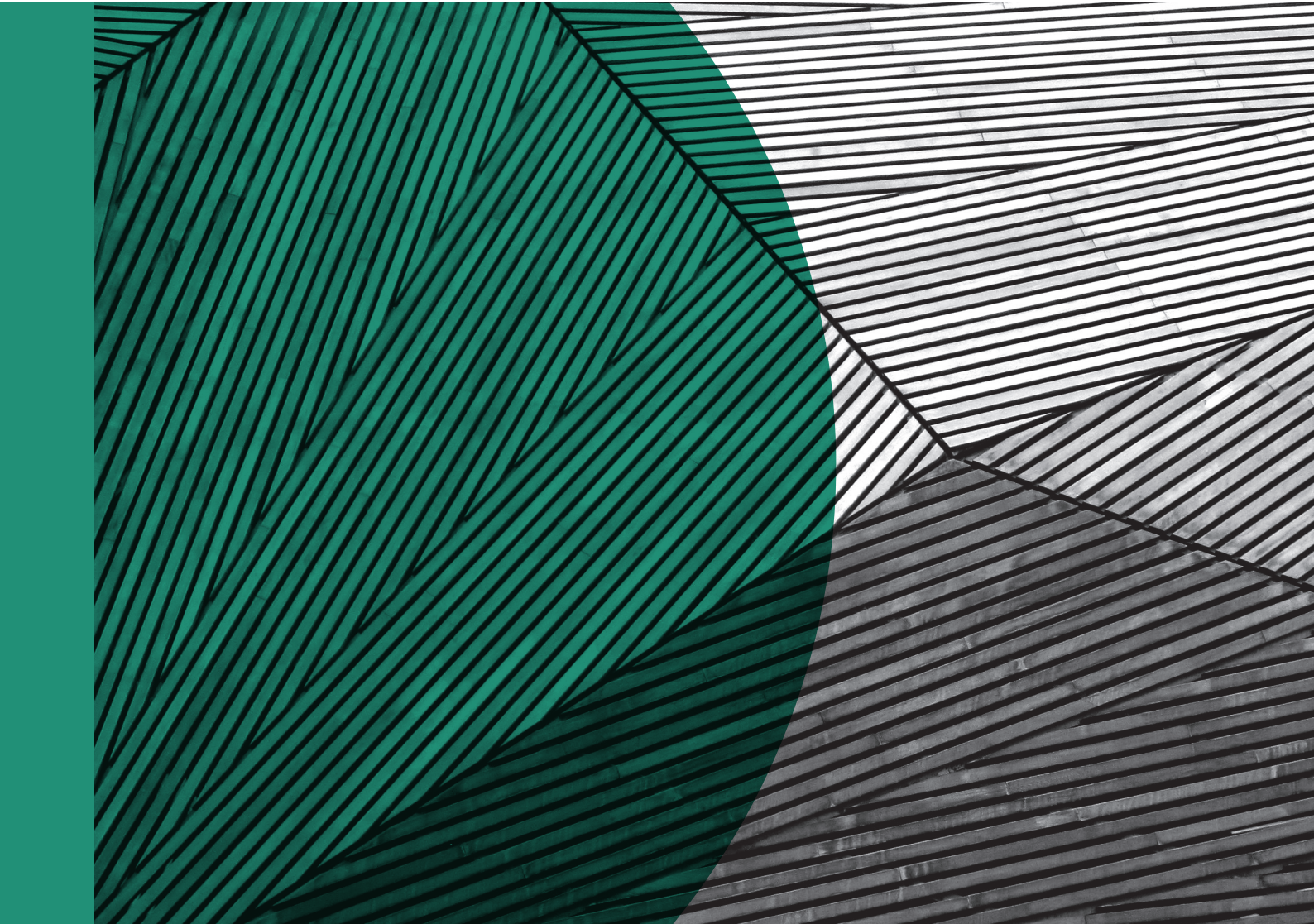


JUÍZES CONSTITUCIONAIS E PARLAMENTOS

A EXPERIÊNCIA DE PORTUGAL

JORGE MIRANDA



Juízes constitucionais e Parlamentos

A experiência de Portugal

por Jorge Miranda *

Parlamento e justiça constitucional. Parlamento, órgão baseado no sufrágio universal e directo. Justiça constitucional, função a cargo de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo ou, em sistema difuso, de uma pluralidade de tribunais. Parlamento, expressão de democracia. Justiça Constitucional, expressão de Estado de Direito. Parlamento e Tribunal Constitucional, Estado de Direito democrático.

É a partir das relações necessárias assim estabelecidas que se vai examinar as relações entre Parlamento e Justiça Constitucional. Numa primeira fase far-se-ão considerações gerais. Na segunda, na terceira e na quarta parte responder-se-á às perguntas formuladas na grelha de orientação enviada de Aix-en-Provence.

I

Democracia e Estado de Direito

1. Princípio democrático e Estado de Direito

1. Democracia e Estado de Direito não se confundem. Houve democracia sem Estado de Direito (a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense). E houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, na Alemanha do século XIX).

* Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa.

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzido na separação de poderes e no respeito da lei (Estado de Direito *formal*). E postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas (Estado de Direito *material*).

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que se não sejam incompatíveis o elemento objectivo e o elemento subjectivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há uma interacção de dois princípios substantivos – o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais – e a mediatização dos princípios adjectivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se através do esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como através de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta concepção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para protecção dos direitos individuais¹. Já não configurar os direitos como trunfos contra a maioria². Nem

¹ RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, 5ª reimpressão, Londres, 1987, págs. 132 e segs., *maxime* 142.

os direitos fundamentais podem ser assegurados e efectivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão através do exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem desvios ou violações, o Estado de Direito democrático dispõe de mecanismos de resposta adequados – os de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.

Como salienta JÜRGEN HABERMAS, princípio democrático e princípio do Estado de Direito são princípios co-originários. Um não é possível sem o outro, sem que, por isso, se imponham restrições ao outro. E pode-se exprimir esta intuição de “co-originariedade”, dizendo que a autonomia privada e a autonomia pública se postulam uma à outra. São conceitos interdependentes e de implicação material. Para fazer um uso *apropriado* da sua autonomia pública, garantida por direito político, é preciso que os cidadãos sejam suficientemente independentes, graças a uma autonomia privada igualmente assegurada a todos.

Neste sentido, os membros da sociedade não desfrutarão igualmente de uma igual autonomia privada – as liberdades de acção subjectiva não terão para eles o «mesmo valor» – senão, na medida em que, como cidadãos, fazem um uso apropriado da sua autonomia pública³.

2. É como Estado de Direito democrático⁴ que a Constituição define a República Portuguesa [preâmbulo e arts. 2º e 9º, alínea b)]; e tal é o regime político (conceito que está para além de forma de governo) vigente desde 1976.

² JORGE REIS NOVAIS, *Os direitos fundamentais triunfo contra a maioria*, Coimbra, 2006, págs. 17 e segs. Na mesma linha, DIMITRI DIMOULIS, *Direitos fundamentais e democracia. Da tese da complementaridade à tese do conflito*, in *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n.º 1, Janeiro-Março de 2007, págs. 200 e segs., *maxime* 207.

³ *Le paradoxe de l'État de droit démocratique*, trad. in *Les Temps Modernes*, Set.-Outubro de 2000, pág. 78.

⁴ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra, 2008, págs. 209 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2004, págs. 243 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 49 e segs.; MARIA LÚCIA AMARAL, *A forma da República*, Coimbra, 2005.

O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (arts. 2.º, 3.º, n.º 1, 10.º, n.º 1, 108.º, 114.º, n.º 1, 187.º, etc.), mas está subordinado – material e formalmente – à Constituição (arts. 3.º, n.º 2, 108.º, 110.º, n.º 2, 225.º, n.º 3, 266.º, 288.º, etc.), com a consequente fiscalização jurídica dos actos do poder (arts. 3.º, n.º 3, 204.º, 268.º, n.º 4, 278.º e segs.). Subordinado e, portanto, *limitado*.

Os princípios do Estado de Direito encontram-se depois implícita ou explicitamente ínsitos no texto constitucional: princípio da proporcionalidade (artigos 18.º, n.º 2, 19.º, n.º 4, etc.), princípio da segurança jurídica (artigos 18.º, n.º 3, 32.º, n.º 9, 102.º, n.º 3, 266.º, n.º 2, 280.º, n.º 3, 282.º, n.º 4), tutela jurisdicional da constitucionalidade (artigos 204.º e 277.º e segs.); tutela jurisdicional da legalidade administrativa (artigos 266.º, n.º 2 e 268.º, n.ºs 4 e 5) e responsabilidade civil das entidades públicas por acções ou omissões lesivas dos direitos dos particulares (artigos 22.º, 27.º, n.º 5, 29.º, n.º 6 e 271, n.º 1).

2. Justiça constitucional e princípio democrático

1. Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela colectividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade) mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico?

Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo⁵?

⁵ Cfr., entre tantos, ALDO SANDULLI, *Sulla «posizione» della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960, págs. 705 e segs.; PAOLO BARILE, *La Corte Costituzionale organo sovrano*, in *Studi in onore di Emilo Crosa*, obra colectiva, I, Milão, 1960, págs. 527 e segs.; GEHRARDT LEIBHOLZ, *El Tribunal Constitucional de la Republica Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la politica*, in *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad., Madrid, 1971, págs. 147 e segs.; OTTO BACHOF, *Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política*, trad., Coimbra, 1980; GARCIA DE ENTERRIA, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidad y perspectivas*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981, págs. 35 e segs.; GARCIA PELAYO, *El «status» de Constitucional*, *ibidem*, 1981, págs. 11 e segs.; JAVIER SALAS, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno*, *ibidem*, 1982, págs. 141 e segs.; PAOLO CARETTI e ENZO CHELI, *Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale*, in *Quaderni Costituzionali*, 1984, págs. 24-25 e 36; ALESSANDRO PACE, *Corte Costituzionale e «altri» giudici, tra «garantismo» e «sensibilità politica»*, in *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra colectiva, I, págs. 587 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional*, in *Revista do Ministério Público*, 1988, págs. 9 e segs.; *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*, cit., loc. cit.; CARLOS S. NINO, *La filosofía del control judicial de constitucionalidad*, in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 4, Setembro-Dezembro de 1989, págs. 79 e segs.; OTTO KIMMINICH, *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 105, Janeiro-Março de 1989, págs. 283 e segs.; RONALD DWORKIN, *Equality, democracy and Constitution: We the People in Court*, in *Alberta Law Review*, XXVIII, n.º 2, 1990, págs. 324 e segs.; MAURO CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges*, cit., págs. 249 e segs.; JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung-Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. *Droit et démocratie*, Paris, 1997, págs. 261 e segs.; YOICHI HIGUCHI, *La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation*, in *Rapports Généraux – XIVème Congrès International – Académie Internationale de Droit Comparé*, Atenas, 1994, págs. 597 e segs.; *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, obra colectiva, Coimbra, 1995; PAULO CASTRO RANGEL, *O legislador e o Tribunal Constitucional*, in *Direito e Justiça*, 1997, 2, págs. 195 e segs.; LOUIS FAVOREU, *La notion de Cour Constitutionnelle*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, III, Coimbra, 1998, págs. 1067 e segs.; GUY SCOFFONI, *La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1999, págs. 243 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra, 2000, págs. 313 e segs.; CARDOSO DA COSTA, *Algumas reflexões em torno da justiça constitucional*, in *Perspectiva do Direito no início do século XXI*, obra colectiva, Coimbra, 2000, págs. 113 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO e PEDRO COUTINHO MAGALHÃES, *A Justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?*, in *Análise Social*, n.ºs 154-155, Verão de 2000, págs. 207 e segs.; JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, 2002, págs. 60 e segs.; CÉSAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, São Paulo, 2002; LUIS ROBERTO BARROSO, *op. cit.*, págs. 501 e segs.; ANDRÉ RAMOS

Ora, se democracia postula maioria – com as múltiplas interpretações e reelaborações filosóficas e teóricas de que tem sido alvo⁶ – não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, através ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos, e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância⁷.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objectivista, em último termo visa a salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos actos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramaioritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão de maioria, não considerada no contexto global do sistema⁸.

2. Os tribunais constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência

TAVARES, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, 2005, págs. 491 e segs.; OMAR CHIESSA, *Corte Costituzionale e trasformazione della democrazia pluralistica*, in *Corte Costituzionale e processi di decisione politici*, obra colectiva, Turim, 2005, págs. 17 e segs., maxime 46 e segs.; WALBER DE MOURA AGRA, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, 2005, maxime págs. 107 e segs.; MARC VERDUSSEN, *Un procès constitutionnel légitime*, in *Renouveau ... Mélanges in honneur de Louis Favpreau* obra colectiva, Paris, 2004, págs. 473 e segs.

⁶ V. um resumo em *Manual ...*, VII, Coimbra, 2007, págs. 92 e segs.

⁷ *Manual ...*, VII, págs. 85 e segs.

⁸ Cfr. ANTÓNIO DE ARAÚJO e PEDRO COUTINHO MAGALHÃES, *A Justiça Constitucional: uma instituição contra a maioria?*, in *Análise Social*, nº 154-155, Verão de 2004, págs. 207 e segs.

necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os tribunais supremos no modelo judicialista norte-americano).

No entanto, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicatizar os actos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do tribunal constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados – em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado – que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insusceptíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada.

Num tribunal constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia actual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude

dos factores objectivos da interpretação jurídica e, sobretudo, do fenómeno de institucionalização que cria uma dinâmica e uma autonomia do órgão⁹.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns.

3. Os juízes constitucionais em Portugal

1. Portugal foi o primeiro país europeu a consagrar expressamente, na sua Constituição, o princípio da não aplicação de normas inconstitucionais pelos tribunais: foi o art. 63º da Constituição de 1911, antecedente do actual art. 204º da Constituição de 1976.

Há cem anos, precisamente, existe, pois, em Portugal um sistema de fiscalização judicial difusa, concreta e incidental, embora na prática, só nos últimos trinta e cinco anos tenha funcionado plenamente, por só a Constituição de 1976 ser uma verdadeira Constituição *normativa* (no sentido de KARL LOEWENSTEIN). Como as normas sobre direitos e liberdades são directamente aplicáveis (art. 18º, nº 1), a par disso, tem aumentado a consciência jurídico-constitucional geral.

A Constituição de 1976 criou também fiscalização abstracta, com três modalidades: fiscalização preventiva, sucessiva de inconstitucionalidade por acção e de inconstitucionalidade por omissão. E essa cabe, desde 1982, a um Tribunal Constitucional, que, de resto, não é apenas um tribunal de

⁹ Cfr. JACQUES CHEVALIER, *Le juge constitutionnel et l'effet Becket*, in *Renouveau ...*, obra colectiva, págs. 83 e segs.

constitucionalidade mas também um tribunal de contencioso eleitoral, referendário, partidário e, até, em certos casos, parlamentar¹⁰.

2. Entretanto, entre os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional não existe separação, visto o Tribunal Constitucional interferir na fiscalização concreta, embora em moldes diferentes dos adoptados na maior parte dos outros Estados e, por outro lado, prevê-se a passagem da fiscalização concreta à abstracta.

Com efeito, ao contrário do que sucede na generalidade dos países com Tribunal Constitucional ou órgão homólogo (em que, suscitada a questão de inconstitucionalidade em qualquer tribunal e verificada por ele a sua pertinência, esta questão sobe em separado ao tribunal constitucional para decidir), em Portugal qualquer tribunal, incluindo qualquer juiz de paz e qualquer tribunal arbitral, *conhece e decide* da questão de inconstitucionalidade.

Em vez de reenvio prejudicial, o que depois se prevê é a possibilidade ou a necessidade de recurso para o Tribunal Constitucional, em três hipóteses: 1ª) quando o tribunal da causa não aplica uma norma com fundamento em inconstitucionalidade; 2ª) quando, pelo contrário, tendo sido suscitada a questão de inconstitucionalidade, o tribunal não a acolha e aplique a norma; 3ª) quando um tribunal aplique uma norma julgada anteriormente inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Ainda ao contrário do que sucede em muitos países, na fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional apenas decide a questão para o caso concreto, não *erga omnes*; mas, se, no mínimo, três vezes julgar inconstitucional certa norma, poderá, por iniciativa de um dos seus juízes ou do Ministério Público,

¹⁰V. uma resenha histórica, em JORGE MIRANDA, *Manual ...*, VI, 3ª ed., Coimbra, 2008, págs. 137 e segs.

desencandear-se um processo de fiscalização abstracta tendente à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281.º, n.º 3)¹¹.

3. Segundo os arts. 204º e 277º e seguintes da Constituição, o juízo de inconstitucionalidade é um juízo sobre normas – tanto normas legislativas como quaisquer outras contidas em quaisquer actos jurídico-públicos (actos emanados do Estado, das regiões autónomas e de outras entidades públicas)¹².

As normas do Regimento da Assembleia da República encontram-se, naturalmente, sujeitas a fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional assim o reconheceu, afirmando que no Regimento se contém variadíssimas normas que implicam directamente com os poderes e direitos dos

¹¹Para uma visão geral do regime português de fiscalização, v. JORGE MIRANDA, *Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle in Portugal*, in *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, obra colectiva, Baden-Baden, 1989, págs. 81 e segs. e *Manual de Direito Constitucional*, VI, 3ª ed., Coimbra, 2008; *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, obra colectiva, Paris, 1989 (mormente a 1.ª parte, de PIERRE BON, págs. 21 e segs.); CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*, 3ª ed., Coimbra, 2007; VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 1994; ARISTIDE CANEPA, *Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costituzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese*, in *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, obra colectiva, Turim, 1996, págs. 540 e segs.; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1998, págs. 17 e segs. e 90 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO e JOAQUIM CARDOSO DA COSTA, *Relatório português à III Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, Lisboa, 2000; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., cit., págs. 887 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO e TELES PEREIRA, *A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: nota para uma aproximação ibérica*, in *Jurisprudência Constitucional*, nº 6, Abril-Junho de 2005, págs. 15 e segs.; BLANCO DE MORAIS, *A justiça constitucional*, 2 volumes, Coimbra, 2005 e 2006; ROMANO ORRÚ, *La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, in *Costituzionali e comparazione giuridica*, obra colectiva, Nápoles, 2006, págs. 1 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, "Concretezza" e "Astrattezza" nel sistema italiano e nel sistema portoghese di controllo de costituzionalità delle leggi, in *Themis*, 2006 – 30 anos da Constituição, págs. 171 e segs.; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007, págs. 247 e 701 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 613 e segs. e 895 e segs.

¹²Questão que não cabe aqui apreciar vem a ser determinar o que seja norma para efeito de fiscalização. Cfr. *Manual ...*, V, 4ª ed., Coimbra, 2010, págs. 150 e segs.

deputados, grupos parlamentares e partidos, poderes e direitos esses expressamente consagrados na Constituição; e, por isso, seria absurdo que eventuais normas que contundessem com aqueles poderes e direitos não fossem passíveis de sindicabilidade¹³.

4. Juízes constitucionais, à face do Direito português, tanto são quaisquer juízes de quaisquer tribunais, corresponsabilizados pela guarda da Constituição, como os juízes do Tribunal Constitucional. Aqueles, através da fiscalização concreta, têm a primeira palavra, mas a última palavra e decisiva pertence ao Tribunal Constitucional – um tribunal, portanto, superior a todos os supremos tribunais.

No presente relatório, só serão, por isso, considerados os juízes do Tribunal Constitucional.

II

Quadro institucional das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais

1. a) Portugal é um Estado unitário, com duas regiões autónomas – os arquipélagos dos Açores e da Madeira; é um Estado unitário regional parcial.

Não existe nenhuma influência desta forma de Estado sobre as relações entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional. Os cidadãos dos Açores e da Madeira participam, em pé de igualdade, com os do resto do país na eleição do Parlamento. As normas dimanadas dos órgãos das regiões estão sujeitas a fiscalização da constitucionalidade nos mesmos termos de quaisquer outras normas vigentes no ordenamento jurídico português [arts. 204º, 280º e 281º, nº 1, alínea a)].

¹³Acórdão nº 63/93, de 19 de Março de 1991, in *Diário da República*, 2ª série, de 3 de Julho de 1991.

Em plano diferente fica o controlo da conformidade com os estatutos das regiões (que são propostos pela Assembleia Legislativa Regional e aprovados pelo Parlamento nacional) de quaisquer normas dimanadas dos órgãos regionais ou nacionais [art. 281º, nº 1, alíneas *c*) e *d*) da Constituição] e os poderes de iniciativa de fiscalização de inconstitucionalidade de órgãos regionais por violação dos direitos das regiões autónomas [arts. 281º, nº 2, alínea *g*) e 283º, nº 1].

b) O Parlamento Português, chamado Assembleia da República, é unicameral e eleito segundo o princípio da representação proporcional.

Esta estrutura não tem nenhuma influência sobre as relações com o Tribunal Constitucional.

2. *a*) O Tribunal Constitucional é composto por 13 juízes, dos quais 10 eleitos pelo Parlamento por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções e 3 cooptados pelos 10 primeiros [arts. 222º, nº 1 e 263º, alínea *h*) da Constituição].

Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos restantes tribunais e os restantes de entre juristas (art. 222º, nº 2); juízes dos restantes tribunais, e não necessariamente dos tribunais superiores das duas ordens de jurisdição (civil e penal e administrativa e tributária).

O mandato dos juízes tem a duração de nove anos e não é renovável (art. 222º, nº 3). O presidente é por eles eleito (art. 222º, nº 4).

Com vista a assegurar a continuidade do Tribunal, a partir da revisão constitucional de 1997, há renovação de metade dos juízes de quatro anos e meio em quatro anos e meio.

Na prática, por acordo não escrito entre os dois principais partidos políticos (o Partido Social-Democrata e o Partido Socialista), cada um destes partidos propõe cinco candidatos a juízes a eleger pelo Parlamento, mas o outro

tem o direito de não os aceitar, o que obriga a uma negociação complexa até se chegar a acordo¹⁴. E também se dá alternância de presidente entre juízes propostos por um ou por outro partido ao fim de cada quatro anos e meio.

2.2. A eleição parlamentar decorre do que acima se referiu acerca da legitimação democrática do Tribunal. E a maioria qualificada para a eleição, como sucede em quase todos os países como órgão homólogo, propicia um consenso alargado e a escolha de pessoas mais sintonizadas com ideias de Direito situadas no “arco constitucional” ou, dito de outro modo, no centro político. Tal como se compreendem, para defesa da independência do Tribunal, o mandato longo (mais do dobro da duração da legislatura) e a não renovação em caso algum.

Menos congruente é que, havendo em Portugal dois órgãos políticos de soberania baseados no sufrágio universal e directo – o Presidente da República e o Parlamento – apenas um deles interfira na designação dos juízes constitucionais e que o Presidente da República apenas fique com o ónus, segundo a lei, de conferir posse aos juízes (art. 20º). Tornam-se manifestos tanto a quebra do princípio democrático como o desvio ao sistema de governo semipresidencial constitucionalmente consagrado. Nem as correntes jurídico-políticas presentes na sociedade se esgotam nos dois grandes partidos.

Criticável é ainda a eleição fazer-se por lista completa correspondente ao número total de juízes a eleger, e não relativamente a cada juiz – o que dilui a liberdade de escolha dos Deputados em favor dos directórios partidários.

Também deficiência grave consiste em, pelo menos, três dos juízes de carreira (ditos juízes dos restantes tribunais) serem submetidos a sufrágio do Parlamento. Por esta via, abre-se uma brecha no princípio da isenção político-partidária da magistratura, pois, se um juiz aceita ser proposto pelo partido A e

¹⁴Cfr. PEDRO COUTINHO MAGALHÃES e ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português*, in *Análise Social*, nº 145, 1998, I, págs. 18 e segs.

outro pelo partido B, isso significa que se declaram, explicita ou implicitamente, próximos desses partidos¹⁵.

2.3. Não se veja nestes reparos uma visão negativa do lugar que, efectivamente, o Tribunal Constitucional, tem ocupado na vida portuguesa desde 1983. A minha visão é largamente positiva sem prejuízo de discordâncias quanto a muitas das decisões.

Até na fiscalização preventiva (pela natureza das coisas, poderia acrescentar-se), se em alguns acórdãos se terão vislumbrado conotações político-partidárias, na maior parte das vezes as maiorias quanto à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade ou da não inconstitucionalidade têm sido mais amplas do que as que traduziriam as originárias designações parlamentares. A função institucional do juiz tem prevalecido.

2. b) A organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional entram nas matérias de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República [art. 164º, alínea c) da Constituição], não se admitindo, portanto, qualquer possibilidade de delegação ao Governo.

A respectiva lei tem a categoria de *lei orgânica* (expressão vinda do Direito francês para abranger leis consideradas de execução imediata da Constituição ou politicamente mais importantes). E estas leis (art. 166º, nº 2) têm um regime específico, caracterizado por: aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 168º, nº 5); em caso de veto do Presidente da República, pela exigência, para confirmação

¹⁵Com isto não defendo que juízes de carreira não devam fazer parte do Tribunal Constitucional. Pelo contrário, acho que é muito conveniente que façam parte, pela convivência que desenvolvem com juristas académicos, pela troca de experiências que isso permite e pela recíproca abertura a diversos modelos de encarar as questões, pelo pluralismo, em suma, que, sob este aspecto, o Tribunal adquire.

O que venho preconizando há muito é um sistema misto, com os juízes a eleger pela Assembleia da República não podendo ser juízes de carreira e com os juízes a designar pelo Presidente da República e os juízes a cooptar tendo de ser juízes de carreira.

parlamentar, de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 136º, nº 3); e pela sujeição a fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional por iniciativa não só do Presidente da República mas também do Primeiro-Ministro ou de um quinto dos Deputados em efectividade de funções (art. 278º, nº 4)¹⁶.

2. c) Além da possibilidade de iniciativa acabada de referir, na fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção, um décimo dos Deputados à Assembleia da República pode requerer a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma jurídica.

Na prática, têm sido em pequeno número os pedidos de fiscalização vindos do interior do Parlamento e têm-se confinado a algumas leis mais controversas.

3. a) A Constituição não autonomiza propriamente uma função de controlo da repartição de poderes entre o Estado e as regiões autónomas. Mas a já mencionada [em 1. a)] fiscalização da constitucionalidade e da legalidade tanto de normas dimanadas de órgãos do Estado, de órgãos de soberania, como de normas dimanadas de órgãos das regiões, de órgãos de autonomia, desempenha esse papel. É relativamente abundante a jurisprudência sobre a questão¹⁷.

b) Além da já referida sindicabilidade das normas do Regimento da Assembleia da República, a Constituição confere competência ao Tribunal Constitucional para julgar, a requerimento de Deputados, os recursos relativos à perda de mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República, bem

¹⁶Do Primeiro-Ministro para hipótese de Governo minoritário; de um quinto dos Deputados, para garantia das minorias.

¹⁷Cfr., por exemplo, recentemente, acórdão nº 258/2007, de 17 de Abril, in *Diário da República*, 2ª série, de 25 de Maio de 2007; ou acórdão nº 402/2008, de 29 de Julho, *ibidem*, 1ª série, de 18 de Agosto de 2008.

como nas assembleias legislativas regionais [art. 223º, nº 2, alínea g)]. É um progresso no sentido do reforço do Estado de Direito, pelo que significa de subordinação a controlo judicial de actos políticos que podem afectar as garantias democráticas do Parlamento. O processo está regulado na lei orgânica do Tribunal (arts. 91º-A e 102º-D).

A doutrina dos vícios *interna corporis acta* está em crise perante as exigências do Estado de Direito.

III

Quadro substancial das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais

1.1. O legislador – quer dizer, a lei – ocupa, naturalmente, o lugar primacial na produção normativa. Os regulamentos (do Estado, das regiões autónomas, dos municípios e das outras entidades públicas) situam-se em plano secundário e só estão sujeitos a fiscalização de constitucionalidade quando infringjam directamente a Constituição¹⁸.

Mas esse lugar não é determinante hoje como era noutros tempos, devido à vigência automática na ordem interna das normas de Direito internacional convencional e de Direito da União Europeia (art. 8º da Constituição), sobretudo normas da União Europeia, que vão ocupando crescentemente os sectores do Direito económico, do Direito do ambiente, do Direito do consumidor, etc.

1.2.1. O juiz constitucional não emite normas, não é um dos “actores” da produção normativa. No entanto, indirectamente pode contribuir para tal, através do impacto que as suas decisões adquirem sobre o legislador, levando-o a fazer novas normas em vez das que tenham sido declaradas inconstitucionais ou das que tenham sido objecto de decisões interpretativas, limitativas e aditivas.

¹⁸O controlo de legalidade dos regulamentos incumbe aos tribunais administrativos.

1.2.2. Em primeiro lugar, as declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282º) implica que:

a) Os órgãos administrativos¹⁹, os tribunais em geral e o próprio Tribunal Constitucional não mais podem aplicar a norma em causa²⁰;

b) Os particulares não mais podem invocar essa norma nas relações entre eles ou perante os poderes públicos²¹;

c) Quando a inconstitucionalidade seja material, o órgão autor do acto ou da norma não pode voltar a emití-la sem que sofra mutação a norma constitucional parâmetro;

d) Quando a inconstitucionalidade seja orgânica ou formal²², o órgão autor da norma não pode voltar a emitir a norma sem que afaste os vícios que inquinam o acto que a gerou;

e) Em especial, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, actos praticados à sombra de lei inconstitucional;

f) O legislador pode, depois de revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional; mas não pode conferir-lhe eficácia retroactiva, pelo mesmo motivo – o valor ou primado da Constituição – visto que, por revisão constitucional, não se convalida lei contrária a norma por ela revogada²³.

¹⁹Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de Janeiro de 1988, in *Acórdãos Doutrinários*, n.º 325, 1989, pág. 34: tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma, é nula por usurpação de poder a decisão da Administração que aplica uma medida por ela autorizada.

²⁰Cfr. acórdão n.º 78/85, de 7 de Maio, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 170, de 26 de Julho de 1985.

²¹Cfr. acórdão n.º 119/90, de 18 de Abril, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 204, de 4 de Setembro de 1990, ou acórdão n.º 385/98, de 19 de Maio, *ibidem*, n.º 277, de 30 de Novembro de 1998.

²²Cfr. o acórdão n.º 92/84, de 31 de Agosto, in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 258, de 7 de Novembro de 1984.

²³Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 6ª ed., Coimbra, 2007, págs. 328 e 329.

1.2.3. De qualquer forma, a força obrigatória geral não colide com a natureza jurisdicional da decisão. É algo inerente à decisão, não algo que acresça, enxertado ou acessório.

O Tribunal, como qualquer tribunal, decide uma questão jurídica – a da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma – à luz da norma aplicável – que é a norma constitucional ou legal. Apesar de repercussões ou conexões políticas, ele não define ou prossegue o interesse público (ou um interesse público primário) como os órgãos de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição.

Por isso, se escreve que a anulação de uma norma com fundamento da violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão – opção desvinculada (é acto de oportunidade); e a anulação é, em princípio, acto vinculado normativamente, é juízo normativo estrito²⁴. Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entendida no seu sentido próprio e substancial²⁵. Ou que o Tribunal Constitucional é *controlador* de normas, não *co-produtor* de normas jurídicas²⁶.

Precisando, ou explicitando melhor:

a) O Tribunal Constitucional nunca tem a iniciativa da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, está sempre adstrito a uma iniciativa externa, ao princípio do pedido;

b) Requerida a apreciação do acto ou da norma, o Tribunal fica obrigado a decidir;

²⁴CASTANHEIRA NEVES, *O instituto dos «assentos» e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, 1983, págs. 612-613.

²⁵OLIVEIRA ASCENSÃO, *Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito*, in *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987, pág. 261. Cfr., também, AFONSO QUEIRÓ, *A função administrativa*, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977, págs. 29-30.

²⁶GOMES CANOTILHO, *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*, in *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987, pág. 353.

c) O Tribunal não pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a decisão que venha a tomar²⁷;

d) Cabendo ao Tribunal Constitucional também conhecer de recursos em fiscalização concreta, deve decidir todos os recursos pendentes sobre a mesma questão de inconstitucionalidade de acordo com essa declaração²⁸;

e) Se, porventura, qualquer tribunal aplicar a norma declarada inconstitucional e sendo chamado o Tribunal Constitucional a intervir, ele não poderá reapreciar a sua decisão, apenas poderá determinar que ela seja cumprida;

1.2.4. Em segundo lugar, em fiscalização concreta podem ser proferidas por Tribunal Constitucional decisões interpretativas com três conteúdos possíveis:

- Interpretação concordante com a que o tribunal *a quo* tenha proferido de modo a não recusar a aplicação da norma impugnada [art. 280.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição];
- Interpretação discordante da que o tribunal *a quo* tenha adoptado e, igualmente, sem conduzir à recusa de aplicação da norma;
- Interpretação em contraste com a do tribunal *a quo*, o qual agora havia concluído pela inconstitucionalidade.

No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deverá ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (art. 80º, nº 3 da lei orgânica).

E o próprio Tribunal sustenta, num dos seus acórdãos, que, funcionando como última instância de recurso de constitucionalidade das leis, não pode ser

²⁷Nem sequer se, por revisão constitucional, for suprimida ou modificada a norma que serviu de fundamento à decisão. Simplesmente, a força formal passiva desta – reagindo contra lei oposta àquela norma – cessará.

²⁸GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 1012.

cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado, proferida no processo a que o recurso respeita. Isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição em sede de fiscalização concreta, que, precisamente, se traduz em decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das *normas* cuja aplicação ou recusa de aplicação ocorrer em qualquer outro tribunal. Os poderes cognitivos têm de assumir a máxima amplitude²⁹.

1.2.5. A limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões, adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos³⁰.

Envolve, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática. E acaba (por paradoxal que pareça *prima facie*) por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade.

Como escreve BACHOF, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis *consequências* destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão

²⁹ Acórdão n.º 2/84, de 11 de Janeiro, in *Diário da República*, 2.ª série, n.º 97, de 26 de Abril de 1984, n.º 4.2.4.

³⁰ Cfr. a noção de «situações constitucionais imperfeitas» em GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional* cit., pág. 955.

duvidoso, é também em regra – embora nem sempre – um resultado juridicamente errado³¹.

No Direito português, o art. 282.º, n.º 4, dispõe que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que os estabelecidos em geral.

1.2.6. Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma *na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter* para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (v. g., uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (v. g., uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa.

Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma que se acrescenta com idêntico fim. E nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte, mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização

³¹ *Estado de Direito e poder político*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980, pág. 15.

que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel activo de realização dos princípios constitucionais.

Das decisões aditivas distinguem-se as decisões *integrativas*, através das quais se interpreta certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objecto que lhe são aplicáveis e porque *directamente* aplicáveis.

A diferença está em que nas decisões aditivas o órgão de fiscalização formula, implícita ou indirectamente, uma regra, ao passo que nas decisões integrativas ele vai apoiar-se directamente numa regra constitucional.

À semelhança do que vem sucedendo noutros países (com modulações diversas) o Tribunal Constitucional português tem proferido também decisões aditivas de relevante interesse, nascidas da própria dinâmica da sua actividade³². Nem por isso elas têm deixado de ser consideradas problemáticas por certos Autores³³.

1.2.7. Finalmente, compete ao Tribunal Constitucional – a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça (*Ombudsman*) e, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais – apreciar e verificar o não cumprimento da

³²Exemplos: acórdão n.º 143/85, de 30 de Julho (sobre actividades docentes e advocacia), in *Diário da República*, 1.ª série, n.º 202, de 3 de Setembro de 1985; acórdão n.º 191/88, de 20 de Setembro (sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho), *ibidem*, 1.ª série, n.º 231, de 6 de Outubro de 1988; acórdão n.º 359/91, de 9 de Julho, *ibidem*, 1.ª série-A, n.º 237, de 15 de Outubro, de 1991 (sobre arrendamento para habitação e união de facto); acórdão n.º 231/94, de 9 de Março (sobre pensões de sobrevivência), *ibidem*, 1.ª série-A, n.º 98, de 28 de Abril de 1994; acórdão n.º 545/99, de 13 de Outubro (sobre subvenção mensal vitalícia a ex-titulares de cargos políticos), *ibidem*, 2.ª série, n.º 272, de 22 de Novembro de 1999. Mas o primeiro caso terá sido o tratado no acórdão n.º 95 da Comissão Constitucional, de 6 de Abril de 1978 (julgando inconstitucional a fixação de idade núbil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino), in *Apêndice ao Diário da República* de 3 de Maio de 1978.

³³Cfr. *Manual ...*, VI, págs. 90 e segs. e Autores citados.

Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (art. 283º, nº 1).

Eis o instituto da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, uma das singularidades da Constituição portuguesa quando aprovada em 1976 e que depois passaria para outros países³⁴. E normas constitucionais não exequíveis por si mesmas são as que carecem de complementação legislativa para conformarem as situações de vida, como são, em geral, as normas sobre direitos sociais e sobre organização económica e algumas sobre organização política.

Mas o Tribunal tão pouco aqui faz lei, porque não tem legitimidade democrática para tanto. Limita-se a verificar a existência ou não de omissão e, quando for caso disso, a dar conhecimento ao órgão legislativo.

Até agora foram poucos os pedidos de fiscalização (menos de dez), mas em todos eles o Parlamento veio a legislar, corrigindo a sua inércia³⁵.

2. a) A resposta está dada em II, 2. Para além disso, vale o princípio de separação dos poderes do Estado (arts. 2º e 111º da Constituição).

b) As decisões do Tribunal Constitucional são geralmente acatadas nos meios parlamentares e pela opinião pública. Apenas ocupam algum relevo nos debates políticos, quando versam sobre leis que mais fortemente dividiram uns e outros.

c) A jurisprudência do Tribunal é, quase sempre, tida em conta quando o Parlamento volte a discutir matérias sobre as quais tenha havido decisões de inconstitucionalidade.

De todo o modo, quando uma iniciativa legislativa é apresentada, o Presidente pode, nos termos do regimento da Assembleia, recusá-la com fundamento em inconstitucionalidade, conquanto haja sempre a possibilidade de

³⁴Como o Brasil e Angola.

³⁵Cfr. *Manual ...*, VI, cit., págs. 305 e segs.

recusa da sua decisão para o plenário (o que significa que prevalecerá aí a maioria).

d) Num Estado de Direito democrático não pode falar-se verdadeiramente em conflito entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional.

Há apenas uma hipótese próxima, que é de, em fiscalização preventiva de constitucionalidade, o Parlamento, em face da pronúncia do Tribunal Constitucional, não expurgar a norma ou normas inconstitucionais, nem reformular o diploma, mas sim confirmá-lo por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções; e, neste caso, o Presidente *pode*, não é obrigado (como após veto político) a promulgar o diploma (art. 279º, nº 2). Se, porém, promulgar – coisa que nunca aconteceu até hoje – nada impede qualquer tribunal, em fiscalização concreta, não aplicar a norma ou normas ou o Tribunal Constitucional declará-las inconstitucionais com força obrigatória geral³⁶.

Quer dizer, ainda aqui, a palavra definitiva, salvo revisão constitucional, é do Tribunal.

IV

As relações entre os actores: testemunhos e debates

1. a), i) Juridicamente o Parlamento é um órgão soberano, livre de decidir opções políticas e de as exprimir através de textos legislativos. E a Constituição diz que os Deputados exercem livremente o seu mandato.

Politicamente, com as democracias modernas transformadas em democracias representativas de partidos (ou em Estados de partidos), o voto dos parlamentares está condicionado pelos dirigentes partidários. Compreende-se a disciplina de voto nas questões de que depende a subsistência do Governo e nas questões políticas mais importantes; no resto, deveria preservar-se a liberdade

³⁶Sobre o art. 279º, nº 2 da Constituição portuguesa, v. *Manual ...*, VI, cit., págs. 269 e segs.

dos Deputados ou, pelo menos, a orientação de voto só vir de deliberação dos grupos parlamentares, e não de fora do Parlamento.

ii) Não, não é um órgão técnico, o que não impede que as suas comissões sejam assessoradas por técnicos e especialistas (cfr. art. 181º da Constituição).

iii) Não é um órgão misto. É um órgão político, mesmo se deve procurar elaborar leis com boa técnica legislativa. Mas a Legística ou Ciência da Legislação não pode deixar indiferentes os parlamentares e, em cada Parlamento, deveria haver um centro de estudos sobre essa matéria.

b), i) O juiz constitucional é um guardião do respeito da Constituição pelo legislador. Não o único: também o Presidente da República, que pode requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional (art. 278º); e, a fiscalização sucessiva pode ser requerida também pelo Presidente do Parlamento, pelo Primeiro-Ministro, pelo Provedor de Justiça, pelo Procurador-Geral da República e por um décimo dos Deputados (art. 281º, nº 2).

Por outro lado, os cidadãos gozam de direito de petição para defesa da Constituição (art. 52º, nº 1) e de direito de resistência contra ordens contrárias a direitos, liberdades e garantias (art. 21º) e contra impostos inconstitucionais (art. 103º, nº 3).

ii) Tudo está em as reformas legislativas a empreender, em cada momento respeitarem as normas constitucionais, embora estas, nos domínios económicos e sociais, devam ser, sem perda do seu conteúdo essencial, relativamente abertas para permitirem a alternância democrática.

As decisões do Tribunal Constitucional são fundamentadas juridicamente. Os aspectos políticos ou sociológicos e económicos de questões a tratar apenas podem ser considerados na interpretação constitucional (que não é exactamente o mesmo que a interpretação do Código Civil).

iii) Embora não seja essa a sua função, a jurisprudência constitucional tem contribuído para a melhoria da qualidade de muitas leis.

2. Eu fui Deputado à Assembleia Constituinte portuguesa em 1975-1976 e, por duas vezes, em períodos curtos Deputado à Assembleia da República, em 1976 e em 1980-1982 (quando se fez a primeira revisão da Constituição). E entre 1976 e 1980 fui membro da Comissão Constitucional, o órgão que antecedeu o Tribunal Constitucional. Tive, pois, ainda bastante jovem, a dupla experiência de legislador e de juiz constitucional.

a) Sim, há uma diferença de percepção das leis pelo juiz constitucional consoante tenha sido ou não parlamentar.

b) E isso, naturalmente, leva a alguma diferença de entendimento acerca dos efeitos concretos das decisões.

De todo o modo, a Constituição portuguesa tem uma cláusula de salvaguarda a respeito das declarações de inconstitucionalidade: é o art. 282º, nº 4, já citado.

c) Os constrangimentos parlamentares têm de ser sempre estranhos às decisões.

3. a) Um parlamentar pode, porventura, considerar que a impugnação de uma norma que votou é uma questão política. Um juiz constitucional não pode deixar de a ver como questão jurídica.

b) O controlo de constitucionalidade não se destina, nem deixa de se destinar a afastar esta ou aquela possibilidade legislativa que a maioria parlamentar tenha em vista. Destina-se apenas a apurar a eventual contradição com a Lei Fundamental de certa norma ou de certa interpretação de um preceito. O resto fica em aberto para o legislador.

c) A decisão de inconstitucionalidade impõe-se ao Parlamento, mas pode ser uma oportunidade para ele melhorar o seu trabalho à luz da Constituição.

4. a) Como já se disse (III, 1.2.2.), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral vincula o legislador.

b) O Parlamento não pode voltar a aprovar a norma, declarada inconstitucional, porque uma norma inconstitucional é inválida, nula (art. 3º, nº 3 da Constituição).

c) O Parlamento goza sempre, naturalmente, de toda a liberdade para discutir todos os problemas políticos, económicos, sociais e culturais ligados a uma norma declarada inconstitucional, de modo a editar outra que seja susceptível de não sofrer o destino da primeira. O que não pode nunca, é fazer uma reformulação que não afaste a solução de fundo alvo de censura do Tribunal Constitucional.