

## A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE — UMA VISÃO PANORÂMICA\*

JORGE MIRANDA \*\*

SUMÁRIO: 1. Poder político e Direito. 2. A fiscalização da constitucionalidade em Direito Comparado. 3. Os grandes modelos ou sistemas típicos. 4. A fiscalização da constitucionalidade em Portugal. 5. A fiscalização após 1976. 6. Aspectos gerais do regime actual. 7. A experiência do sistema. 8. Perspectivas de futuro.

### 1. PODER POLÍTICO E DIREITO

I — O Estado não pode viver à margem do Direito. Ele actua sempre através de processos ou procedimentos jurídicos ou através de operações materiais que remontam a normas de competência. E, sobretudo, encontra-se adstrito às normas substantivas ou de fundo que decreta, por uma dupla necessidade de coerência interna e de coesão social.

Como escreve GUSTAV RADBRUCH<sup>1</sup>, *“o positivismo jurídico e político pressupõe, quando levado logicamente às suas últimas conseqüências, um preceito jurídico de direito natural na base de todas as suas construções”*. Eis esse preceito: *“quando numa colectividade existe um supremo governante, o que ele ordenar deve ser obedecido”*. Ora, só os governantes, pela circunstância de o serem, se acham em condições de poder pôr termo por meio dum acto de autoridade, à luta das opiniões — ou melhor, em condições de poderem impor, eles, uma decisão e de a tornarem eficaz — o que equivale a reconhecer unicamente neles o poder de garantir a segurança do direito. Mas se esta garantia da segurança jurídica é que constitui o fundamento e o título justificativo do poder dos governantes para fundar e criar o direito... são ainda essa mesma garantia e essa mesma segurança jurídica que devem afinal servir também de limites a esse mesmo poder. Continua RADBRUCH: *“só por via da obrigatoriedade das suas leis e da certeza dessa obrigatoriedade,*

---

\* Lição proferida na sessão inaugural do Curso de Direito da Universidade de Minho. Publicado na *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 3, n. 5, janeiro/junho, 1995. Texto em português europeu.

\*\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.  
1. *Filosofia do Direito*, 4ª ed., portuguesa, Coimbra, 1961, vol. II, págs. 134 e segs.

*é que o Estado tem o poder legislativo. Mas uma tal certeza e a segurança que lhe está ligada desapareceriam, se o Estado pudesse, ele próprio, libertar-se da obrigatoriedade das suas leis. Ou, por outras palavras: pode dizer-se que o Estado não é chamado ao poder de legislar senão porque promete, e não pode deixar de prometer, sujeitar-se às leis que ele próprio faz; esta sujeição é a condição para ele poder ser chamado a legislar. E, assim, pode também dizer-se que os dois preceitos jurídicos de direito natural — o que estabelece o poder legislativo de todo o governante e o que estabelece a sujeição desse mesmo governante às suas próprias leis — se acham indissoluvelmente ligados um ao outro. Os governantes cessariam de ter o direito de legislar, desde que procurassem fugir ao cumprimento e respeito devido às suas próprias leis, comprometendo assim, eles próprios, a segurança jurídica. É no mesmo momento em que o poder é assumido por alguém que é também por esse alguém assumida, necessária e iniludivelmente, a obrigação de fundar um Estado de direito... Em resumo: é ainda um direito supra-positivo e natural que obriga o Estado a manter-se sujeito às suas próprias leis. O preceito jurídico que isto determina é o mesmo que serve de fundamento à obrigatoriedade do direito positivo”.*

II — Pode considerar-se, não sem razão, este tipo de limitação do Estado pelo Direito como puramente formal: porque, se o Estado deve obediência às suas leis enquanto vigorem, também pode revogá-las, substituindo ou negando os direitos e garantias que daquelas constem.

No entanto, não é fácil, diante dos condicionalismos políticos, económicos, sociais e culturais em que o Estado se move, retirar ou apagar direitos e garantias dos indivíduos e dos grupos, porque as reacções e as resistências nem sempre são de afastar e, na nossa época, ganham ressonância internacional. E, por outro lado, as formas jurídicas possuem um dinamismo próprio, visto que as leis, uma vez decretadas, desprendem-se de quem as tenha feito, valem por si e o seu objectivo pode servir intenções ou interesses diferentes dos que tiveram em vista os seus autores.

Para além disto, que já é muito, importa ter em conta que a limitação do poder político pode e deve procurar-se noutra sede: em sede de uma limitação material, e não já formal, através de um conteúdo preceptivo que se impõe por si ou através da referência a valores permanentes e superiores a qualquer decisão política.

Do que se trata então não é de limitação pelas formas dos actos, mas de limitação por regras que impeçam o Estado de invadir (ou deixar invadir por outros poderes sociais) as esferas próprias das pessoas. Limitação material significa disciplina do poder — inclusive, do poder constituinte — contenção dos governantes e defesa dos direitos dos governados; traduz-se no respeito pela autonomia destes últimos; implica instrumentos jurídicos de garantia.

Sejam quais forem os fins, a limitação do poder depende, em última instância, da concepção de governantes e governados sobre as suas relações recíprocas, do equilíbrio entre liberdade e autoridade, sem sacrifício, em caso algum, da primeira à segunda (salvo em estado de necessidade), da efectiva observância pelos governantes dos direitos dos governados e da consciência que estes possuam tanto dos seus direitos como dos seus deveres cívicos.

Um Estado com fins muito reduzidos pode, na prática, salvaguardar pior a esfera livre das pessoas do que um Estado com dilatados fins, por não lhes dar ou tirar-lhes segurança no exercício dos direitos e por, naquilo em que intervém, se afirmar prepotente e arbitrário. Tal como, em contrapartida, mais acentuada intervenção do Estado pode destinar-se justamente a dar condições de liberdade e igualdade às pessoas.

Tudo consiste em saber se, diante dos fins que o Estado actual é capaz de levar a cabo, há ou não respeito pela liberdade individual e institucional. Somente se verifica limitação quando o Estado - pelos pontos fixos em que assenta, pelo fundamento para que apela, pela coerência da sua política com os princípios e valores professados - admite e promove esta liberdade na sua acção concreta, na prática.

Eis um feixe de perguntas cuja resposta tem de se encontrar não tanto no terreno da Filosofia jurídica e política quanto no da História e do Direito público positivo. É aqui que se vão encontrar diferentes situações e sistemas; é aqui que se exhibe uma maior ou menor vinculação do Estado a normas jurídicas de sua lavra ou de origem que o transcende - com os inerentes reflexos nos cidadãos e na comunidade política em geral; é aqui que tem ou não sentido falar em Estado de Direito, na acepção exacta do termo; e é aqui que se tem de equacionar a problemática da fiscalização da constitucionalidade.

## 2. A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM DIREITO COMPARADO

I — Os grandes pressupostos da fiscalização da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos revelam-se, primeiro, a existência de uma Constituição em sentido formal, e, em segundo lugar, a consciência da necessidade de garantia dos seus princípios e preceitos acompanhada da vontade de instituir meios adequados.

Não [é] preciso que haja Constituição formal para que se produza inconstitucionalidade e, muito menos, que a Constituição seja rígida. Basta que haja Constituição em sentido material, e não apenas em sentido institucional. Mas em Constituição material e flexível, como a britânica (e, de certo modo, também em Constituição formal e flexível), a inconstitucionalidade não se configura violação jurídica autónoma e, de qualquer sorte, não se propiciam condições para a organização de uma fiscalização.

Em contrapartida, não é suficiente a emanção de uma Constituição em sentido formal para que o sistema se dote de um aparelho de fiscalização e, muito menos, de uma fiscalização jurisdicional — porque, lógica e historicamente, não se confundem inconstitucionalidade e fiscalização da inconstitucionalidade. É preciso, além disso, que a supremacia da Constituição se revele um princípio jurídico operativo.

II — O constitucionalismo liberal europeu não possuiu uma clara consciência da necessidade de garantia constitucional por três causas principais — por, no seu optimismo, acreditar numa espécie de harmonia política e na força, ao mesmo tempo, obrigatória e dissuasora das Constituições escritas; por a Constituição não ser tomada rigorosamente como fundamento ou como critério de validade das leis; por a lei ser entendida como razão, e não como vontade.

Não deixou de haver então garantias graciosas e políticas - desde o direito de petição à vigilância do cumprimento da Constituição pelas Câmaras parlamentares e à predisposição, embora esporádica, de um ou outro órgão político com essa função. Em alguns países, na prática, os tribunais invocaram ou tentaram in-vocar um poder de não aplicação de normas inconstitucionais — assim, na Grécia desde 1859, na Noruega desde 1890, em Portugal. Afora isso e sem embargo de outros antecedentes, o século XIX não conheceu sistemas de controlo jurisdiccional devidamente estruturados. Para tal concorreram ainda uma visão rígida e mecanicista da separação dos poderes ou (contrariamente, mas com resultados idênticos) a concepção jacobina da unidade da soberania e da democracia absoluta.

De modo diferente se passaram as coisas nos Estados Unidos por causas e em circunstâncias favoráveis igualmente bem conhecidas: o grande papel atribuído aos juizes na vida colectiva, a tradição das Constituições limitativas coloniais, a concepção do poder constituinte de que HAMILTON se fez arauto, a estrutura federativa.

III - Ao invés, no século XX não só se perde o optimismo liberal acerca da Constituição e se adquire a convicção de que ela só poderá servir de garantia — de garantia dos direitos das pessoas ou da ordem social e política — se for garantida como alguns poderosos factores elevam a inconstitucionalidade a núcleo de toda a problemática do Direito constitucional e, quiçá, do Direito público.

Assim, verificam-se:

— No plano da realidade constitucional, o imperativo de melhor defesa dos direitos dos indivíduos e dos grupos perante o dilatar da acção do Estado e da penetração da sociedade pelo político, a crise da lei e as experiências totalitárias e autoritárias, vividas ou temidas;

— No plano da organização política, as transformações e as novas exigências de divisão de poderes, bem como a expansão das formas de Estado regional e de Estado federal;

— No plano conceitual, o aprofundamento do princípio da legalidade da administração, homólogo do princípio da constitucionalidade dos actos legislativos e de governo, a difusão das noções (kelsenianas e não kelsenianas) da estrutura escalonada da ordem jurídica e o prevalecer das tendências normativistas sobre as decisionistas;

— No plano valorativo, a revivescência do jusnaturalismo, de diversas inspirações.

Duas linhas de força vão conduzir à formação e à difusão na Europa (e também fora da Europa) de sistemas de fiscalização jurisdicional ou jurisdicionalizada da validade das leis e de outros actos jurídico-públicos.

Uma, endógena, resulta do desenvolvimento dos institutos e meios do Estado de Direito, crescentemente aperfeiçoados, de maneira a eliminar ou a diminuir as imunidades do poder e a permitir o controlo tanto concreto como abstracto das normas jurídicas. A outra, exógena, liga-se ao incremento das tarefas do Estado e das demais entidades públicas, à passagem do Estado liberal para o Estado social e à resposta às violações ou às tentativas de violação de direitos, liberdades e garantias; e prende-se ainda à exigência de formas de solução de conflitos jurídicos em ordenamentos plurilegislativos (regionais e federais).

### 3. OS GRANDES MODELOS OU SISTEMAS TÍPICOS

I — A observação histórico-comparativa revela três grandes modelos ou sistemas típicos de garantia da constitucionalidade.

São esses modelos:

1º) O modelo de fiscalização *política*, dito habitualmente de tipo francês (por ligado aos dogmas do constitucionalismo francês — e, portanto, europeu — dos séculos XVIII e XIX, embora tenha tido também aplicação em sistemas de índole de todo em todo contrastantes como os marxistas-leninistas);

2º) O modelo de *fiscalização judicial* (*judicial review*) nascido nos Estados Unidos em 1803;

3º) O modelo de *fiscalização jurisdicional concentrada em Tribunal Constitucional* ou de matriz austríaca (por ter por paradigma o tribunal instituído pela Constituição austríaca de 1920, sob influência de Kelsen).

II — No modelo político, deve subdistinguir-se entre:

a) Fiscalização pelo próprio Parlamento, pelo órgão legislativo *qua tale* — é o que se encontra, primeiro, em quase todos os países europeus no século XIX e, depois, no constitucionalismo marxista-leninista do século XX e em alguns novos Estados da Ásia e da África sob influência deste ou com constitucionalismo embrionário.

b) Fiscalização por órgão especialmente constituído para o efeito, seja ligado ao Parlamento (Comité Constitucional francês de 1946 a 1958, Comissão Constitucional romena de 1965 a 1989, Comité de Supervisão Constitucional criado na União Soviética em 1989), seja dele independente ou órgão a *se* (*juria constitucional de Siéyes*, Senado Conservador napoleônico, Conselho Constitucional francês de 1958).

III — O modelo judicialista baseia-se no poder normal do juiz de recusar a aplicação de leis inconstitucionais aos litígios que tenha de dirimir.

No seu estado puro de fiscalização difusa, concreta, incidental e, em princípio, por via de excepção, surgiu e desenvolveu-se por costume constitucional nos Estados Unidos e foi adoptado — por osmose ou não — em vários momentos, em diversos países: além da Grécia, da Noruega e de Portugal, em países anglo-saxónicos dotados de Constituições escritas, em países latino-americanos, na Dinamarca, na Roménia (nas primeiras décadas do século XX), na Alemanha de Weimar, no Japão desde 1946, na Itália entre 1948 e 1956, na Suécia.

Em alguns casos, a adaptação ou o funcionamento do sistema levou à concentração em supremos tribunais, através de recurso obrigatório ou de outras formas, com reserva ou primado de apreciação da inconstitucionalidade: Suíça (desde 1874, quanto às leis cantonais, únicas susceptíveis de controlo jurisdicional), alguns países da *Commonwealth* e da América Latina, Irlanda, Filipinas.

IV - O modelo de Tribunal Constitucional dir-se-ia *prima facie* agregar elementos do modelo político e elementos do modelo judicialista, por o Tribunal ostentar características de órgão jurisdicional, mas não ser um tribunal como os outros — antes de mais, pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juízes.

Mais correcto afigura-se — quer a nível de conceitos, quer a nível de experiência — defini-lo como um *tertium genus*, entender que se trata de um tribunal em que se esgota uma ordem de jurisdição diferente tanto da dos tribunais judiciais como da dos tribunais administrativos, de um tribunal com competência especializada no campo do Direito constitucional.

Pensado inicialmente para exercer fiscalização abstracta, principal e por via de acção, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, pouco depois, noutras Constituições) passou a intervir na fiscalização concreta, mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles).

Como Tribunais Constitucionais mais significativos e com papel mais activo na conformação e na concretização das próprias Constituições, mencionem-se os da Áustria, da Espanha (Constituições de 1931 e de 1978), da Itália (Constituição de 1947) e da República Federal da Alemanha (Constituição de 1949). Com alguma precariedade, indiquem-se os da Checoslováquia (Constituição de 1921), de Chipre (Constituição de 1960), da Turquia (Constituições de 1961 e 1982), da Jugoslávia (Constituições de 1963 e 1974), do Equador (Constituição de 1978) e do Peru (Constituição de 1979). Recentemente, foram implantados Tribunais Constitucionais na Polónia, na Hungria e na Bulgária (entre outros países).

V — Estão muito divulgados e são quase clássicos os argumentos favoráveis e os contrários à fiscalização judicial difusa e à fiscalização concentrada.

Em abono da primeira, diz-se que só ela confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos de soberania, responsabilizados no cumprimento da Constituição; que, com ela, a questão de inconstitucionalidade se põe naturalmente, como questão jurídica, e não política (pois *jura novit curia*); que ela permite a maior eficácia possível da garantia da Constituição, já que, sem haver que aguardar pela decisão de qualquer órgão central, o tribunal que julga no caso concreto deixa de aplicar a lei inconstitucional.

Contra a fiscalização difusa invocam-se a possibilidade de desarmonia de julgados, com o conseqüente risco de desvalorização dos julgamentos de inconstitucionalidade e da própria Constituição; e a diluição do poder de controlo pelas centenas de tribunais existentes, com o conseqüente risco de não acatamento das decisões pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos.

Em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito, mormente quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; o aprofundamento das questões, ligado às especialidades da interpretação constitucional, com a conseqüente formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da Constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas; o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a par dos órgãos legislativos e de governo (o que significa que, se a concentração diminui a posição de cada um dos restantes tribunais, em contrapartida reforça a dos tribunais no seu conjunto, do Poder Judicial ou do tribunal de concentração no confronto dos demais órgãos de soberania).

Contra a fiscalização concentrada alegam-se o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador ou a sua vulnerabilidade às pressões vindas dos órgãos com poder efectivo no Estado; a rigidez do funcionamento do sistema, os riscos de cristalização jurisprudencial e, muitas vezes, a sua desproporção frente às necessidades de decisão jurídica a satisfazer; o acabar por se subtrair, na prática, a Constituição, a sua interpretação e os seus valores aos tribunais judiciais.

Pode supor-se que estes argumentos — de política constitucional — se neutralizam reciprocamente. Em última análise, porém, por reais que sejam os méritos e os deméritos que apresentem, fiscalização difusa e fiscalização concentrada hão de valer mais ou menos consoante os sistemas jurídico-políticos em que venham a ser integradas e aplicadas.

A lição do Direito comparado é muito clara: 1º) que a fiscalização jurisdicional difusa só adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos (com forte autoridade social dos juizes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados), ao passo que o tribunal constitucional se mostra mais idóneo para levar a cabo a fiscalização nos sistemas continentais; 2º) que a fiscalização difusa pode existir com diferentes sistemas políticos (pelo menos, teoricamente) e é sempre uma salvaguarda potencial da constitucionalidade, mas que a fiscalização concentrada apenas tem sentido num sistema de divisão do poder político, do qual vem a ser uma das peças mais relevantes.

CONSTITUCIONALISMO E FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

#### 4. A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

I — No constitucionalismo português podem ser assinalados três grandes períodos na evolução e no desenvolvimento da fiscalização da constitucionalidade:

1º) De 1822 a 1911 - na vigência das três Constituições monárquicas - a fiscalização é puramente política, a cargo das Cortes, ainda que com esboços, nas décadas finais, de abertura a certa intervenção dos tribunais;

2º) De 1911 a 1976 — na vigência das Constituições de 1911 e 1933 e das leis constitucionais revolucionárias de 1974 e 1975 — domina, em princípio, o modelo de fiscalização judicial difusa, mas atenuada por elementos de fiscalização política e, sobretudo, com pouca aplicação prática;

3º) A partir de 1976 — na vigência da Constituição de 1976 — prevalece a fiscalização concentrada, mas integrada com a fiscalização judicial difusa e, entre 1976 e 1982 com fiscalização política, dentro de um complexo sistema misto.

II - Se o primeiro período se apresenta relativamente homogêneo, já os dois subsequentes exigem ainda subdivisões. No segundo período, sucedem-se três fases:

a) Entre 1911 e 1933, só fiscalização judicial difusa;

b) Entre 1933 e 1974, fiscalização judicial difusa, mas limitada por os tribunais não poderem conhecer da inconstitucionalidade orgânica ou formal dos diplomas promulgados;

c) Entre 1974 e 1976, fiscalização judicial difusa, embora comprimida pela existência de órgãos políticos revolucionários.

No terceiro período, importa distinguir:

a) Entre 1976 e 1982, fiscalização judicial difusa, fiscalização concentrada na Comissão Constitucional (com estrutura ambivalente) e fiscalização política cometida ao Conselho da Revolução;

b) Desde 1982, fiscalização judicial difusa e fiscalização concentrada no Tribunal Constitucional.

#### 5. A FISCALIZAÇÃO APÓS 1976

I — O sistema de fiscalização da constitucionalidade adoptado em 1976 revelar-se-ia um sistema complexo, por pretender cobrir todas ou quase todas

as modalidades possíveis de controlo, e um sistema misto, por compreender os tribunais, o Conselho de Revolução e, entre aqueles e este, a Comissão Constitucional.

Facilmente se enxerga como a subsistência da fiscalização judicial era uma homenagem ao princípio implantado em 1911 e uma afirmação do carácter jurídico da garantia; a presença do Conselho da Revolução um elemento revolucionário remanescente a título transitório até a primeira revisão constitucional; e a criação da Comissão Constitucional como que a prefiguração de um tribunal constitucional.

A Comissão Constitucional veio a ser o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, o primeiro órgão instituído apenas para isso, em todo o Constitucionalismo português e a sua composição era análoga à composição corrente de tribunais constitucionais, pois, dos seus nove membros, quatro eram juízes, designados pelo Supremo Tribunal de Justiça (um) e pelo Conselho Superior da Magistratura (três), e cinco, não juízes, designados pelo Presidente da República (um), pelo Conselho da Revolução (três) e pela Assembléia da República (um).

Não se tratava, porém, em rigor, de um tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque desempenhava funções auxiliares de outro órgão, aliás de grande importância. Em segundo lugar, porque, mesmo enquanto tribunal com concentração de competência em matéria de inconstitucionalidade, não estava investida de um poder exclusivo, nem de um poder genérico de decidir sobre a inconstitucionalidade de normas jurídicas: coexistia a par dos tribunais e só conhecia da inconstitucionalidade de certas normas.

II—O tema da fiscalização da constitucionalidade foi dos temas fundamentais da revisão constitucional de 1981-1982, em virtude de a prevista extinção do Conselho da Revolução obrigar a reponderar o sistema e haver mais ou menos clara consciência de que o equilíbrio dos órgãos do poder e o alcance efectivo das normas constitucionais iriam depender do modo como a garantia viesse a ser estruturada e posta em acção.

Em teoria, o legislador da revisão gozava de uma grande margem de liberdade para escolher o sistema que considerasse mais adequado, salvo o imperativo (por se tratar do limite material) de conservação da fiscalização tanto da inconstitucionalidade por acção quanto da inconstitucionalidade por omissão (art. 290º, alínea *m*). Na prática, encontrava-se condicionado (como não podia deixar de ser) pelo sistema vindo de 1976.

Não se regressou, pura e simplesmente, ao modelo da fiscalização difusa, nem se substituiu o Conselho da Revolução por um novo órgão político. Entendeu-se que era altura de formar um tribunal constitucional como órgão de contencioso de normas jurídicas que receberia as competências do Conselho, da Comissão Constitucional e, relativamente a actos respeitantes as regiões autónomas (segundo a Lei nº 15/79, de 19 de maio), do Supremo Tribunal Administrativo. Mas não se moldou o acesso ao Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, em termos idênticos aos que são adoptados na generalidade

dos países em que existe concentração do controlo - exactamente por causa da fiscalização judicial difusa.

O Tribunal Constitucional teria 10 membros eleitos pela Assembléia da República, por maioria de dois terços, e 3 outros cooptados por aqueles — e devendo 6 dos juizes ser escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas. Logo na altura considerei, e continuo a considerar, esta composição criticável por três motivos: 1º) por não assegurar a pluralidade de origens pro-piciadora das máximas virtualidades do princípio; 2º) por ser incongruente com o sistema de governo semipresidencial; 3º) por a designação parlamentar de juizes de carreira introduzir conotações político-partidárias na magistratura.

III — A segunda revisão constitucional, concluída em 1989, introduziria algumas modificações na inserção sistemática do Tribunal dentro da parte III da Constituição e algumas inovações de organização e funcionamento (estas justificadas, aquelas não).

As três principais inovações foram:

— A previsão de recurso para o plenário do Tribunal Constitucional de decisões contraditórias no domínio da mesma norma (art. 226º, nº 3) — inovação, como é evidente, destinada a facilitar a harmonia de julgados, superando uma anterior omissão ou deficiência do regime do Tribunal;

— A previsão de um regime específico de fiscalização preventiva das chamadas leis orgânicas, (figura, de discutível razão de ser, então criada);

- A consagração expressa, ultrapassando a anterior controvérsia, do controlo da legalidade de normas jurídicas frente às "*leis de valor reforçado*" ou leis ordinárias reforçadas (novos preceitos dos arts. 280º, nº 2, alínea *c*, e 281º, nº 1, alínea *b*).

## 6. ASPECTOS GERAIS DO REGIME ACTUAL

I - Passo, de seguida, a caracterizar os aspectos gerais da fiscalização da constitucionalidade no actual Direito português, tal como resultam dos arts. 207º e 277º e segs. da Constituição, completados pela lei orgânica do Tribunal Constitucional (a Lei nº 28/82, de 15 de novembro, com as modificações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, e pela Lei nº 85/89, de 7 de setembro).

Considerarei os aspectos gerais, e não mais do que eles, para me confinar aos limites de visão panorâmica e do tempo de que disponho. Considerarei os aspectos gerais da fiscalização da constitucionalidade, e não também da fiscalização de legalidade, que a Constituição e a lei orgânica do Tribunal Constitucional àquela assimilam ou de que aproximam: da legalidade, correspondente a conformidade

de leis ordinárias comuns com leis de valor reforçado ou de decretos legislativos regionais com leis gerais da República (arts. 280º e 28º) e da legalidade *sui generis*, correspondente à conformidade de normas de Direito ordinário interno com normas de Direito internacional convencional (art. 70º, nº 1, alínea i), da Lei nº 28/82, após 1989).

II - a) Quanto ao objecto, em primeiro lugar, a fiscalização é de normas ou actos normativos - de actos normativos, numa noção lata ou "*funcional*", visto que a jurisprudência vinda desde a Comissão Constitucional entende que, quando se trate de actos legislativos, quaisquer preceitos neles inseridos, mesmo se individuais e concretos, são susceptíveis de fiscalização.

Excluídos ficam, pois, os actos administrativos e as decisões judiciais, sujeitos a outras formas de controlo mais adequados à sua natureza: a impugnação contenciosa perante os tribunais administrativos e os recursos para tribunais superiores. E excluídos ficam também os actos políticos ou de governo, salvo os referendos, nacional e locais.

b) Em segundo lugar, a fiscalização é só de actos normativos públicos, expressão de poder público. Não de actos normativos fundados na autonomia privada, na autonomia associativa ou na autonomia colectiva.

Em contrapartida, é de *todos* os actos normativos públicos, desde as leis de revisão constitucional às leis ordinárias, aos regimentos parlamentares e a quaisquer actos normativos surgidos no âmbito da função política, da administrativa e da jurisdicional.

c) A fiscalização abrange normas de Direito internacional convencional e pode abranger normas criadas por organizações internacionais e, inclusive, normas de Direito comunitário europeu. Tal é imposto pelo princípio geral da constitucionalidade, pelo menos quando estejam em causa direitos fundamentais. Mas outros princípios que não podem ser escamoteados - como o da boa-fé nas relações in-ternacionais e as exigências estruturais do Direito comunitário - suscitam aqui problemas extremamente complexos, como se sabe.

d) Em quarto lugar, a fiscalização é tanto do Direito posterior às normas constitucionais parâmetro da constitucionalidade como do Direito anterior; é tanto de inconstitucionalidade originária como de inconstitucionalidade superveniente.

e) Em quinto lugar, a fiscalização é de normas aprovadas, conquanto ainda não publicadas — na fiscalização preventiva; e de normas já publicadas, embora ainda não ou *já não* em vigor — na fiscalização sucessiva. Pode haver fiscalização da constitucionalidade de normas revogadas, caducas ou suspensas, desde que se revista de interesse útil em relação ao tempo em que elas foram vigentes ou produzem ou produziram efeitos.

III — Quanto aos órgãos de fiscalização, eles são somente os tribunais — os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional em especial — e somente no exercício de função jurisdicional, não quando investidos em competências não jurisdicionais.

Os órgãos administrativos não são órgãos de fiscalização; não podem, ao contrário do que sucede com os tribunais, recusar-se a aplicar normas que repute desconformes com a Constituição. Só é de exceptuar aqui a violação por lei de direitos, liberdades e garantias que nunca podem ser suspensos mesmo em estado de sítio (art. 19º, nº 6) - direitos esses, cuja fortíssima valorização constitucional, e não um autónomo poder de garantia, se vem a projectar sobre a actuação dos órgãos administrativos.

Muito menos poderiam os órgãos políticos negar-se a cumprir qualquer norma jurídica por inconstitucional ou ilegal, sob pena de subversão do Estado de Direito.

IV — A Constituição distingue entre fiscalização concreta e fiscalização abstracta e reparte esta em fiscalização preventiva, sucessiva e da inconstitucionalidade por omissão. A primeira é difusa na origem e eventualmente concentrada no fim; a segunda, sempre concentrada no Tribunal Constitucional.

Donde, quatro modalidades, com regimes específicos:

a) A fiscalização concreta (arts. 207º e 280º) desencadeia-se nos casos concretos submetidos aos tribunais. Se houver uma conexão entre a questão objecto de causa e a questão de constitucionalidade da norma aplicável, o juiz deverá decidila e não sustar o andamento do processo (como noutros países). Da decisão caberá, depois, recurso, observados certos requisitos, para o Tribunal Constitucional, que, por seu turno, decidirá também em concreto. Nisto reside a originalidade do sistema português.

b) A fiscalização preventiva (arts. 278º e 279º) dirige-se só a normas constantes de convenções internacionais, de actos legislativos e de decretos regulamentares regionais de leis gerais da República e, tirando as leis orgânicas, é apenas de iniciativa do Presidente da República antes da promulgação, da ratificação ou da assinatura dos diplomas ou de iniciativa dos Ministros da República para as regiões autónomas antes da assinatura. Não preclui a fiscalização sucessiva.

c) A fiscalização sucessiva abstracta (art. 281º), tal como a concreta, essa versa sobre quaisquer normas de quaisquer diplomas. Ao contrário da preventiva, não está sujeita a prazos. E pode ser de iniciativa de certos órgãos (como o Presidente da República e o Provedor de Justiça) ou de certo número de Deputados; e, quando o Tribunal Constitucional tenha julgado inconstitucional a mesma norma em três casos concretos, de iniciativa de qualquer juiz do Tribunal ou do Ministério Público.

A declaração de inconstitucionalidade produz efeitos obrigatórios gerais para todas as autoridades e todos os particulares, retroactivamente - quer dizer, desde a emissão da norma ordinária ou da nova norma constitucional, consoante seja inconstitucionalidade originária ou superveniente (art. 282º, nºs, 1 e 2). Porém, ressalvam-se os casos julgados e admite-se a limitação de efeitos, por razões de equidade, de segurança jurídica ou interesse público de excepcional relevo (art. 282º, nºs, 3 e 4).

d) A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão (art. 283º), por último, refere-se a normas legislativas destinadas a tornar exequíveis normas constitucionais. A iniciativa compete ao Presidente da República, ao Provedor

de Justiça e, no tocante às regiões autónomas, aos presidentes das respectivas assembleias legislativas regionais.

Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente. Não mais, porque um órgão jurisdicional não poderia substituir-se aos órgãos legislativos baseados no sufrágio universal.

V — Finalmente, a fiscalização nos termos assim descritos não esgota os meios de garantia da constitucionalidade contemplados na Constituição: sejam meios não institucionais, como o exercício do direito de petição pelos cidadãos (art. 52º, nºs 1 e 2) ou do direito de resistência (arts. 21º e 106º, nº 3); seja a fiscalização genérica do cumprimento da Constituição pela Assembleia da República (art. 165º, alínea a)), sejam, indirectamente, formas de defesa da Constituição como a proibição de organizações de ideologia fascista (art. 46º, nº 4) ou sanções constitucionais como a dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas por prática de actos contrários à Constituição (art. 236º).

Para além de outras diferenças, o essencial está em que apenas na fiscalização — pelos tribunais em geral ou pelo Tribunal Constitucional — se atingem actos normativos e os seus efeitos, se verificam conseqüências sobre a subsistência desses actos (sejam quais forem os valores jurídicos negativos que se lhes atribuam).

## 7. A EXPERIÊNCIA DO SISTEMA

I — Seria, evidentemente, impossível examinar agora a experiência do regime de fiscalização da constitucionalidade ao longo dos 17 anos de vigência da Constituição de 1976. Não obstante, ressaltam à vista desarmada dois pontos: a intensificação da fiscalização difusa, por um lado, e o papel dinamizador da Comissão e do Tribunal Constitucional, por outro lado.

De 1911 a 1976, em 65 anos, tinham sido escassíssimos os casos em que os tribunais portugueses se recusaram a aplicar leis por inconstitucionalidade: talvez não mais do que vinte ou trinta. Pelo contrário, a partir de 1976 têm sido centenas as questões de inconstitucionalidade suscitadas em tribunal.

A explicação reside, antes de mais, na força normativa que a nova Constituição adquiriu, em contraste com o carácter largamente *nominal* das Constituições de 1911 e de 1933 (e *semântico* também desta), e nos progressos da cultura jurídico-constitucional entretanto registrados no País. Reside ainda na já mencionada inadequação do modelo difuso fora de sistemas judicialistas. Ou seja: a criação de órgãos de competência concentrada e específica, longe de secar a intervenção dos tribunais na garantia da constitucionalidade, tem-se revelado um poderosíssimo incentivo ao seu desenvolvimento.

Porém, o impulso fundamental coube à Comissão Constitucional e ao Tribunal Constitucional. Foram eles que enfrentaram as grandes tarefas de interpretação

e aplicação de uma Constituição muito vasta, inovadora e de carácter compromissório, que procuraram aprofundar o princípio da igualdade ou o regime dos direitos fundamentais, que elaboraram as matérias de organização económica ou de autonomia regional. Ainda antes das revisões de 1982 e de 1989, foi a jurisprudência constitucional que, sabendo descobrir a linha média harmonizadora do Estado de Direito democrático, permitiu à Constituição enraizar-se no ordenamento e ganhar efectividade.

II — A amplitude da fiscalização da constitucionalidade e o volume de trabalho do Tribunal Constitucional podem avaliar-se observando o quadro das suas decisões de 1983 a 1992, nos primeiros dez anos de funcionamento<sup>2</sup>.

Assim:

*Na fiscalização concreta*

— Recursos .....	2.819
— Reclamações .....	188
— Na fiscalização preventiva .....	51
— Na fiscalização sucessiva abstracta .....	189
— Na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.....	9

Total de decisões ..... 3.252

Sem contar com decisões interlocutórias e meramente processuais, o sentido das decisões foi o seguinte:

*Na fiscalização concreta*

— Inconstitucionalidade .....	512
— Não inconstitucionalidade .....	737

*Na fiscalização preventiva*

— Inconstitucionalidade .....	20
— Inconstitucionalidade parcial .....	13
— Não inconstitucionalidade .....	14

*Na fiscalização sucessiva abstracta*

— Inconstitucionalidade .....	87
— Inconstitucionalidade parcial .....	27
— Não inconstitucionalidade .....	42

---

2. Os números foram fornecidos pelos serviços do Tribunal.

E a iniciativa desta fiscalização proveio de:

— Presidente da República .....	2
— Presidente da Assembléia da República .....	18
— Primeiro-Ministro .....	10
— Procurador-Geral da República .....	30
— Provedor de Justiça .....	53
— Grupos de Deputados .....	19
— Ministros da República e órgãos das regiões autónomas .....	8

III — Não creio o Tribunal Constitucional isento de alguns reparos: atrasos nas decisões de fiscalização sucessiva; excessiva carga doutrinal ou académica dos acórdãos (compreensível numa primeira fase, mas não agora - o que contribui para esses atrasos); algum protagonismo exterior ou menor discreção de um ou outro juiz. Tais reparos não impedem uma apreciação globalmente positiva.

Por outro lado, ao menor relevo, mormente nos últimos anos, do Parlamento na vida institucional do País, tem correspondido um realçar da actividade do Tribunal Constitucional e de outros órgãos de controlo jurisdicional ou parajurisdicional, porventura acima do que, em diversas circunstâncias, seria de esperar. É natural que assim aconteça e não pode contestar-se a legitimidade de que o Tribunal e esses outros órgãos gozam no âmbito de um sistema jurídico e político — como o nosso e como o de todos os Estados de constitucionalismo ocidental — assente na divisão e na limitação de poderes.

## 8. PERSPECTIVAS DE FUTURO

I — A terminar, que perspectivas de futuro ou que necessidades de reforma para o sistema português de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas?

Se não têm sido ouvidas vozes contestando o regime de fiscalização concreta ou o essencial deste regime, já muitas se têm levantado contra a fiscalização preventiva e contra a da inconstitucionalidade por omissão. Em contrapartida, mais de uma vez se tem preconizado a introdução no nosso Direito de uma acção constitucional de defesa, semelhante ao recurso de amparo espanhol ou à *Verfassungsbeschwerde* germânica. Assim como o modo de designação dos juízes do Tribunal Constitucional continua bem longe de lograr consenso.

Como é sabido, quaisquer alterações a respeito destes pontos requereriam revisão da Constituição, a qual só poderá efectuar-se a partir de 25 de novembro de 1997 (quer dizer, 5 anos depois da publicação da última lei de revisão) ou, eventualmente, antes desta data, mas com assunção de poderes de revisão por

mais de quatro quintos dos Deputados em efectividade de funções (porquanto a nova fórmula do art. 284º vale para o futuro e não se fez disposição transitória na revisão de 1992 autoqualificando-a de revisão "extraordinária"). A despeito disto, não quero deixar de me pronunciar sobre os problemas assim postos.

II — Resumidamente, como tem de ser:

a) Continuo sendo favorável à fiscalização preventiva.

Suprimi-la afectaria o equilíbrio dos órgãos de soberania e acarretaria conseqüências muito negativas, pela possibilidade de criação de factos consumados legislativos com inconstitucionalidades grosseiras, quer a nível nacional quer a nível regional. Se em alguns casos pode ter sido arrastado o Tribunal para as fronteiras do contraditório político, noutros casos, se ela tivesse sido desencadeada, pode supor-se que se tivesse evitado a arrastamento de certas questões (basta pensar na Lei nº 20/92, sobre propinas no ensino superior). Além disso, a fiscalização preventiva parece ser a forma mais adequada de controlo da constitucionalidade de convenções internacionais.

b) Quanto à fiscalização da inconstitucionalidade por omissão - aliás, tão pouco posta em prática - ela é postulada pela estrutura de certas normas constitucionais, as não exequíveis por si mesmas; e, em vez de ser extinta, bem poderia ser incrementada mediante uma comunicação com a fiscalização concreta.

c) Tenho muitas dúvidas, no mínimo, a respeito da acção directa de inconstitucionalidade. Ela apresenta-se de muito difícil configuração. Já existe (e essa, sim, deve ser alargada) a acção para o reconhecimento de um direito ou interesse legítimo em Direito administrativo, em obediência ao art. 268º da Constituição. E os cidadãos já hoje têm acesso directo ou quase directo ao Tribunal Constitucional, por via de recurso e por via de petição perante o Provedor de Justiça (que, como se viu, tem sido o sujeito mais activo de iniciativa da fiscalização sucessiva abstracta).

d) No tocante à composição do Tribunal Constitucional, mantenho a opinião sustentada tanto em 1975 como em 1980 e 1982 no sentido da diversidade de designações dos juizes (pelo Parlamento e também pelo Presidente da República e pelos tribunais superiores ou pelo Conselho Superior da Magistratura). Receio, no entanto, que os dois partidos maioritários que vêem no Tribunal (para empregar uma expressão feliz de MIGUEL GALVÃO TELES) uma espécie de tribunal arbitral, não aceitem modificar as actuais formas de designação.

Mais fácil talvez venha a ser conseguir o triunfo de duas idéias que desde 1975 tenho lançado e que parecem ir fazendo o seu curso: para maior garantia da independência dos juizes, a sua designação por mandatos mais longos e a sua não recondução.

III — Por fim, mesmo sem revisão constitucional, seria possível e necessário modificar e melhorar vários preceitos da Lei nº 28/82. Tive já ocasião de, a este propósito, apresentar e fundamentar algumas sugestões, em junho, no colóquio comemorativo do 10º aniversário do Tribunal.

Eis as sugestões: 1º) atribuição ao Tribunal de competência de controlo da conformidade de actos legislativos com os resultados de referendo político vinculativo (art. 118º da Constituição); 2º) criação de um recurso contencioso em favor dos titulares de órgãos do Estado, das regiões autónomas e do poder local contra actos políticos inconstitucionais que afectem a sua situação; 3º) efectivação, perante o Tribunal, da responsabilidade civil do Estado por actos legislativos; 4º) atribuição de competência ao Tribunal para conhecer de recursos de decisões sobre irregularidades de actos eleitorais no âmbito das assembleias políticas e até, porventura, no âmbito de partidos políticos (que são associações com relevância constitucional); 5º) em contrapartida, redução dos casos de recursos para o Tribunal no domínio das eleições para o poder local; 6) para maior celeridade do julgamento na fiscalização concreta, desdobramento das actuais duas secções; 7º) alguns aperfeiçoamentos das normas processuais.

## OBSERVAÇÃO PRELIMINAR