

O REGIME DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

Portugal's system of constitutionality positive control

Jorge Miranda¹

RESUMO

A fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais foi consagrada em Portugal pela Constituição de 1911, a primeira Constituição republicana portuguesa, e, em larga medida, sob direta influência da Constituição republicana brasileira de 1891 e do pensamento de Rui Barbosa. Dessa Constituição passaria para a Constituição de 1933, mas, tanto na vigência de uma quanto de outra, teria escassíssima prática, embora por causas diferentes: a turbulência da I República e o carácter autoritário do regime de Salazar. Seria apenas com a Constituição de 1976, com um Estado de Direito democrático, que viria a ter pleno desenvolvimento. E seria com esta que adquiriria contornos de singularidade, pela conjugação dos poderes de todos os tribunais (art. 204) – aos quais cabe a *primeira palavra* em questões de inconstitucionalidade – e do Tribunal Constitucional (art. 280) – ao qual pertence sempre a *última palavra*. É sobre este regime complexo de fiscalização (de resto, não sem parecenças com o que existe no Brasil) que vão versar as palavras que se seguem.

Palavras-chave: Constituição; Fiscalização; Inconstitucionalidade; Portugal.

ABSTRACT

Courts' positive control of the constitutionality of laws, in Portugal, was assumed by 1911 Constitution, the first Portuguese republican constitution, elaborated under the influence of the Brazilian Republican Constitution of 1891 and Rui Barbosa's ideas. This control also had presence at 1933 Constitution. In both constitutions it had no practical effects, due to different reasons: the turbulence of the First Republic and the authoritarian character of the Salazar regime. It would be only at 1976 Constitution, with a democratic rule of law, that this positive control would reach full development. Also, under this last Constitution it would

¹ Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Lisboa – Portugal. Texto recebido em 17.03.11.

acquire a singularity by putting together all courts (art. 204) – the first one to judge constitutionality questions - and the Constitutional Court (art. 280) – the last judgement instance. This article approaches this complex system of enforcement (very similar to Brazil's system).

Keywords: Constitution; Inconstitutionality; Portugal; Positive Control.

1.1 Como se sabe, há quatro estatutos possíveis dos tribunais frente às questões de inconstitucionalidade:

a) incompetência para conhecer e, portanto, para decidir – é o estatuto típico do modelo de matriz francesa;

b) competência para conhecer e para decidir (naturalmente com recurso para tribunal superior) – é, inversamente, o essencial do modelo norte-americano;

c) competência para conhecer, mas não para decidir, salvo (com diferentes gradações) sobre a viabilidade da questão (por isso caber a um tribunal situado fora da ordem judicial, o Tribunal Constitucional) – é o regime resultante da atenuação ou modificação do modelo austríaco feita em 1929 e comum à generalidade de países com tribunal constitucional;

d) competência para conhecer e para decidir, com recurso possível ou necessário (conforme os casos) para um tribunal situado fora da ordem judicial – é o sistema introduzido em Portugal, em 1976, com a Comissão Constitucional e confirmado e ampliado, em 1982, com o Tribunal Constitucional.

1.2 Entre o terceiro e o quarto sistemas, não se trata apenas de o tribunal da causa receber ou não o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade e de, através dele, o de influir na própria questão principal, com a consequente distinta natureza da figura processual que corre diante do Tribunal Constitucional. Trata-se ainda do sentido da intervenção deste na perspectiva geral da fiscalização.

No terceiro sistema, com efeito, o incidente de inconstitucionalidade, ou reenvio prejudicial, é um pressuposto da fiscalização abstrata: o seu escopo tanto abarca a fiscalização concreta como a abstrata.

Já no quarto sistema é da inconstitucionalidade no caso concreto que exclusivamente se cura: quer o tribunal *a quo* quer o Tribunal Constitucional apenas conhecem da inconstitucionalidade da norma na sua aplicação ao caso *sub judice*, e é aí que apreciam a sua existência e a sua procedência; nunca da inconstitucionalidade em abstrato ou em tese.

Em contrapartida, o acesso ao Tribunal Constitucional acha-se mais facilitado no quarto sistema do que no terceiro: neste, é ao tribunal da causa que compete deferir ao Tribunal Constitucional a questão de inconstitucionalidade, ao passo que no quarto as partes recebem o direito de interpor recurso – verdadeiro direito fundamental – e, inclusive, por força de lei, o direito de reclamação perante o próprio Tribunal Constitucional.

Observe-se, no entanto, desde já, que o cunho muito peculiar do atual sistema português não obsta à relevância da decisão do Tribunal Constitucional (tal como, antes, da Comissão Constitucional, que o antecedeu e funcionou de 1976 a 1983) para além do caso concreto. Ela é dupla: 1.º porque cabe recurso da decisão de qualquer tribunal que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5); 2.º porque, quando o Tribunal julga três vezes inconstitucional ou ilegal a mesma norma, pode, de seguida, ser desencadeado um processo (de fiscalização abstrata) com vista à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral (art. 281, n. 3).

2.1 O art. 204 da Constituição é, pois, o ponto de partida necessário da fiscalização concreta da constitucionalidade (e da legalidade) e significa, antes de mais, que:

a) todos os tribunais, seja qual for a sua categoria (art. 209), exercem fiscalização – a qual implica “apreciação”, e não simplesmente “não aplicação”;

b) a fiscalização dá-se nos “feitos submetidos a julgamento”, nos processos em curso em tribunal, incidentalmente, não a título principal;

c) ninguém pode dirigir-se a tribunal a pedir a declaração de inconstitucionalidade de uma norma, mas é admissível que alguém se lhe dirija propondo uma ação tendente à declaração ou à realização de um seu direito ou interesse, cuja procedência depende de uma decisão positiva de inconstitucionalidade – é o que sucede hoje, muito especialmente, nas ações para efetivação de responsabilidade civil do Estado por atos legislativos, segundo a Lei n. 67/2007, de 31 de dezembro de 2007;

d) a questão de inconstitucionalidade *só pode e só deve* ser conhecida e decidida na medida em que haja um nexo incindível entre ela e a questão principal objeto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento;

e) trata-se de questão prejudicial *imprópria*, porque questão que se cumula com a questão objeto do processo e cujo julgamento cabe ao mesmo tribunal, não se devolve para outro processo ou para outro

tribunal. Questão prejudicial própria só se verifica, quando haja recurso para o Tribunal Constitucional;

f) o juiz conhece da questão em qualquer fase do processo e, por conseguinte, a sua decisão pode não ser uma decisão final (pode ser o despacho saneador ou a decisão sobre reclamação);

g) a questão tanto pode ser suscitada na primeira instância como em recurso;

h) suscitada a questão de inconstitucionalidade em tribunal de primeira instância, tem também ela de ser suscitada em tribunal de recurso, em termos de este saber que tem de apreciar e decidir essa questão;

i) de todo o modo, a questão tem de ser suscitada antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz sobre a matéria em causa (antes de esgotado o poder jurisdicional sobre a matéria a que tal questão de inconstitucionalidade respeita); não pode sê-lo apenas nas alegações de eventual recurso para o Tribunal Constitucional.

2.2 A fiscalização concreta da constitucionalidade revela-se indissociável da função jurisdicional – pela natureza das coisas e porque o art. 204 a refere (como acaba de se ver) expressamente a “feitos submetidos a julgamento”.

Contudo, o que seja função jurisdicional pode ser tomado em sentido *lato* considerando os elementos formais característicos dos seus atos; e por isso pode compreender os processos de jurisdição voluntária e, seguramente, a fiscalização jurídico-financeira a cargo do Tribunal de Contas; já não meros atos administrativos, de gestão de pessoal ou outros, que qualquer tribunal possa ser chamado por lei a praticar.

2.3 O Tribunal Constitucional entra também no âmbito do art. 204 Pode conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade quando tiver de exercer qualquer das suas competências jurisdicionais (fora da fiscalização da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas) previstas na Constituição e na lei, como são as relativas a tribunal eleitoral e de contencioso partidário; e pode conhecê-la no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respetivas normas processuais e quando arguida apenas a ilegalidade da norma *sub judice*.

3 A apreciação oficiosa – ligue-se ou não ao princípio *jura novit curia* – implica o seguinte:

a) o juiz, dado que não está sujeito à invocação da inconstitucionalidade por uma das partes, não tem de aplicar normas que reputa inconstitucionais;

b) a inconstitucionalidade não fica à mercê das partes, porquanto, embora com pretensões opostas, ambas as partes se podem amparar numa lei inconstitucional, dando-lhe ou não interpretações diferentes;

c) o juiz não fica na situação de, no decorrer de um processo, até certa altura estar a aplicar uma lei, porque nenhuma das partes a arguiu de inconstitucionalidade, e, a partir de certa altura e porque a uma ocorreu argui-la, deixar de a aplicar;

d) o juiz não fica na situação de, em certo processo, aplicar uma lei e noutro não, reconhecendo-a sempre inconstitucional e, apenas porque no primeiro, nenhuma das partes a impugnou e, no segundo, houve uma que o fez;

e) na hipótese de uma das partes invocar a inconstitucionalidade, sem especificar qualquer norma, o juiz não tem de rejeitar a pretensão e declarar-se incompetente, pois está habilitado a averiguar qual a norma que possa ter sido violada;

f) o juiz não tem de se confinar à norma constitucional invocada como parâmetro; bem pode julgar à luz de outra norma constitucional que tenha por mais adequada ao caso;

g) tão pouco tem de se confinar ao vício alegado, pode conhecer de qualquer outro vício ou tipo de inconstitucionalidade;

h) a não aplicação da norma (ou do segmento de norma) julgada inconstitucional implica a aplicação de norma anterior que aquela haja revogado; e, na sua falta, ou por ela se mostrar também inconstitucional ou por se tratar de inconstitucionalidade superveniente, a necessidade de integrar a lacuna de acordo com os critérios gerais (cfr. arts. 8.º, n. 1, e 10 do Código Civil).

4.1 Somente há recurso para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais – é o que diz o art. 280.

E não de quaisquer decisões dos tribunais: não apenas de decisões não jurisdicionais, mas também de decisões não previstas no art. 280 e no art. 70.º da lei orgânica do Tribunal, assim como das decisões incidentais do próprio Tribunal Constitucional há pouco referidas (ainda que, quanto a estas, pudesse *de jure condendo* alvitrar-se recurso das secções para o plenário).

4.2 São três os tipos de decisões de que cabe recurso:

a) decisões que recusem a aplicação, de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou em ilegalidade [art. 280, n. 1, alínea a, e n. 2, alíneas a, b e c, da Constituição] ou em contradição

com uma convenção internacional [art. 70, n. 1, alínea i, da lei orgânica após 1989];

b) decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo [art. 280, n. 1, alínea b, e n. 2, alínea d];

c) decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5), ou anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional [art. 70, n. 1, alínea b, da lei orgânica] ou que apliquem norma legislativa em desconformidade com o anteriormente decidido pelo Tribunal [art. 70, n. 1, alínea i, 2.^a parte, da lei orgânica, após 1989].

4.3 Quanto ao primeiro tipo, a recusa de aplicação relevante não tem de ser sempre expressa; pode ser uma recusa implícita, como ocorre quando a decisão do tribunal extrai consequências correspondentes ao julgamento da norma como inconstitucional ou ilegal.

Os recursos de decisões do segundo tipo não se reconduzem a recursos de amparo. O direito de os interpor pode ser considerado um direito de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, mas os recursos não se configuram em si mesmos como meios específicos de defesa de direitos, liberdades e garantias.

A inclusão no terceiro tipo das decisões da Comissão Constitucional funda-se na identidade e continuidade da ordem constitucional de 1976 e serve de confirmação *a posteriori* da sua natureza jurisdicional quando intervindo na fiscalização concreta.

Em todas estas hipóteses está patente o postulado da supremacia do Tribunal Constitucional, o qual, por sua vez, decorre da ideia de garantia da Constituição, por o Tribunal Constitucional ser o órgão especificamente legitimado para esse efeito.

A mesma ideia – e não a de uma pretensa defesa contra o governo dos juízes – manifesta-se, outrossim, no art. 280, n. 3.

5.1 As decisões recorríveis do terceiro tipo relativas a normas anteriormente julgadas inconstitucionais ou ilegais pelo Tribunal Constitucional são apenas decisões em fiscalização concreta, não em fiscalização abstrata.

Não se justifica recurso de uma decisão judicial contrária à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, em fiscalização preventiva. E isso por três razões:

– em primeiro lugar, porque o Tribunal Constitucional, na fiscalização preventiva, não interfere no julgamento de casos concretos e uma decisão de outro tribunal divergente dessa pronúncia não põe em causa o exercício da sua autoridade nesses casos;

– em segundo lugar, porque a fiscalização preventiva é um processo de carácter interlocutório enxertado num procedimento de decisão política;

– em terceiro lugar, porque tal pronúncia, na perspectiva do Estado de Direito democrático, não prevalece sobre a vontade concordante do Parlamento e do Presidente da República (art. 279, n. 2) e deve ficar aberta aos tribunais em geral a plenitude do seu poder de apreciação, seja para concluírem pela inconstitucionalidade, seja para não concluírem (art. 204).

Por motivos opostos, tão pouco cabe recurso, com base no art. 280, n. 5, da decisão de um tribunal contrária à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade de uma norma com força obrigatória geral (art. 282) ou à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória geral acompanhada de fixação de efeitos (art. 282, ns. 3 e 4).

Na fiscalização preventiva, dir-se-ia configurar-se a decisão positiva do Tribunal Constitucional como provisória; na fiscalização sucessiva abstrata sucessiva, ela é não só definitiva como intocável e imodificável pelo próprio Tribunal. Ora, recurso, pela natureza das coisas, pressupõe reapreciação, possibilidade de reponderação de uma questão jurídica e, ao Tribunal, está vedado voltar a examinar uma norma que já tenha declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral ou cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade tenha conformado de certa maneira.

5.2 De todo o modo, que acontece se um tribunal qualquer aplica uma norma que o Tribunal Constitucional haja declarado inconstitucional ou ilegal com força obrigatória geral?

De um prisma puramente lógico-processual, talvez a solução pudesse encontrar-se nos mecanismos próprios de cada ordem de jurisdição.

De um prisma de garantia da Constituição e da reforçada defesa da autoridade do Tribunal, o caminho mais seguro e mais adequado consiste em admitir algo parecido com um recurso – um recurso atípico (ou, se se preferir, uma figura processual distinta, embora sob esse nome ou, eventualmente, sob o nome de reclamação) – para o Tribunal Constitucional, não para que este vá reapreciar a questão, mas para

que verifique que a sua declaração com força obrigatória geral não foi respeitada e mande, portanto, que o seja, revogando-se ou reformando-se a decisão do tribunal *a quo*.

É esta a linha de orientação que o Tribunal Constitucional tem vindo a adotar em jurisprudência constante, insistindo em que lhe compete fazer a determinação do sentido da declaração de inconstitucionalidade.

6.1 Objeto do recurso é sempre a constitucionalidade ou a legalidade de uma norma, não a constitucionalidade ou a legalidade de uma decisão judicial. Não abrange, obviamente, a questão principal discutida no tribunal *a quo*.

O recurso é restrito à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, conforme os casos (art. 280, n. 6, da Constituição) ou, tratando-se de contrariedade de ato legislativo com convenção internacional, às questões de natureza jurídico-constitucional e jurídico-internacional implicadas na decisão recorrida (art. 71, n. 2, da lei orgânica). E reporta-se apenas à norma *aplicada* ou *não-aplicada* no processo.

O Tribunal Constitucional não está, contudo, vinculado à qualificação feita por esse tribunal: aí, pelo contrário, a sua faculdade de apreciação é plena.

6.2 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 (art. 79-C, 1ª parte, da lei orgânica) – o que é, simultaneamente, expressão ainda de prejudicialidade e do princípio processual do pedido.

Pode, todavia, o Tribunal Constitucional fazê-lo com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais ou legais diversos daqueles cuja violação foi invocada (art. 79-C, 2ª parte) – o que é, por sua banda, manifestação do princípio *jura novit curia*. Assim como pode dar à norma infraconstitucional um sentido diferente do que lhe foi dado pelo tribunal recorrido e chegar mesmo a uma interpretação conforme com a Constituição que depois se impõe àquele (art. 80, n. 3).

Por outro lado, nada impede o Tribunal Constitucional de conhecer de incidentes conexos com a questão assim definida que afetem a marcha normal do recurso, de acordo com o princípio geral do art. 96, n. 1, do Código de Processo Civil, segundo o qual o tribunal competente para a ação é também competente para conhecer dos incidentes que nela se levantem.

6.3 Pode também o recorrente, no requerimento de interposição do recurso, invocar como infringida pela norma impugnada norma constitucional diversa da que invocara no processo perante o tribunal *a quo*? Inclino-me para uma resposta positiva, em nome do máximo acesso possível dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, mesmo se, naturalmente, não confundimos essa faculdade com os poderes do Tribunal.

6.4 Quando uma norma estiver arguida de inconstitucionalidade por infração de mais de um princípio ou de uma regra constitucional (por exemplo, por infração de uma regra de competência ou de forma e por infração de uma regra de fundo) e bastando uma dessas infrações para ser julgada inconstitucional a norma, poderá o Tribunal Constitucional deixar de conhecer das demais? Ou não estará obrigado a conhecer de todas as que tiverem sido invocadas ou que ele, frente à norma impugnada, *ex officio* vier a discernir?

O Tribunal Constitucional tem seguido o primeiro entendimento por razões de economia processual. Mas, o segundo afigura-se mais adequado à sua função de garantia da Constituição.

6.5 Se o tribunal *a quo* fizer interpretação conforme com a Constituição, nem por isso ficará vedado o recurso para o Tribunal Constitucional, porque tal interpretação traduz a escolha de um sentido em detrimento de outro tido como inconstitucional e, portanto, nessa medida, envolve a recusa de aplicação da norma com este último sentido.

De resto, como fazendo interpretação conforme com a Constituição, o tribunal *a quo* acaba por aplicar a norma em causa, sempre seria de conceber o recurso desde que verificados os requisitos do segundo tipo de recursos do art. 280.

6.6 O Tribunal Constitucional só pode conhecer da norma julgada inconstitucional ou ilegal pelo tribunal recorrido (art. 79-C da lei orgânica), não da norma anterior eventualmente repristinada. Como consta de um seu aresto, não se pode proceder ao alargamento da questão da constitucionalidade a mais normas do que àquelas que foram questionadas na decisão recorrida; os recursos destinam-se a reapreciar as questões decididas na decisão recorrida; o Tribunal Constitucional não pode censurar ao tribunal recorrido a decisão sobre a norma repristinada que este tenha aplicado; apenas lhe compete decidir sobre a constitucionalidade da *norma não aplicada*.

Coisa diferente se passa, porém, na fiscalização abstrata.

7.1 Os recursos de decisões do primeiro e do terceiro tipo podem ser recursos diretos para o Tribunal Constitucional e o são, necessariamente, quando o recurso é obrigatório para o Tribunal Constitucional.

Não é, contudo, admitido recurso para o Tribunal Constitucional de decisões sujeitas a recurso ordinário obrigatório nos termos da respetiva lei processual (art. 70, n. 5, da lei orgânica); e, se a decisão admitir recurso ordinário, a não interposição de recurso para o Tribunal Constitucional não faz precluir o direito de interpô-lo de ulterior decisão que confirme a primeira (art. 70, n. 6).

Os recursos de decisões do segundo tipo postulam a exaustão dos recursos ordinários – por necessidade de filtragem e para se evitar a sobrecarga do Tribunal Constitucional. Apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei não o prever ou por já haverem sido esgotados os que no caso cabiam, salvo os destinados à uniformização (art. 70, n. 2), ou por a utilização estar precluída pelo decurso dos prazos. Podem não ser decisões finais, mas têm de ser decisões definitivas; e são rejeitados quando manifestamente infundados (art. 76, n. 2, *in fine*), o que parece exigir um juízo de viabilidade ou de razoabilidade pelo tribunal *a quo* de grau diferente do que ele faz na admissão dos demais recursos.

7.2 A exigência do art. 280, n. 1, alínea b, da Constituição, relativa à invocação da inconstitucionalidade “durante o processo”, deve entender-se, como se lê em sucessivos acórdãos, não num sentido puramente *formal* (tal que a inconstitucionalidade pudesse ser suscitada até à extinção da instância), mas no sentido funcional (tal que essa invocação seja feita em momento em que o tribunal *a quo* ainda possa conhecer da questão).

E daqui advém que o pedido de esclarecimento de uma sentença ou acórdão ou a arguição da sua nulidade não são meios idóneos para suscitar – em vista do ulterior recurso para o Tribunal Constitucional – uma questão de inconstitucionalidade; são meios extemporâneos para esse efeito.

7.3 Pode, contudo, suceder que o interessado não disponha de oportunidade processual de arguir a inconstitucionalidade, por não poder ou não lhe ser exigível prever a aplicação da norma. São os casos excepcionais das chamadas decisões-surpresa. E, em tais casos, o Tribunal Constitucional, em jurisprudência constante – esteada na própria razão de ser do sistema – tem admitido, com mais ou menos latitude, o recurso, dispensando o recorrente do ónus da suscitação prévia.

7.4 Quando o recurso se tenha tornado inútil ou desnecessário, não há que tomar dele conhecimento. Na senda da Comissão Constitucional, o Tribunal tem vindo a decidir uniformemente que não deve proferir decisões insuscetíveis de terem relevo ou influência sobre o julgamento da situação concreta de que emerge o recurso.

E isso porque o recurso, embora restrito à questão de inconstitucionalidade, só relativamente se autonomiza do processo em que é interposto – da questão principal (*hoc sensu*) substantiva ou processual, que ao tribunal *a quo* cumpre decidir. A decisão em recurso da questão da inconstitucionalidade é sempre “instrumental” relativamente à decisão dessa outra questão.

8.1 Podem recorrer para o Tribunal Constitucional o Ministério Público e as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso (art. 72, n. 1, da lei orgânica), entendendo-se, como tais, as partes que tenham ficado vencidas (art. 680, n. 1, do Código de Processo Civil).

A legitimidade para recorrer, como assinala *Miguel Teixeira de Sousa*, não assenta numa relação da parte com o objeto da causa, mas antes, nas consequências que uma decisão pode produzir na esfera jurídica de um sujeito e este poderá recorrer se a decisão lhe for prejudicial e pretender, portanto, afastar esse prejuízo através da revogação da decisão pelo tribunal de recurso.

8.2 Para lá do poder oficioso de cada juiz de apreciar a inconstitucionalidade, a atribuição ao Ministério Público de legitimidade confere ao recurso para o Tribunal Constitucional um carácter misto. O recurso não tem somente uma finalidade subjetiva de defesa de direitos e interesses das pessoas, tem também uma finalidade objetiva de defesa da integridade da ordem jurídica e tal fica ainda reforçado quando se torna obrigatório (art. 280, n. 3, da Constituição).

Pelo contrário, o pendor subjectivista fica realçado quando se trate de recursos de decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo. Aqui só pode recorrer a parte que a haja suscitado (art. 280, n. 4, da Constituição e art. 72, n. 2, da lei orgânica).

8.3 Após ter julgado inconstitucional ou ilegal uma norma, o Tribunal Constitucional – salvo declaração com força obrigatória geral – pode decidir em sentido diverso; ou pode haver divergência entre as duas secções. Nem por isso fica afastado o pressuposto do art. 280, n. 5.

Em contrapartida, como já decidiu o Tribunal, a obrigatoriedade de recurso para o Ministério Público perde a sua razão de ser ou torna-se admissível a desistência de recurso já interposto, quando, julgando inicialmente inconstitucional certa norma, o Tribunal Constitucional vem depois a alterar essa orientação e passa a julgá-la uniformemente como não contrária à Constituição.

9.1 O recurso é obrigatório para o Ministério Público:

a) quando a norma cuja aplicação tenha sido recusada conste de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar (art. 280, n. 3, da Constituição e art. 72, n. 3, da lei orgânica).

b) quando seja aplicada norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional (art. 280, n. 5), norma anteriormente julgada inconstitucional pela Comissão Constitucional (art. 72, n. 3) ou norma anteriormente julgada contrária a convenção internacional pelo Tribunal Constitucional (mesmo art. 72, n. 3, após 1989). Mas, 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, na jurisprudência do Tribunal Constitucional (art. 72, n. 4).

c) por maioria de razão, quando seja aplicada norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional – aqui, recurso atípico, como já disse.

9.2 Na alínea a, não estão referidas as leis de revisão constitucional, embora elas devam considerar-se abrangidas pela *ratio* do preceito.

A obrigatoriedade do recurso destina-se a que o julgamento acerca da constitucionalidade dessas normas – as mais importantes vigentes na ordem jurídica portuguesa, após as da Constituição – caiba não só a tribunais formados por juízes de carreira (apesar de a administração da justiça ser “em nome do povo”, como diz o art. 202) mas também, necessariamente, ao Tribunal Constitucional. Visa a que normas providas de órgãos com legitimidade democrática sejam sindicadas, em definitivo, por um órgão também dotado (por via indireta) dessa mesma legitimidade.

10.1 Compete ao tribunal que tenha proferido a decisão recorrida apreciar a admissão do recurso (art. 76, n. 1, da lei orgânica).

Mas a decisão que admita o recurso ou que lhe determine o efeito não vincula o Tribunal Constitucional e as partes só podem impugná-la nas suas alegações (art. 76, n. 3).

Do despacho que indefira o requerimento de interposição do recurso cabe reclamação para o Tribunal Constitucional (arts. 76, n. 4, e 77, n. 1).

A decisão do Tribunal Constitucional não pode ser impugnada e, se revogar o despacho de indeferimento, fará caso julgado quanto à admissibilidade do recurso (art. 77, n. 4).

10.2 Como se lê num acórdão, é o Tribunal Constitucional quem decide sobre a sua própria competência, dizendo – e dizendo-o

definitivamente – se as questões que sobem até ele para serem julgadas são ou não questões de inconstitucionalidade ou de ilegalidade que se increvem no seu poder jurisdicional.

Ou, como escreve *Miguel Galvão Teles*, o Tribunal Constitucional, tal como foi configurado pela nossa ordem jurídica, é não só um tribunal supremo – no sentido de que das suas decisões não cabe recurso – mas, de igual modo, e até mais do que o Tribunal de Conflitos, um tribunal supremo dos supremos, ainda que de competência especializada e situado fora das várias ordens de tribunais.

11.1 À tramitação dos recursos para o Tribunal Constitucional são subsidiariamente aplicáveis as normas do Código de Processo Civil, em especial as respeitantes ao recurso de apelação (art. 69 da lei orgânica).

11.2 O prazo de interposição do recurso é de dez dias e interrompe os prazos para a interposição de outros que, porventura, caibam da decisão, os quais só podem ser interpostos depois de cessada a interrupção (art. 75, n. 1).

Interposto recurso ordinário, mesmo que para uniformização de jurisprudência, que não seja admitido com fundamento em irrecorribilidade da decisão, o prazo para recorrer para o Tribunal conta-se do momento em que se torne definitiva a decisão que não admite o recurso (art. 75, n. 2).

11.3 O recurso interpõe-se por meio de requerimento (art. 75-A da lei orgânica); e, quando interposto de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade ou ilegalidade, haja sido suscitada durante o processo, o requerimento deve indicar também a peça processual em que foi suscitada esta questão (art. 75, ns. 1 e 2).

a falta de qualquer dos elementos exigidos pela lei, o requerente é convidado a prestar essas indicações, no prazo de dez dias e, se ele o não fizer, o recurso será julgado deserto (art. 75-A, ns. 5, 6 e 7).

12.1 Os recursos para o Tribunal Constitucional são decididos por uma das três câmaras em que ele se organiza – para este efeito, secções sempre não especializadas (arts. 41 e 70 da lei orgânica).

Cada secção é constituída pelo presidente ou pelo vice-presidente e por mais quatro juízes.

12.2 O presidente fica adstrito a dar prioridade, na tabela dos recursos e demais processos preparados para julgamento, aos recursos proferidos em matéria penal em que algum dos interessados esteja detido ou preso ainda sem condenação definitiva, aos recursos de constitucionalidade interpostos de decisões proferidas em processos

qualificados como urgentes pela respetiva lei processual e aos processos em que estejam em causa direitos, liberdades e garantias pessoais [arts. 39, n. 1, alínea h, e 43, ns. 3 e 5, da lei orgânica].

12.3 Se entender que não pode conhecer-se do objeto do recurso ou que a questão a decidir é simples, designadamente por já ter sido objeto de decisão anterior do Tribunal ou por ser manifestamente infundada, o relator proferirá decisão sumária, que poderá consistir em simples remissão para anterior jurisprudência do Tribunal (art. 78-A, n. 1).

12.4 O presidente 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 (art. 79-A, n. 1).

12.5 Se o Tribunal vier a julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma por qualquer das suas secções, dessa decisão caberá recurso para o plenário, obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido (art. 79-D, n. 1).

A decisão não adquire, no entanto, força obrigatória geral, porquanto continua a situar-se no terreno da fiscalização concreta.

13.1 A decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade suscitada (art. 80, n. 1, da lei orgânica).

13.2 Se for dado provimento ao recurso, ainda que só parcialmente, os autos baixarão ao tribunal de onde provieram a fim de que este, consoante o caso, reforme a decisão ou a mande reformar em conformidade com o julgamento da questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade (art. 80, n. 2, da lei orgânica).

O Tribunal Constitucional não substitui, portanto, a decisão recorrida por aquela que deveria ser emitida e tão-pouco a anula. É um sistema intermédio de recurso o adotado, um sistema em que o Tribunal Constitucional ordena ao tribunal recorrido que profira nova decisão com o conteúdo por ele prefixado; um sistema de cassação mitigado.

13.3 Que sucede, entretanto, se o tribunal *a quo* não respeita o decidido em acórdão de provimento do Tribunal Constitucional?

A verificar-se tal hipótese, ela corresponde à violação de caso julgado e deve admitir-se a possibilidade de uma reação da parte afetada por esse incumprimento para o Tribunal Constitucional – ainda uma forma de recurso atípico, paralela (e, ao fim e ao resto, com fundamento idêntico)

ao recurso em caso de aplicação de norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral.

Só assim se garante o princípio da prevalência das decisões do Tribunal Constitucional sobre as dos demais tribunais (art. 2 da lei orgânica).

14.1 Mal recebido, nos primeiros tempos, pelos juízes dos tribunais comuns, especialmente os do Supremo Tribunal de Justiça – desapossado que este ficou do último grau na hierarquia dos tribunais judiciais (por haver recursos de decisões deste para o Tribunal Constitucional, mas não o contrário) – e não sem algumas tensões na prática, o sistema de fiscalização concreta tem vindo a funcionar há mais de trinta anos em termos globalmente satisfatórios.

Pelo menos, ninguém negará o enorme progresso que representou no confronto com o que se havia passado, quer na vigência da Constituição de 1911 quer na vigência da Constituição de 1933. Sem esquecer o peso dos elementos políticos desviantes atrás mencionados e o carácter *normativo* finalmente alcançado pela Constituição de 1976, certo é que também só agora os juízes e os advogados conscientizaram o significado dos poderes e direitos ligados à fiscalização; assim como, ao mesmo tempo, a jurisprudência do Tribunal Constitucional (e não só a emitida em fiscalização abstrata) ganhou um crescente impacto na vida jurídica do País.

Afastada *in limine* a hipótese (defendida por alguns poucos) de entrega da decisão sobre recursos a uma secção do Supremo Tribunal de Justiça – contrária à experiência histórica e propiciadora de desarmonias de julgados e de mais conflitos – as únicas opções que, razoavelmente, existem são a substituição do atual sistema pelo sistema de reenvio prejudicial ou a sua conservação, com mais ou menos aperfeiçoamento.

E, justamente, nos últimos anos, tem-se travado um significativo debate acerca do assunto.

14.2 Uma das vozes adversárias do atual sistema é a de *Maria Lúcia Amaral*, para quem o modelo comum europeu favorece, em maior grau do que o nosso, a “pacificação” das relações entre jurisdição constitucional e jurisdição comum. No modelo português de recurso, a sentença do Tribunal Constitucional, quando contrária à sentença do tribunal *a quo*, obriga à reforma de decisão que *já fora tomada*. No modelo comum de suspensão da instância, a sentença do Tribunal Constitucional, mais nitidamente restrita à questão da constitucionalidade, é sempre emitida antes que tenha sido proferida sobre o mérito da causa qualquer decisão.

Depois, o modelo de suspensão de instância tende a impedir que haja processos de controlo da constitucionalidade ditados *sobretudo* por uma lógica de interesse de partes. A decisão do juiz, que suspende a instância e coloca a questão de *direito* (relativa à interpretação da Constituição) ao Tribunal Constitucional, permite que sejam filtradas e decantadas questões em que a arguição da inconstitucionalidade mais não é do que uma “gestão processual” dos interesses em litígio.

Mais ainda, acrescenta *Maria Lúcia Amaral*, dado que o nosso Tribunal é, em fiscalização concreta, tribunal de recurso, as suas decisões – caso confirmam provimento à questão da inconstitucionalidade – ferem de morte a norma legal, mas não a eliminam imediatamente. Abalam, fragilizam o sistema de fontes, mas não o reconstróem logo. Alteram o ordenamento jurídico adiando a sua plena reconstituição.

Não menos acutilante são as críticas que *Jorge Reis Novais* dirige ao sistema, apodando-o de ser:

- um sistema com um défice significativo de proteção dos direitos fundamentais (pois, o Tribunal Constitucional só pode fiscalizar as normas restritivas desses direitos, não já intervenções ablativas praticadas pela Administração e pelo poder judicial;

- um sistema de fiscalização concreta, que institucionaliza a sua manipulação como instrumento dilatatório;

- um sistema deficitário na proteção jusfundamental, mas com garantias de recurso excessivas ou inadequadas;

- um sistema de fronteiras móveis, difusas e manipuláveis.

É certo, diz ainda *Jorge Reis Novais*, que, a ser adotado o sistema do reenvio prejudicial, formalmente, os juízes deixariam de decidir questões de constitucionalidade, mas, aquilo que hoje sucede é, se se quiser, um presente envenenado para os juízes comuns, já que todas as suas decisões no domínio da constitucionalidade são recorríveis – ou obrigatoriamente ou por vontade das partes – para o Tribunal Constitucional.

Mais: os juízes comuns sujeitam-se, dessa forma, à situação frequente e comum de, vendo as suas decisões revogadas pelo Tribunal Constitucional, serem posteriormente obrigados a reformá-las, sem outro sentido útil que não seja a dilação do processo e a erosão da imagem dos tribunais. Por outro lado, como resulta de outras experiências e depende do concreto regime de reenvio prejudicial instituído, o acesso dos juízes à Constituição, embora não se traduza em decisões próprias de

inconstitucionalidade, continua a poder constituir, aí, um poder real e de importantes consequências práticas no processo em causa.

14.3 Em sentido oposto pronuncia-se *Maria Fernanda Palma*, para quem a substituição do atual sistema (misto) pelo sistema de fiscalização concentrada, mesmo que acompanhada de um eventual sistema de reenvio, seria uma amputação do poder de decidir o direito dado a cada juiz, postulando uma distinção inaceitável entre juridicidade e constitucionalidade.

O princípio de que nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo julgador reduz-se a uma suspensão do juízo, limitando o poder do julgador ao poder de questionar. Tornando-se a questão de constitucionalidade um mero incidente na aplicação do direito, reduz-se uma dimensão da juridicidade na interpretação do direito.

Mas, a defesa mais completa e vigorosa do modelo vigente entre nós contra “tentativas emigratórias” para um sistema concentrado pertence a *Carlos Blanco de Moraes*, que conclui assim a sua análise:

i) O modelo “misto” português não só não padece de qualquer singularidade alienígena ou isolamento fora do espaço europeu (*vide* o caso dos principais Estados do universo de língua portuguesa), ou na própria Europa (onde coexiste com mais três sistemas afins), nem se destaca como contraponto a um hipotético modelo europeu de tipo concentrado, o qual não existe como tal, na medida em que o mesmo não é adotado por quase metade dos 25 Estados da União Europeia.

ii) Quer a doutrina portuguesa que mais reparos fez ao sistema, quer a generalidade da doutrina comparada que se debruça sobre o sistema português, anuem que o seu balanço é positivo, chegando a segunda a anotar com interesse a sua capacidade de fazer coincidir um sistema concentrado com uma componente difusa, pelo que não parece fazer sentido alterar institutos que, pelos vistos, funcionam por outros diversos e que não se sabe como funcionarão.

iii) Se em tese, um sistema de controlo concreto concentrado, desassociado de um recurso de amparo, resulta ser mais “pacificador” das relações entre jurisdições, o facto é que a eventual introdução desse recurso desfaz essa asserção, e a almejada pacificação acaba por ser tudo menos líquida (*vide* o uso crescente de sentenças manipulativas pelo Tribunal Constitucional italiano, os efeitos *erga omnes* da interpretação conforme produzida pelo Tribunal Constitucional alemão e o poder corretivo da jurisprudência comum pelo Tribunal Constitucional espanhol).

iv) A supressão da componente difusa do controlo de constitucionalidade reduziria instrumentalmente o alcance da garantia

da Lei Fundamental, abalaria a solidariedade institucional entre órgãos de soberania, diminuiria a taxa de confiança pública na garantia da Constituição; alongaria a distância entre a Constituição, os tribunais ordinários e os cidadãos e eliminaria, sem alternativa, uma dimensão importante da tutela subjetiva dos direitos e interesses dos cidadãos através do recurso ao Direito Constitucional.

v) Num momento em que nos sistemas concentrados se discutem e valorizam os seus reais ou hipotéticos elementos difusos que permitiriam uma aproximação da jurisdição comum à tutela dos direitos das pessoas, mediante a aplicação direta da Constituição ao caso singular, não parece fazer sentido que o ordenamento português trilhe o percurso inverso, depreciando o meio processual mais importante que permite atingir esse objetivo em fiscalização concreta.

14.4 Quanto a mim, desde a dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade* (publicada em 1968), passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias intervenções parlamentares e académicas, tenho propendido para o sistema europeu de reenvio prejudicial.

De resto, a observação mostra que não se tem conseguido vencer disfunções e abusos nos recursos para o Tribunal Constitucional, tornando a justiça portuguesa ainda mais lenta do que é: poderiam ser citados não poucos casos. Assim como haveria de indagar se, nas hipóteses de decisões negativas [art. 280, n. 1, alínea b, e n.º 2, alínea d], a necessidade de esgotamento dos recursos ordinários que caibam (art. 70, n. 2 da Lei n. 28/82) não importa numa dilação da decisão do Tribunal Constitucional superior à que se verificaria em sistema de incidente ou reenvio.

Em contrapartida, impressionam-me, hoje, em rumo diverso, o esquema engenhoso da passagem de fiscalização concreta à fiscalização abstrata, o enraizamento do atual sistema e, como salienta *Carlos Blanco de Morais*, ele ter-se tornado paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. Nem há a urgência da reforma (mais significativo seria introduzir um incidente de inconstitucionalidade por omissão na fiscalização concreta).

O debate deve, pois, prosseguir, apoiado em estudos de avaliação legislativa e de avaliação jurisprudencial.