucessiva, ou seja, depois das normas publicadas, existe um controlo abstracto e concentrado em “via principal”, em “via de ação” ou “via directa”. O controlo concentrado é independente da fiscalização concreta, mas existe a possibilidade de “trânsito” do controlo concreto para o controlo abstracto, a fim de se obter a generalização das decisões proferidas em controlo concreto (art. 281º-3, CRP).

O controlo concentrado é universal, dado que abrange todas as normas susceptíveis de fiscalização por inconstitucionalidade, que pode versar sobre toda e qualquer norma do sistema jurídico. A fiscalização abstracta compete

ao Tribunal Constitucional em exclusivo, a requerimento de certos órgãos públicos, não estando aos cidadãos, nem sequer aos interesses na fiscalização da norma.

c) A fiscalização concreta difusa

A competência para julgar questões de constitucionalidade é reconhecida a todos os tribunais (art. 204º e 280º, CRP), que podem apreciar, por impugnação das partes ou por iniciativa do próprio juiz, a eventual inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos submetidos ao seu julgamento. Todavia, há sempre possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional – recurso que, em alguns casos, é obrigatório para o Ministério Público –, cabendo a esse Tribunal decidir definitivamente a questão. Mas a decisão continua a valer para o caso que deu origem ao recurso.

“A natureza mista da fiscalização completa.”

O controlo judicial difuso abrange todas as normas do ordenamento jurídico susceptíveis de controlo sob o ponto de vista da constitucionalidade.

O regime da fiscalização concreta revela claramente a sua *natureza mista*, entre o sistema difuso, tradicional em Portugal, e o sistema concentrado, de tipo austríaco, introduzido na Constituição de 1976. O sistema de controlo é um sistema original. Diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de tribunal constitucional, os tribunais comuns também têm *acesso directo* à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária.

d) Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão

Além do controlo da inconstitucionalidade por acção, existe o controlo concentrado de omissões legislativas – controlo da inconstitucionalidade por omissão –, mas as decisões do Tribunal Constitucional sobre a existência da inconstitucionalidade por omissão têm como efeito prático apenas a *certificação da omissão* e a comunicação da decisão, para conhecimento, ao órgão legislativo competente (art. 283º, CRP).

A competência para requerer a fiscalização é assaz restrita (Presidente da República, Provedor de Justiça e presidentes das assembléias regionais, estes no caso de estarem em causa os direitos constitucionais das regiões autónomas).

2.2 Órgãos de fiscalização

2.2.1 Um sistema integralmente jurisdicional

Historicamente, a emergência do conceito de fiscalização da constitucionalidade ficou assinalada por dois elementos fundamentais: a) a possibilidade de declarar a ilegitimidade de uma norma infraconstitucional por motivo de desrespeito pela Constituição; b) a entrega dessa competência a instâncias independentes de natureza judicial, seja aos tribunais comuns (sistema americano), seja a um tribunal especializado, um tribunal constitucional (sistema austríaco).

“Os tribunais como ‘guardiães’ da Constituição.”

Na verdade, a fiscalização judicial da inconstitucionalidade das leis implica a superação da concepção da soberania absoluta do parlamento e da separação de poderes, que durante muito tempo constituíram obstáculo ao controlo da constitucionalidade das leis por um órgão exterior independente, nomeadamente pelos tribunais (e sobretudo pelos tribunais comuns).

Isso não impede obviamente que a observância da Constituição continue a ser tarefa parlamentar, nomeadamente em relação aos actos dos órgãos sujeitos ao seu controlo, a começar pelo executivo. Aliás, ainda hoje a CRP atribui à Assembléia da República a competência para “vigiar pelo cumprimento da Constituição” (art.162º/a), mas ela não pode declarar a inconstitucionalidade, estando limitada a meios de fiscalização política. O mesmo sucede com o Presidente da República, que está obrigado, segundo a fórmula constitucional de tomada de posse, a “defender, cumprir e fazer cumprir a CRP” (art. 127º-3, CRP), funcionando por isso também, dentro dos seus poderes, como um “guardião da Constituição”.

Mas só pode falar de verdadeira e própria fiscalização da constitucionalidade quando ela compete a órgãos jurisdicionais. O que há de original no sistema português é que, em vez de optar por um dos sistemas de fiscalização jurisdicional acima referidos, a CRP conjugou os dois, integrando as potencialidades de um e de outro.

2.2.2 O Tribunal Constitucional

“A idéia do controlo concentrado de constitucionalidade.”

O Tribunal Constitucional, introduzido na revisão constitucional de 1982, constituiu o desenvolvimento lógico da Comissão Constitucional prevista no texto originário de 1976, a qual, além de assessorar consultivamente o CR em matérias de fiscalização abstracta da constitucionalidade que a este competiam, já funcionava como instância suprema de recurso das decisões dos tribunais sobre questões de constitucionalidade.

A idéia de concentrar num único tribunal a competência de fiscalização da constitucionalidade – que entre nós, desde 1911, cabia a todos os tribunais, como qualquer outra questão jurídica –, surgiria, em termos constitucionais, na revisão constitucional de 1971 da Constituição de 1933 (Constituição do “Estado Novo”): todavia, não foi concretizada. A Constituição de 1976, na sua versão primitiva, ao mesmo tempo que manteve a competência dos tribunais em geral para a fiscalização concreta, introduziu todavia um recurso das suas decisões para a Comissão Constitucional (recurso obrigatório em certos casos).

O Tribunal Constitucional veio a receber as tarefas de órgão supremo da fiscalização da constitucionalidade, além de novas funções, em matéria de fiscalização de certas formas de legalidade “reforçada”, em relação ao mandato do Presidente da República, ao contencioso dos actos eleitorais, bem como dos partidos políticos, à fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade dos referendos etc. (cf. art. 223º, CRP).

Na quarta revisão constitucional (1997) foram confiadas ao Tribunal Constitucional duas novas funções: por um lado, o julgamento dos recursos relativos à perda do mandato dos deputados bem como relativos às eleições de titulares de cargos públicos por parte da Assembléia da República; por outro lado, julgar as acções de impugnação da legitimidade das eleições dentro dos partidos políticos e das respectivas deliberações. Em qualquer dos casos, o Tribunal Constitucional conhece da constitucionalidade e da legalidade (*lato sensu*) dos referidos actos (art. 223º-1/g e h, CRP).

No que respeita à fiscalização da constitucionalidade, o Tribunal Constitucional é o órgão competente para a fiscalização preventiva, para a fiscalização sucessiva abstracta e para a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, funcionando como instância de recurso na fiscalização concreta.

“Um tribunal como os outros, mas diferente dos outros.”

Significativa é a ênfase constitucional sobre a *natureza jurisdicional* do Tribunal Constitucional, o que não quer dizer que, embora tribunal ao mesmo título que os outros, o Tribunal Constitucional não seja um tribunal *diferente* dos outros.

2.2.3 Os tribunais comuns

Todos os demais tribunais são também *órgãos da justiça constitucional*. Podem (e devem) apreciar e decidir as questões de constitucionalidade que se suscitarem nos casos submetidos ao seu julgamento, devendo desaplicar as normas que considerem inconstitucionais (art. 204º, CRP).

Trata-se de tirar todas as conseqüências do princípio da *primazia da norma constitucional*, devendo os tribunais “preferir” a norma da lei

fundamental, devendo para o efeito deixar de aplicar as normas infraconstitucionais incompatíveis com aquela.

Diferentemente do que sucede nos sistemas de tipo “austriaco” – em que, por via de regra, os tribunais comuns não dispõem do poder de recusar a aplicação de normas por inconstitucionalidade, devendo remeter ou reenviar para o Tribunal Constitucional as questões de constitucionalidade que sejam suscitadas –, mas em conformidade com o sistema de *judicial review* americano, os tribunais portugueses decidem eles mesmos sobre a constitucionalidade das normas que são chamadas a aplicar, afastando as que considerem inconstitucionais.

Todavia, as decisões dos tribunais comuns sobre questões de constitucionalidade são sempre recoráveis para o Tribunal Constitucional. E quando se trate da *recusa de aplicação* de certas espécies mais importantes de normas (nomeadamente, as contidas em leis e convenções internacionais), o recurso para o Tribunal Constitucional é obrigatório, tendo este a última palavra. Isso quer dizer que *só o Tribunal Constitucional pode em definitivo afastar a aplicação de certos tipos de normas (nomeadamente as leis) por motivo de inconstitucionalidade*.

2.3 Objecto da fiscalização de constitucionalidade

2.3.1 Os actos normativos

“Só as normas são objecto de controlo.”

Nos termos da Constituição, a validade das leis e demais actos do Estado e dos poderes públicos depende da sua conformidade com a Constituição (art. 3º-3). Sucedem, porém, que a fiscalização da constitucionalidade está limitada quase exclusivamente aos actos de carácter normativos, com exclusão dos actos de outra natureza (actos políticos, actos administrativos, actos judiciais em si mesmos).

Pode questionar-se se somente as normas de conteúdo geral e abstracto podem ser objecto de controlo de constitucionalidade. Todavia, não havendo na Constituição qualquer apoio para uma definição material da lei – como acto legislativo geral e abstracto –, não há qualquer fundamento razoável para restringir às leis de conteúdo materialmente normativo o controlo de constitucionalidade. Um tal entendimento é corroborado pela jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

Em contrapartida, estão abrangidas todas as normas, qualquer que seja a sua natureza jurídica e façam parte ou vigorem na ordem jurídica portuguesa. No direito constitucional português, objecto da fiscalização não são apenas os chamados “actos normativos secundários ou terciários” (regulamentos da Administração, regimentos das assembleias, estatutos e

regulamentos das corporações públicas, normas públicas de organizações privadas encarregadas de missões públicas etc.).

2.3.2 Fiscalização de certos actos não normativos

Como se disse acima, *nem todos os actos do poder público estão sujeitos à fiscalização* da sua conformidade com a Constituição.

Ficam fora do sistema de fiscalização da constitucionalidade os actos administrativos propriamente ditos – que todavia, se inconstitucionais, podem ser contenciosamente impugnados por ilegalidade nos termos gerais da justiça administrativa – e os chamados actos políticos ou de governo (por exemplo, a demissão do Governo ou a dissolução da Assembléia da República pelo Presidente da República), que não estão sujeitos a nenhum processo de controlo de legitimidade, mas somente ao controlo político do parlamento e da opinião pública.

Quanto a estes, porém, exceptuam-se a *declaração de estado de sítio* e do *estado de emergência*, que, revestindo natureza normativa, pode ser objecto da fiscalização, nos termos gerais, bem como os actos de convocação de *referendos* ou de *consultas populares locais*, que estão expressamente sujeitos a *controlo preventivo obrigatório* da constitucionalidade e da legalidade (art. 115º-8, CRP).

Desde a revisão constitucional de 1997, estão também sujeitos a controlo de constitucionalidade (e de legitimidade) as decisões parlamentares respeitantes à perda de mandato dos deputados, bem como as eleições realizadas no parlamento.

2.3.3 Actos excluídos da fiscalização de constitucionalidade

“As decisões judiciais em si mesmas não são susceptíveis de controlo.”

Com as excepções assinaladas, estão excluídos do controlo da constitucionalidade todos os demais actos públicos que não contenham normas jurídicas, independentemente da sua natureza, sejam eles actos constitucionais ou actos ou negócios jurídicos administrativos (que estão sujeitos ao contencioso administrativo). E o mesmo sucede com os negócios jurídico-privados e os demais actos de entidades privadas (salvo as normas emitidas no desempenho de poderes públicos delegados, como sucede com os concessionários de serviços públicos ou as federações desportivas).

Também não são susceptíveis de fiscalização da constitucionalidade as *decisões judiciais* em si mesmas. Pode-se atacar uma decisão judicial – recorrendo dela para o Tribunal Constitucional – se ela aplicou uma norma argüida de inconstitucionalidade no processo ou se deixou de aplicar uma norma por motivo de inconstitucionalidade. Mas não se pode impugnar junto do Tribunal Constitucional uma decisão judicial, por *ela mesma* ofender por

qualquer motivo a Constituição. É esta a orientação jurisprudencial, repetidamente afirmada desde o princípio.

2.3.4 Fiscalização das omissões inconstitucionais

O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado; abrange também as *omissões ou inacções do Estado*. A Constituição é também um conjunto de *normas positivas* que exigem do Estado e de seus órgãos uma actividade, uma *acção*. O incumprimento dessas normas, por inércia do Estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua insuficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição: *inconstitucionalidade por omissão*.

Todavia, o mecanismo constitucional de controlo da inconstitucionalidade por omissão (art. 283º) está longe de ser eficaz, por limitações constitucionais e por outras decorrentes da própria natureza peculiar da inconstitucionalidade por omissão. O Tribunal Constitucional só pode ser chamado a verificar a omissão de medidas *legislativas* e não de outras, e não pode fazer mais do que *verificar e declarar* que a omissão existe, não podendo nem pronunciar-se sobre o modo de suprir a deficiência nem muito menos substituir-se aos órgãos legislativos competentes.

2.4 Natureza e efeitos do juízo de inconstitucionalidade

“Acção/omissão.”

A natureza e os efeitos do juízo de inconstitucionalidade são diversos, de acordo com os vários tipos de inconstitucionalidade e consoante as várias formas de fiscalização. Importa analisar os vários casos.

a) Inconstitucionalidade por acção e por omissão

Existe uma grande diferença de natureza entre a fiscalização das acções e das omissões inconstitucionais. A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem eficácia meramente “declarativa” e não “condenatória”, limitando-se o Tribunal Constitucional a *verificar* o não-cumprimento da Constituição por falta de adopção de medidas legislativas necessárias e dar conhecimento do facto aos órgãos legislativos competentes (art. 283º, CRP). A fiscalização da inconstitucionalidade por acção elimina a inconstitucionalidade (ou, ao menos, os seus efeitos), repondo a legalidade constitucional, enquanto que na fiscalização das omissões inconstitucionais isso não sucede, visto que o Tribunal Constitucional não pode criar normas em falta.

b) Fiscalização preventiva e sucessiva

Na fiscalização preventiva, as normas em causa ainda não existem enquanto tais, e a apreciação do Tribunal Constitucional intromete-se no

processo da sua formação. A sua função é *impedir a promulgação* e publicação de diplomas com normas inconstitucionais. Ao contrário, a fiscalização sucessiva tem por objecto normas já pertencentes à ordem jurídica e a sua função é *eliminá-las*, ou, pelo menos, *afastar a sua aplicação*.

Enquanto que na fiscalização preventiva a eficácia do juízo de inconstitucionalidade passa por um acto de terceiros (o veto do Presidente da República ou o Ministro da República), na fiscalização sucessiva tal não sucede, pois é o próprio Tribunal Constitucional que declara a inconstitucionalidade com força obrigatória geral ou que, juntamente com os demais tribunais, julga as normas inconstitucionais, com o que elas não podem ser aplicadas.

“É anômalo que o Parlamento possa superar o veto de inconstitucionalidade do Presidente.”

Registre-se que no caso da fiscalização preventiva, a Constituição admite que a Assembléia da República possa *superar o veto de inconstitucionalidade* do Presidente da República, mediante uma votação por maioria de 2/3, permitindo assim se desejar (art. 279º-2, CRP), o que não pode deixar de se considerar uma solução incongruente e anômala.

c) Fiscalização abstracta e concreta

A natureza e os efeitos da fiscalização concreta são profundamente diferentes dos da fiscalização abstracta: no controlo concreto, os tribunais limitam-se a “desaplicar” *no caso em juízo* as normas que tenham por inconstitucionais, sem que essa decisão tenha qualquer influência sobre a vigência abstracta da norma, continuando esta em vigor e podendo vir a ser aplicada noutro processo, se outro for o entendimento do tribunal competente. Ao invés, a declaração de inconstitucionalidade abstracta pelo Tribunal Constitucional tem *efeitos gerais*, com conseqüente invalidação dessa norma e impossibilidade de ela continuar a ser aplicada por qualquer tribunal ou autoridade.

Na fiscalização concreta, a questão de constitucionalidade é uma questão incidental, “enxertada” na questão principal de natureza cível, criminal ou administrativa, e mesmo quando é descartada, como *recurso de constitucionalidade* para o Tribunal Constitucional, não se autonomiza, permanecendo delimitada pelo caso concreto em que surgiu. Por isso, os seus efeitos são *limitados ao caso concreto*.

2.5 A Fiscalização de certas formas de ilegalidade

“O controlo da legalidade.”

As funções do Tribunal Constitucional não respeitam somente à fiscalização da *constitucionalidade* das normas jurídicas.

Está aí também incluída a fiscalização de certas formas de *legalidade* de determinadas categorias de normas, a saber: a) as normas regionais que infrinjam os limites legais da autonomia regional (contidos nos *estatutos regionais* ou nas *leis gerais da República*), bem como as normas do Estado que infrinjam as garantias legais da autonomia regional (contidas nos estatutos regionais); b) normas de quaisquer leis que infrinjam as *leis de valor reforçado* (art. 280º-1/b, c e d, CRP).

O que há de particular nisto é o facto de a Constituição ter utilizado o sistema próprio da fiscalização da *constitucionalidade* para fiscalizar certas formas qualificadas de *ilegalidade*, ou seja, para garantir o respeito de determinadas leis infraconstitucionais, elas mesmas sujeitas ao controlo da constitucionalidade. Importa saber as razões de tal equiparação.

Quanto à fiscalização das normas regionais que desrespeitam os estatutos ou as leis gerais da República, e dos diplomas da República que desrespeitem os estatutos regionais, trata-se de ilegalidade com particular relevância constitucional, pois elas têm a ver com a figura das regiões autónomas, que detêm também poder legislativo, ao lado do Estado. Trata-se, ao fim e ao cabo, por um lado, de garantir a autonomia regional contra os abusos das regiões autónomas. Aí estão envolvidos conflitos orgânicos entre o Estado e entidades infra-estaduais dotadas de autonomia política, que, à semelhança dos conflitos de tipo federal, constituem matéria da competência do Tribunal Constitucional em vários países.

No que respeita à outra modalidade – a das leis que desrespeitem leis de valor reforçado –, está em causa a garantia de leis a que a própria Constituição atribui *valor paramétrico* em relação a outras leis, devendo portanto prevalecer sobre elas, ou que, por serem leis politicamente muito “sensíveis”, estão sujeitas a processos mais exigentes de elaboração e aprovação e que, por isso, não podem ser contrariadas por leis “comuns”. Trata-se de leis que no geral dos casos detêm um papel especial na regulação do processo político, podendo dizer-se em relação a algumas delas que, não tendo embora valor formalmente constitucional, regulam porém assuntos *materialmente constitucionais*.

3 O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE E O RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE EM ESPECIAL

3.1 Princípios da fiscalização concreta da constitucionalidade

A fiscalização concreta é a que tem lugar no julgamento de qualquer causa judicial, quando se suscita o problema da constitucionalidade de qualquer norma que seja aplicável à causa, qualquer que seja a natureza desta (causa cível, penal laboral, comercial etc.).

A norma constitucional chave é o art. 204 da CRP, segundo o qual “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

A questão de constitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo próprio juiz ou por qualquer das partes na causa. A questão de constitucionalidade pode ser levantada em qualquer instância judicial e em qualquer fase do processo. E pode dizer respeito a qualquer tipo de norma, desde uma lei da Assembléia da República, passando por um decreto legislativo regional, até a um regulamento de uma autarquia local.

“Um esquema original de repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais.”

Levantada a questão de constitucionalidade, o juiz tem de a decidir, se ela tiver interesse para a decisão da causa. E se a decisão for no sentido da inconstitucionalidade, ele não pode aplicar a norma à causa em julgamento. A decisão de inconstitucionalidade tem efeitos limitados à causa em julgamento e não vincula nem esse tribunal nem os demais a julgar futuras questões da mesma maneira.

A fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal assenta, como vimos, num esquema original de “repartição de competências” entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais. Os tribunais (*todos* os tribunais) podem recusar-se a aplicar normas com fundamento em inconstitucionalidade. Eles não podem abster-se de decidir a questão de constitucionalidade nem reenviá-la directamente para o Tribunal Constitucional.

Das decisões dos tribunais em matéria de constitucionalidade cabe *sempre* recurso para Tribunal Constitucional, que é, nos termos do art. 231º da CRP, “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. Mas se o recurso é sempre possível, ele só é obrigatório em certos tipos de casos.

“Descentralização/Concentração.”

Diferentemente do que acontece com outros sistemas dotados de Tribunal Constitucional, em Portugal os tribunais comuns também têm *acesso directo* à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; mas, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa são recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária. O sistema conjuga assim a descentralização, própria dos sistemas difusos, e a concentração no topo próprio dos sistemas de Tribunal Constitucional.

3.2 O recurso de constitucionalidade

3.2.1 Fundamentos do recurso

“O recurso de constitucionalidade está sempre dependente da causa principal.”

O recurso para o Tribunal Constitucional é caracterizado pelos seguintes traços:

- é sempre possível, mas só é obrigatório em certos casos;
- só pode existir se e na medida em que tenha havido uma decisão judicial sobre uma questão de constitucionalidade relativa a uma certa norma, não podendo levar-se ao Tribunal Constitucional uma questão de constitucionalidade não decidida (expressa ou implicitamente) pelo tribunal recorrido;
- é independente da categoria da norma cuja constitucionalidade é controvertida, podendo dizer respeito tanto a leis do parlamento como a normas regulamentares de qualquer tipo;
- é um recurso sempre dependente da causa principal, só podendo seguir na medida em que a questão de constitucionalidade tenha interesse ou seja relevante para a decisão daquela;
- o recurso incide somente sobre a questão de constitucionalidade (ou seja, a questão de saber se um certa norma é ou não conforme a Constituição), e não sobre a questão substancial da causa principal;
- os efeitos da decisão do recurso de constitucionalidade limitam-se ao caso concreto.

Nos termos da CRP e da Lei do Tribunal Constitucional (LTC), o recurso para o Tribunal Constitucional pode ter lugar em relação às decisões dos tribunais:

- que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento em inconstitucionalidade (art. 280º, nº 1, alínea a, CRP) – *recurso de tipo I*;
- que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art. 280º, nº 1, alínea b, CRP) – *recurso de tipo II*;
- que apliquem norma que anteriormente tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (art. 280º-5, CRP) – *recurso de tipo III*.

Os recursos do tipo I e do tipo III cabem da decisão de qualquer tribunal, qualquer que seja a instância em que seja tomada. Os recursos do tipo II apenas cabem das decisões judiciais que não admitam recurso ordinário dentro da ordem jurisdicional onde são produzidas (LTC, art. 70º-2). Assim, se um tribunal aplica uma certa norma, apesar de ela ter sido argüida de inconstitucionalidade, só se abre recurso dessa decisão para o Tribunal Constitucional depois de esgotadas as instâncias judiciais que caibam à “questão suporte”. Por exemplo, se a questão de constitucionalidade foi suscitada numa causa cível na primeira instância, e se pelo seu valor a decisão

dessa causa pode ser recorrível para o Supremo Tribunal de Justiça, então o recurso para o Tribunal Constitucional só pode ter lugar em relação à decisão do Tribunal Supremo.

Além dos recursos de constitucionalidade, a Constituição e a LTC também prevêem os recursos para o Tribunal Constitucional contra decisões judiciais que tenham a ver com a *infracção de leis de valor reforçado*. Assim, estão legalmente previstos os seguintes recursos de legalidade das decisões dos tribunais comuns:

- que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua ilegalidade por violação de lei com valor reforçado (CRP, art. 280º, nº 2, alínea a);
- que recusem aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de “lei geral da República” (CRP, art. 280º, nº 2, alínea b);
- que recusem aplicação de norma constante de diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma (CRP, art. 280º, nº 2, alínea c);
- que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas anteriores (CRP, art. 280º, nº 2, alínea d);
- que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional (LTC, art. 70º, nº 1, alínea i).

3.2.2 Legitimidade e interesse processual

Nos termos do art. 72º da LTC, podem recorrer das decisões de constitucionalidade dos tribunais comuns para o Tribunal Constitucional:

- a) O Ministério Público;
- b) As pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recursos.

“O Ministério Público e a defesa objectiva da ordem constitucional.”

A legitimidade do Ministério Público visa a defesa objectiva da ordem constitucional (JORGE MIRANDA). A legitimidade das partes – pessoas singulares ou colectivas, nacionais ou estrangeiras – visa a defesa dos seus próprios interesses de partes e afere-se pela lei reguladora do “processo-

pretexto” (cível, laboral, criminal e etc.) de que emerge o recurso de constitucionalidade.

Quanto ao seu regime, os recursos do Ministério Público podem ser de dois tipos:

- *recurso obrigatório*, no caso dos recursos do *tipo I*, quando esteja em causa a desaplicação de uma norma legislativa (ou paralegislativa) ou convencional, e do *tipo III* (aplicação de uma norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional);
- *recurso facultativo*, no caso dos recursos do *tipo II* e dos recursos do *tipo I* que se refiram a normas infralegislativas ou infra-convencionais.

No entanto, nos casos de recurso normalmente obrigatório, o Ministério Público pode abster-se de interpor recurso de decisões conformes com a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência constante do Tribunal Constitucional (LTC, art. 72º, nº 4). De facto, esse recurso seria inútil.

No que respeita à legitimidade das partes na causa, ela obedece às regras e aos princípios do “processo-suporte” de que emerge a questão de constitucionalidade, como vimos.

Existe um requisito específico da legitimidade para o recurso do *tipo II*. Só pode recorrer quem tenha suscitado a questão de constitucionalidade “de modo processualmente adequado” perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer (LTC, art. 72º-2). Por outras palavras, é necessário “suscitar a questão de constitucionalidade ou de legalidade de modo processualmente adequado perante o tribunal a quo”.

“Suscitar uma questão de constitucionalidade ‘durante o processo’.”

Suscitar uma questão de constitucionalidade “durante o processo” significa fazê-lo em momento anterior à “decisão final” do tribunal recorrido, ou seja, enquanto a causa ainda se encontra “pendente” nele, em termos de essa mesma questão poder ser tida em conta pelo tribunal no momento de decidir. A questão de constitucionalidade é uma questão incidental, organicamente ligada ao “feito submetido a julgamento” (CRP, art. 204º).

No entanto, podem existir situações excepcionais que podem levar a dispensar o recorrente do ônus da suscitação antecipada da questão de constitucionalidade, nomeadamente aquelas em que o recorrente “não dispôs de oportunidade processual para suscitar a questão de constitucionalidade antes de proferida a decisão recorrida”, por exemplo, quando o interessado não teve a possibilidade de suscitar a questão em virtude de não lhe ter sido

dada qualquer oportunidade para intervir no processo antes da decisão (cf. Acórdãos nºs 136/85 e 47/90, entre outros).

“O interesse processual.”

Não basta que o recorrente tenha legitimidade. É também necessário que o recurso *tenha interesse para a decisão da causa-suporte*. Como referiu o Tribunal, “o julgamento da questão de constitucionalidade desempenha sempre uma função instrumental, só se justificando que a ele se proceda se o mesmo tiver utilidade para a decisão da questão de fundo” (Acórdão nº 86/90). Isto decorre directamente da natureza da fiscalização concreta, intrinsecamente ligada a uma certa causa, cuja decisão carece da solução da questão de constitucionalidade. Portanto, esta só existe se e na medida em que ela é *relevante para a decisão daquela*. Não existe recurso se a questão de constitucionalidade, apesar de ter sido abordada na decisão recorrida, afinal diz respeito a uma norma irrelevante para a decisão da causa principal.

A noção de interesse processual liga-se à idéia de utilidade da decisão da questão de constitucionalidade para a decisão da questão principal (a cargo do tribunal *a quo*). Assim, o Tribunal só deve conhecer de um recurso de constitucionalidade quando a questão de constitucionalidade se puder repercutir utilmente no julgamento do caso de que emergiu o recurso.

Assim, e desde logo, o recurso de constitucionalidade não se mantém se a causa de onde ele emergiu se extingue por qualquer razão (por exemplo, a extinção de um processo penal por efeito de uma amnistia).

Em todo o caso, cabe ao próprio Tribunal Constitucional decidir se a questão de constitucionalidade tem ou não interesse, é ou não relevante para a decisão da causa onde ela surgiu.

3.2.3 Objecto do recurso

O controlo de constitucionalidade é um controlo de normas, não um contencioso de actos ou decisões. No caso do recurso de constitucionalidade, o que se pede ao Tribunal Constitucional não é o escrutínio da constitucionalidade da decisão do juiz *a quo* quanto à questão de fundo em si mesma, mas somente a apreciação da bondade da sua decisão quanto à constitucionalidade ou não de uma certa norma infraconstitucional que seja relevante para decisão do caso substancial *sub judice*.

Podem ser objecto de controlo apenas *partes de um mesmo preceito normativo*, quando este contém mais de uma norma, ou mesmo, quando o preceito contém uma única norma, se só estiver em causa uma parte ou um segmento ideal de norma. São frequentes, quer na fiscalização concreta, quer na fiscalização abstracta, as *decisões de inconstitucionalidade parcial* em que o Tribunal decide que uma certa norma é inconstitucional “na parte em que...” ou “na medida em que...”.

Em contrapartida, o Tribunal está limitado pelas normas que constituem o objecto do recurso. Nos termos do art. 79º-C da LTC, “o Tribunal só pode julgar inconstitucional ou ilegal a norma que a decisão recorrida, conforme os casos, tenha aplicado ou a que haja recusado aplicação”. No entanto, o julgamento de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pode fazer-se “com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada” (LTC, art. 79º-C, *in fine*). Ou seja, o Tribunal está limitado pelas normas que constituem o objecto do recurso, mas não vinculado à qualificação do vício ou aos fundamentos invocados pela decisão recorrida (no caso do art. 70º, nº 1, alínea a, LTC) ou pelas partes (no caso do art. 70º, nº 1, alínea b, LTC).

3.2.4 Os requisitos dos diferentes tipos de recurso

As condições de interposição do recurso de *tipo I* (recusa de aplicação de normas por motivo de constitucionalidade) são:

- que tenha havido efectiva recusa de aplicação, expressa ou implícita, de normas jurídicas numa decisão judicial;
- que a recusa de aplicação tenha tido como fundamento um juízo expresso ou implícito de inconstitucionalidade;
- que o recorrente indique o tipo legal do recurso e a norma cuja inconstitucionalidade pretende que o Tribunal aprecie (LTC, art. 75º-A, nº 1).

O recurso a que se refere a alínea b do nº 1 do art. 280º da CRP (recurso de *tipo II*) tem por objecto as decisões judiciais que apliquem normas argüidas de inconstitucionais pelas partes.

São condições desse recurso:

- que a decisão recorrida haja efectivamente aplicado expressa ou implicitamente a norma (ou normas) argüida de inconstitucionalidade;
- que tenha sido o recorrente a suscitar a questão de constitucionalidade;
- que a questão de constitucionalidade tenha sido suscitada “durante o processo”;
- que se verifique uma exaustão dos recursos ordinários (LTC, art. 70º-2);
- que o recurso possua *viabilidade*, ou seja, que não se configure como *manifestamente infundado* (LTC, art. 76º, nº 2);
- que o recorrente indique o tipo legal do recurso interposto, bem como a norma cuja inconstitucionalidade pretende que o Tribunal

aprecie (LTC, art. 75º-A, nº 1) e a norma ou princípio constitucional que se considera violado e, ainda, a peça processual em que suscitou a questão da inconstitucionalidade (LTC, art. 75º-A, nº 2).

No que se refere ao esgotamento dos recursos ordinários, o objectivo desse requisito é o de que o Tribunal Constitucional só seja chamado a reapreciar decisões que constituam a *última palavra* dentro da ordem judiciária a que pretende o tribunal que as tomou, por forma a não facilitar o levantamento gratuito de questões de inconstitucionalidade e de modo a poupar a intervenção desnecessária do Tribunal.

Por último, o recurso de *tipo III* (recurso das decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional) tem como requisitos:

- que o tribunal tenha efectivamente aplicado, expressa ou implicitamente, uma certa norma;
- que essa norma tenha sido anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional;
- que o recorrente indique o tipo legal do recurso interposto, bem como a norma cuja inconstitucionalidade pretende que o Tribunal aprecie (LTC, art. 75º-A, nº 1) e o acórdão do Tribunal Constitucional em que a norma tenha sido considerada inconstitucional (LTC, art. 75º-A, nº 3).

3.2.5 Julgamento dos recursos no Tribunal Constitucional

Em regra, o julgamento dos recursos em fiscalização concreta realiza-se em secção e não em plenário do Tribunal Constitucional (LTC, art. 70º-1).

Nos termos da Constituição (art. 224º-2), a lei pode determinar o funcionamento do Tribunal Constitucional por secções, salvo para o efeito da fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade. Actualmente existem três secções.

No entanto, o Presidente do Tribunal *pode*, com a concordância do Tribunal, determinar que o julgamento se faça com intervenção do plenário, quando o considerar necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou quando tal se justifique em razão da natureza da questão a decidir.

Em caso de divergência de orientação entre as secções quanto à mesma de constitucionalidade, pode também haver recurso para o plenário (CRP, art. 224º-3 e LTC, art. 79º-D). O recurso é obrigatório para o Ministério Público, quando tenha intervenção no processo, como recorrente ou como recorrido.

3.2.6 Efeitos das decisões dos recursos

No recurso de constitucionalidade, o Tribunal pode *confirmar* a decisão recorrida (se aceitar o entendimento nela adoptado quanto à questão de

constitucionalidade) ou, então, *revogar* a decisão recorrida – na hipótese inversa (LTC, art. 80º). Neste último caso, a competência do Tribunal é puramente *cassatória*, obrigando o tribunal recorrido a reformar a sua decisão quanto à questão de fundo tendo em conta a decisão quanto à questão de constitucionalidade.

As decisões do Tribunal Constitucional fazem, no respectivo processo, *caso julgado formal* impedindo que a questão venha a ser retomada de novo nesse processo. Por outro lado, a decisão do Tribunal constitui *caso julgado material* no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou ilegalidade suscitada (LTC, art. 80º, nº 1).

De todo o modo, na fiscalização concreta da inconstitucionalidade, as decisões do Tribunal Constitucional são unicamente “obrigatórias no âmbito do caso-suporte que deu origem ao recurso de constitucionalidade” (eficácia *inter partes*), não havendo qualquer eficácia *erga omnes* sobre a validade da norma. As decisões de inconstitucionalidade não afectam a vigência da norma em questão nem a possibilidade de ela vir a ser considerada conforme a Constituição e aplicada por outro tribunal (ou pelo Tribunal Constitucional), noutra circunstância.

“Como garantir o respeito pelas decisões do Tribunal Constitucional?”

Um problema que se coloca a este propósito é o de saber que meios é que o Tribunal tem para garantir que suas decisões são aplicadas pelos tribunais recorridos, quando ele as manda reformar. Assim, se o Tribunal revogar a decisão recorrida e ordenar a sua reformulação em harmonia com o decidido quanto à questão de constitucionalidade, e se apesar disso o tribunal recorrido reiterar a sua anterior decisão, em desrespeito da decisão do Tribunal Constitucional, será que cabe *novo recurso* para o Tribunal dessa *nova decisão*? O problema reveste-se de elevado interesse prático. É que, apesar de existir um generalizado respeito do Tribunal Constitucional por parte dos outros tribunais não são de descuidar os riscos de conflitos entre ambos.²

Apesar de as decisões tomadas sobre recurso de constitucionalidade não terem efeitos directos fora do caso em que foram originadas, sempre existem dois efeitos indirectos.

Primeiro, se o Tribunal tiver considerado inconstitucional uma certa norma, e se posteriormente um outro tribunal aplicar essa norma, isso é fundamento bastante para um recurso dessa decisão para o TC, o qual é obrigatório para o Ministério Público (CRP, art. 280º-5). Os tribunais comuns não ficam vinculados pela decisão do Tribunal Constitucional em fiscalização concreta (salvo naturalmente o tribunal da causa, na apreciação dessa causa),

2 Um caso de aparente incumprimento da decisão do Tribunal tomada em via de recurso, pelo tribunal recorrido, pode ver-se no Acórdão nº 184/96 do TC.

mas as decisões daqueles em sentido contrário são necessariamente submetidas à censura dele.

Segundo, se a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional em três casos concretos, o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juizes ou Ministério Público, pode promover a organização de um processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, para efeitos da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes* (LTC, art. 82º).

Com efeito, nos termos do art. 281º, nº 3, da CRP, o Tribunal Constitucional *pode* apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional em três casos concretos. A expressão “pode” demonstra já que o juízo de generalização da inconstitucionalidade não se produz automaticamente, exigindo sempre uma reapreciação da questão em abstracto.

3.2.7 A “filragem” dos recursos de constitucionalidade

Tal como sucede com os recursos de constitucionalidade do tipo do “recurso de amparo” ou da *Verfassungsbeschwerde*, nos países onde eles existem, também o recurso de constitucionalidade português pode dar lugar a abusos, designadamente como expediente dilatório.

De qualquer modo, é a fiscalização concreta que preenche de forma mais intensa a actividade do Tribunal. Nada menos do que 96% do total das decisões proferidas no âmbito normativo entre 1993 e 1996 respeitaram ao controlo concreto da constitucionalidade. Dentro da fiscalização concreta, os recursos facultativos de decisões que aplicam normas arguidas de inconstitucionais (*recursos de tipo II*) têm vindo a ultrapassar os recursos obrigatórios do Ministério Público de decisões que recusam a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade (*recurso de tipo I*).

“Os riscos de um uso indevido do recurso de constitucionalidade.”

Isto revela uma tendência para maior utilização do recurso facultativo de constitucionalidade. A percentagem de êxito, isto é, de provimento (total ou parcial) desses recursos dos particulares é, no entanto, assaz reduzida, situando-se na ordem dos 17,4% (1995) e 10,4% (1996), o que contrasta bem com o sucesso dos recursos do Ministério Público (41% em 1995; 82% em 1996).

O uso indevido do recurso de inconstitucionalidade provoca naturalmente o “engarrafamento” do Tribunal e a conseqüente demora na apreciação dos processos. Por esse motivo, a LTC prevê diversos mecanismos para atenuar esse problema. Actualmente, são os seguintes os mecanismos de “filragem” e de agilização da capacidade do Tribunal para lidar com os recursos de constitucionalidade:

- a possibilidade de o Ministério Público se abster de interpor recurso de decisões conforme a orientação que se encontre já estabelecida, a respeito da questão em causa, em jurisprudência uniforme do Tribunal Constitucional (LTC, art. 72º, nº 4);
- a necessidade do recorrente indicar explicitamente o tipo de recurso e, no caso de recurso de *tipo II*, indicar também a norma constitucional supostamente infringida, bem como a peça processual onde o recorrente suscitou a questão da inconstitucionalidade (LTC, art. 75º-A, nº 2);
- a possibilidade de rejeição liminar dos recursos de *tipo II*, logo no momento da apresentação do recurso no tribunal recorrido, quando forem “manifestamente infundados” (LTC, art. 76º-2);
- a previsão de uma “decisão sumária” do relator (a grande inovação da revisão da LTC de 1998), quando este entender que não pode conhecer-se do objecto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, podendo tal “decisão sumária” consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal do Tribunal (LTC, art. 78º-A, nº 1);
- o alargamento dos poderes do relator do processo, poupando a intervenção colegial, nos termos do art. 78º-B da LTC;
- a condenação em custas da parte que decair, nos recursos de *tipo II*, e a possibilidade de condenação como litigante de má-fé (LTC, art. 84º);
- o desdobramento do Tribunal em três secções não especializadas, em vez de duas que existiam desde o início (LTC, art. 41º).

Existem indícios que apontam para o sucesso de alguns dos mecanismos introduzidos pela Lei nº 13-A/98, sobretudo as “decisões sumárias” do relator. Um número considerável de recursos foi objecto de decisões desse tipo, com reduzida taxa de impugnação ou de sucesso desta.

Além destes mecanismos gerais, há também os destinados especificamente a lidar com os “processos-massa”, ou seja, grande número de processos sobre a mesma questão de constitucionalidade. Aqui são de referir em especial três mecanismos:

I – depois de julgado um caso desses, os acórdãos subseqüentes limitam-se a remeter para a fundamentação do primeiro, que assim funciona como um “padrão”;

II – o Presidente do Tribunal pode fazer intervir o plenário, e a decisão aí tomada vale como precedente, sendo acatada pelos juízes que intervieram na discussão, ainda que acaso hajam manifestado discordância quanto à fundamentação e, mesmo, quanto ao sentido da decisão;

III – se existirem três decisões no sentido da inconstitucionalidade, qualquer dos juízes ou o Ministério Público podem desencadear o processo de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (LTC, art. 82º) que depois será aplicada, se for caso disso, a todos os processos que entretanto chegarem ao Tribunal.

3.2.8 Interpretação das normas fiscalizadas

O controlo de constitucionalidade é sempre (salvo o da inconstitucionalidade por omissão) um juízo de incompatibilidade entre uma norma ou princípio constitucional e uma norma infraconstitucional. Ora, isso implica necessariamente uma tarefa de interpretação, não apenas da Constituição, mas também da *norma infraconstitucional* em causa. Pode acontecer que uma norma infraconstitucional tenha mais do que um sentido, e que, com um deles viole a Constituição, ao passo que com outro isso não suceda.

“A interpretação conforme a Constituição.”

Em sede de fiscalização abstracta, em que é o próprio Tribunal Constitucional que procede à tarefa de confronto das duas normas, sem ter de apreciar nenhuma decisão anterior de outro tribunal, nada impede (e tudo requer) que a norma só seja declarada inconstitucional, se nenhuma das interpretações possíveis da norma evitar esse resultado (*interpretação conforme a Constituição*). Ponto é que a interpretação tida por conforme a Constituição seja *comportável* pela norma, não sendo necessário “forçar” esta de modo a admitir tal interpretação.

São mais complexas as coisas quando se trata de fiscalização concreta. Primeiro, é evidente que cada um dos tribunais comuns deve efectuar, se necessário, uma interpretação conforme a Constituição; depois, o Tribunal Constitucional não vai apreciar a questão da constitucionalidade em abstracto, mas sim em via de recurso, *no quadro da decisão recorrida*, ou seja, justamente para confirmar ou revogar a decisão recorrida quanto à solução dada à questão da constitucionalidade. A dificuldade está, pois, em saber se o Tribunal Constitucional pode fazer uma interpretação diferente da norma em questão, revogando portanto a decisão recorrida que julgou inconstitucional certa norma, e impondo-lhe a aplicação da norma com o sentido fixado pelo Tribunal Constitucional. Inversamente, também é questionável, nos mesmos termos, se o Tribunal Constitucional pode julgar inconstitucional uma norma por entender não ser possível a interpretação conforme a Constituição efectuada pelo tribunal recorrido.

A solução do problema depende, portanto, de saber-se, nos recursos de constitucionalidade, a norma em causa é a norma em abstracto, ou antes a norma com o *sentido concreto que o tribunal recorrido lhe atribuiu*. Por outro lado, tudo está em saber se o Tribunal Constitucional pode, não apenas revogar as decisões dos restantes tribunais em matéria de incons-

titucionalidade, mas também impor-lhes a sua própria interpretação das normas em causa.

A LTC é expressa nesse sentido, quando estipula que quando a decisão do Tribunal “se fundar em determinada interpretação (da norma em apreciação) esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa” (art. 80º-3). Isto quer dizer que o Tribunal Constitucional pode adoptar uma interpretação da norma com um sentido diferente daquele com que a norma foi interpretada e aplicada pelo tribunal recorrido, chegando por isso a conclusão diversa sobre a constitucionalidade da norma. O tribunal recorrido fica obrigado a seguir essa interpretação no processo em causa.

No entanto, a resposta mais conforme com o sentido de recurso de constitucionalidade e com a autonomia dos tribunais comuns na aplicação do direito ordinário deveria ser em princípio negativa, “não devendo o Tribunal Constitucional afastar-se, senão excepcionalmente, do entendimento que o tribunal recorrido fez da norma fiscalizada” (cf. Acórdãos nºs 340/87 e 398/89).

3.3 Recurso constitucional e *Verfassungsbeschwerde*

O recurso de constitucionalidade português não pode confundir-se com o “recurso de amparo” espanhol nem com o *Verfassungsbeschwerde* alemão, que são instrumentos de garantia específica dos direitos fundamentais, permitindo aos lesados por qualquer decisão dos poderes públicos, incluindo dos tribunais, recorrer ao Tribunal Constitucional. Aí não está em causa directamente a questão de constitucionalidade de normas de direito ordinário, como no caso português, mas sim a constitucionalidade da decisão administrativa ou judicial em si mesma.

No caso português, só existe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões judiciais e apenas na medida em que elas tenham decidido uma questão de constitucionalidade das normas aplicáveis à causa (de natureza civil, criminal, laboral etc.) que lhe foi submetida para julgamento.

A Constituição pressupõe claramente três coisas: a) que toda a decisão judicial consiste na aplicação de normas e que estas é que podem ou não ser inconstitucionais; b) que, por isso mesmo, uma decisão judicial só pode normalmente ofender a Constituição quando aplique norma inconstitucional ou deixe de aplicar por esse motivo norma que o não é; c) que as vias de recurso ordinárias dentro de cada ordem jurisdicional (tribunais ordinários, tribunais administrativos) serão em regra bastantes para corrigir eventuais actos judiciais inconstitucionais em si mesmos.

“Será necessário um recurso de amparo?”

A verdade, porém, é que podem configurar-se hipótese em que uma decisão judicial ofende directamente a Constituição – por exemplo, a aplicação

de uma pena mais grave do que a prevista na lei para o crime em julgamento –, podendo entender-se não serem meios de defesa bastantes os recursos ordinários que caibam no caso (se é que a decisão em causa ainda admite recurso). É por isso que de vez em quando têm surgido propostas de introdução na Constituição do recurso de constitucionalidade directamente contra decisões inconstitucionais dos órgãos do poder, incluindo os tribunais. Tal sucedeu ainda na última revisão constitucional (1997), porém sem êxito.

No entanto, é evidente que o recurso de constitucionalidade em fiscalização concreta no sistema português cumpre algumas das funções do recurso de amparo e mecanismos semelhantes. Primeiro, toda a decisão de um órgão do poder não-judicial pode ser impugnada junto de um tribunal, podendo ser questionada justamente por ser inconstitucional, abrindo desse modo a possibilidade de recurso ulterior para o Tribunal Constitucional, se verificarem os respectivos pressupostos. Depois, sempre que os tribunais adoptem decisões eventualmente desconformes com a Constituição, pode ser possível atacá-las junto do Tribunal Constitucional com base em que elas aplicaram uma norma inconstitucional em si mesma ou inconstitucional na interpretação dela que permitiu a referida decisão.

“Já é possível obter entre nós alguns efeitos do recurso de amparo.”

Ora, é de salientar justamente que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem permitido, ainda que de forma lateral ou mitigada, alcançar alguns dos efeitos do recurso de amparo, designadamente quando admite a sindicabilidade das normas com uma determinada interpretação, a interpretação acolhida na decisão recorrida. Na verdade, como o Tribunal vem decidindo, através de uma abundante e reiterada jurisprudência, a questão de constitucionalidade tanto pode respeitar a uma norma (ou a uma parte dela) como também à interpretação ou sentido com que foi tomada no caso concreto e aplicada (ou desaplicada) na decisão recorrida, ou mesmo a uma norma “construída” pelo juiz recorrido a partir da interpretação ou integração de várias normas textuais (desde que estas sejam devidamente identificadas).³

Nesses casos, pode ver-se uma espécie de “quase-recurso de amparo”, visto que aí o Tribunal Constitucional controla não a constitucionalidade da norma enquanto produto do legislador, mas sim na interpretação/aplicação que o tribunal recorrido dela fez.

É bom de ver que nem sempre é fácil distinguir as situações em que se está perante uma questão de inconstitucionalidade normativa numa dada interpretação e as situações em que se está já a controlar a decisão judicial em si mesma (ou seja, em que tem lugar, por essa via, um verdadeiro “amparo

3 Cf., por exemplo, entre vários, os Acórdãos n.ºs 106/92, 151/94, 612/94, 243/95, 829/96, 205/99, 655/99 e 383/2000, em especial os três últimos.

constitucional"). Ainda recentemente, o Tribunal Constitucional viu-se confrontado com esse problema, a propósito de uma interpretação de uma norma do Código Penal, não tendo o Tribunal chegado a determinar por entender que não era necessário se o objecto do recurso era efectivamente essa norma do Código Penal ou antes uma norma construída pelo julgador através de um processo de integração de lacuna por analogia, nos termos do art. 10, nºs 1 e 2, do Código Civil.⁴

⁴ Cf. o Acórdão nº 205/99 e a declaração de voto do Conselheiro CARDOSO DA COSTA, considerando que nesse caso se não estava já perante uma questão de inconstitucionalidade "normativa".