

A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s). *

Nuno Rolo **

*«O séc. XIX foi o século dos parlamentos,
o séc. XX é o século da justiça constitucional.»*

MAURO CAPPELLETTI

I. INTRODUÇÃO

A matéria deste trabalho insere-se na temática jurídico-política da Justiça Constitucional (Comparada), pouco conhecida entre a maioria dos juristas, dada, porventura, a sua natureza teórica ou o restrito campo de aplicação que ela possui na vida profissional daqueles. Para não falar da grande proximidade com a Política, facto, para alguns, mais do que suficiente para estimular o pouco interesse com que a maioria dos juristas a observa.

Na verdade, a Justiça Constitucional cumpre-se num domínio de permanente e inevitável tensão entre o Direito e a Política ¹.

Fará parte do processo democrático a «criação judicial de normas»? «Politização da Justiça» ou «justicialização da Política»? Problemas que se colocam com grande acuidade nos domínios da legitimidade e legitimação constitucional, em geral, e da composição e actividade interpretativa dos tribunais constitucionais,

* Trabalho vencedor do VI Prémio Vítor Mendes/Mapfre Vida 1996 para estudantes de Direito em Portugal.

** Assistente estagiário da Universidade Autónoma de Lisboa.

¹ Cfr. J. M. Cardoso da Costa, em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 33.

em especial – sendo estes «canais comunicativos» (Gomes Canotilho), por excelência, entre a Justiça e a Política. A estas questões não ficaram alheios Carl Schmitt e Hans Kelsen, envolvidos numa polémica, nos anos 30, acerca da caracterização política ou jurisdicional da Justiça Constitucional.

A Justiça Constitucional Comparada integra-se, como disciplina científica, no Direito Constitucional Comparado, que, por sua vez, enquadra-se na cadeira de Direito Público Comparado, subdivisão de um dos grandes sectores (O. Ascensão) da ordem jurídica: o Direito Público.

Portanto, este trabalho tem, em última análise, o seu domicílio científico num dos magnos ramos do Direito: o Direito Público, nomeadamente, no galho da Justiça Constitucional Comparada.

0. A Justiça Constitucional

A Justiça Constitucional surgiu duma necessidade de garantia da própria Constituição, que, no sentido de a defender de potenciais e reais actos capazes de «ferirem» o seu *corpus*, começou a fazer-se sentir a partir da formação dos Estados Constitucionais, em princípios do século XIX, que se caracterizam, sobretudo, pelo facto de o pilar e a viga-mestra da ordem jurídica residirem na Constituição.

A defesa da Constituição necessita, para que se concretize, de garantias, isto é, de «meios que assegurem a observância, aplicação, estabilidade e conservação da lei fundamental» (Gomes Canotilho), e entre elas está, precisamente, um dos pressupostos da Justiça Constitucional: a fiscalização da Constituição.

Assim, a Justiça Constitucional pressupõe a prevalência do princípio da constitucionalidade, ou seja, a submissão de todos os actos do Estado à Constituição. Na Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), este princípio está consagrado, nomeadamente, no art.º 3.º, n.º 3.

Podemos considerar a Justiça Constitucional (em sentido amplo), *grosso modo*, como um todo ou um território constituído por um conjunto de partes integrantes, ou domínios compreensivos, das quais podemos destacar, mormente, as

seguintes: a Justiça do Estado, a justiça «política», a justiça dos direitos fundamentais, a justiça «administrativa», a Justiça Constitucional em sentido restrito...².

Na Justiça do Estado, visa-se compor jurisdicionalmente potenciais dissídios entre os diversos centros e níveis de poderes públicos sobretudo de objecto territorial (por exemplo, entre os Estados e as regiões, possíveis em Itália e Espanha; ou entre Estado federal vs. Estados federados, verificáveis na Alemanha; Federações vs. províncias, etc.). Trata-se, no fundo, de uma questão de definição, limitação e delimitação de poderes entre os vários órgãos do poder político.

A Justiça «política», neste contexto, consiste, sobretudo, no facto de um órgão jurisdicional, ou outro órgão do Estado, possuir a faculdade de conhecer e julgar determinadas violações específicas à Constituição, de carácter eminentemente político, como os crimes cometidos por altos titulares de órgãos do Estado³.

A justiça dos direitos fundamentais tem, essencialmente, como ideia enformadora a afirmação de uma Constituição consagradora de uma protecção e observância de determinados direitos fundamentais, possuindo, para isso, um regime próprio e especial de fiscalização dos actos que os podem pôr em causa, através, por exemplo, de uma jurisdição particular: a Justiça Constitucional, no sentido de «jurisdição de liberdade» (Cappelletti)⁴. Uma concretização desta parte compreensiva da Justiça Constitucional é a existência de um meio jurisdicional próprio de defesa dos direitos fundamentais (sobretudo, os direitos, liberdades e garantias, isto é, os direitos fundamentais especiais), que permite aos cidadãos, lesados nos seus direitos, apelarem directamente para um órgão jurisdicional, mormente um Tribunal Constitucional.

Entre os meios de protecção jurisdicional dos direitos fundamentais, podemos destacar o instituto do amparo (o *habeas corpus* da era contemporânea), que vive

² Vide Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 972 e segs.

³ Por exemplo: o processo de *impeachment*, crime de responsabilidade política, de inspiração anglo-saxónica, normalmente instituído contra uma autoridade pública (v., entre nós, art.º 133 da C.R.P.).

⁴ *Apud* Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 976.

«ao serviço da defesa dos direitos fundamentais» (Gomes Canotilho), devendo, portanto, a estes a sua razão de ser. Este instituto é contemplado em diversos ordenamentos jurídicos, sofrendo diferente metamorfose e denominação consoante o país que o contempla: recurso de amparo (Espanha e Macau), *Verfassungsbeschwerde* (Alemanha), *staatsrechtliche Beschwerde* (Áustria), *Bescheidbeschwerde* (Suíça), *juicio de amparo* (México), mandado de segurança (Brasil)...

No nosso sistema jurídico-constitucional, não existe, como se sabe, qualquer via de acesso directo ao Tribunal Constitucional, para protecção dos nossos direitos fundamentais. Há, porém, dois meios, facultados aos cidadãos, possíveis de ultrapassar/preencher tal *vacuum* jurídico: o direito de suscitar a «questão» de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) nos tribunais (art.º 280, al. b), da C.R.P.) e o direito de petição ao Provedor de Justiça, que possui legitimidade processual activa no âmbito da fiscalização sucessiva abstracta (art.ºs 23, 281, n.º 2, al. d), e 283 da C.R.P.).

Quanto à Justiça «administrativa», tem como fim garantir aos cidadãos certos instrumentos jurídicos processuais (v.g., recurso contencioso), com o objectivo de os proteger de eventuais actos lesivos da Administração e de lhes permitir a impugnação jurisdicional destes actos. A Justiça Constitucional é, deste modo, uma extensão da ideia subjacente à Justiça Administrativa (Franco Pierandrei)⁵.

Last but not least, a Justiça Constitucional em sentido restrito, que se reduz ao âmbito de uma jurisdição constitucional autónoma, ou seja, à verificação de um órgão jurisdicional especializado em matéria jurídico-constitucional capaz de decidir da validade das leis, tendo como parâmetro a Constituição. Esta concepção nasceu da formulação e elaboração doutrinal do juspublicista austriaco Hans Kelsen, que defendeu a criação de um órgão jurisdicional justaposto aos restantes órgãos judiciais. Por isso, este modelo de Justiça Constitucional é também desig-

⁵ Vide Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 975, e Franco Pierandrei, *Corte Costituzionale*, Enciclopedia del Diritto, p. 885.

nado por modelo concentrado ou modelo austríaco, acrescentando, ainda, o facto de tal modelo ter sido explicitamente consagrado na Constituição austríaca (título VI) de 1 de Outubro de 1920⁶.

Estas são, na nossa opinião, algumas das mais importantes partes integrantes da Justiça Constitucional.

Podemos concluir, portanto, que a Justiça Constitucional abarca um conjunto de áreas e operações jurídicas, realizadas sobretudo por órgãos jurisdicionais, com o fim de controlar a prossecução e aplicação das normas e princípios constitucionais vigentes e de conformar a posição e relação do Estado (em sentido restrito) com as outras pessoas colectivas públicas e os seus respectivos órgãos⁷.

1. O Direito Comparado

Este trabalho é, também, um estudo realizado em sede de Direito Comparado.

O conceito de Direito Comparado é criticado por alguns autores, porquanto consideram que «falar-se em Direito leva a supor que se está perante um ramo da ordem jurídica» (O. Ascensão), o que, para esses autores, está incorrecto, na medida em que ele «não representa nenhum ramo da ordem jurídica, mas simplesmente uma ciência que estuda o Direito utilizando o chamado método comparativo»⁸. Os autores defensores desta tese propõem a terminologia Comparação de Direitos.

Não vamos aqui entrar nessa discussão (para nós estéril, como iremos, implicitamente, verificar), por ser um lugar impróprio e por nos faltar autoridade. Restringimo-nos, apenas, à consideração de que o Direito Comparado é uma ciência do Direito e, por conseguinte, uma disciplina jurídica e científica, significando tudo o que isso implica.

⁶ Não obstante ter sido, consta-nos, a Constituição Checoslovaca de 1920 (29 de Fevereiro) a primeira a consagrar uma orientação de tal modelo.

⁷ V. Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 974 e 975.

⁸ Cfr. Oliveira Ascensão, *O Direito*. Coimbra: Livraria Almedina, p. 126.

A *ratio essendi* do Direito Comparado reside no facto de o Direito, como disciplina científica que é, não ser uma ciência global ou uniforme. Ou seja, o Direito não é o mesmo em Portugal, em Espanha, em França, em Itália, etc. (exceptuando, obviamente, o Direito Internacional, que lhes é comum). *Ipsa facto*, não se pode reivindicar nenhuma exclusividade para uma determinada ordem jurídica: cada Estado, seu Direito. E, mesmo num Estado, diversas ordens jurídicas se podem englobar.

Direito Comparado designa comparação de Direitos. Estamos a comparar, quando determinamos e confrontamos certas semelhanças e diferenças (neste caso, do objecto da comparação). E Direitos (ou seja, o objecto da comparação), neste contexto, pode significar famílias de Direitos (romano-germânica, *Common Law*, etc.), sistemas jurídicos ou ordens jurídicas, institutos jurídicos e princípios ou normas jurídicas. Todos estes conceitos têm uma relação lógica e coerente entre si: as famílias de Direitos agrupam várias ordens e sistemas jurídicos; estes, por sua vez, são constituídos por institutos jurídicos, os quais consistem num conjunto de princípios e normas jurídicas.

À comparação de famílias de Direitos dá-se o nome de mesocomparação (pensamos que o termo megacomparação é mais correcto e ajustável à nossa língua e vocabulário – ou será melhor gigacomparação?). Quando se comparam sistemas ou ordens jurídicas, está-se a fazer macrocomparação. E designa-se por microcomparação o estabelecimento de semelhanças e diferenças entre institutos jurídicos afins, com as suas próprias normas e princípios respectivos, em ordens jurídicas diferentes.

Este trabalho integra-se, portanto, na referida microcomparação, ou seja, compara-se o controlo difuso da constitucionalidade das leis em ordens jurídicas diferentes.

Definido, sucinta e parcamente, o seu conceito e o seu enquadramento jurídico, podemos apontar ao Direito Comparado, resumidamente, diversas vantagens ou contribuições para o Direito e, por conseguinte, para os juristas: concorre

para a descoberta de tendências, influências e determinações de leis e evolução do Direito; contribui para o conhecimento do próprio Direito, sobretudo quando o legislador se inspirou em leis estrangeiras⁹; constitui um instrumento de política legislativa¹⁰, que permite melhor conhecimento das soluções praticadas em outros ordenamentos jurídicos, para determinados problemas jurídicos, potencialmente verificáveis quando se realizam estudos legislativos.

É nesta última função que, na nossa opinião, mais tem contribuído o Direito Comparado para o aperfeiçoamento e desenvolvimento do nosso Direito. E isso deve-se, sobretudo, à doutrina, na sua investigação e elaboração teórica, que, por sua vez, é utilizada na nomogénese, com frequente recurso ao Direito estrangeiro (*plágio feliz*)¹¹.

Contudo, o Direito Comparado é pouco conhecido entre os juristas, por depreciação, pois não lhe atribuem o devido valor que representa para o conhecimento e desenvolvimento da ciência jurídica (com todos os seus temas e problemas) e para a aplicação e concretização do Direito¹².

A importância jurídica do Direito Comparado não deve, *ergo*, ser desvalorizada, subestimada ou esquecida. O comparatista configura-se como *homo urbi et orbi* ou, como o definiu Sir Frederick Pollock, «the lawyer that is a citizen of the world».

⁹ Por exemplo, um estudo aprofundado do actual Código Comercial português (1888) implica conhecimento do Código Comercial italiano de 1882, em que aquele largamente se inspirou.

¹⁰ *Vide, verbi gratia*, os estudos de Vaz Serra para o projecto *Das Obrigações em Geral*, do Código Civil português vigente.

¹¹ Outras funções igualmente importantes podem, também, ser-lhe atribuídas: as relativas à uniformização e harmonização de direitos, à construção de regras de avaliação de aplicação subsidiária, à formação de juristas, à cultura jurídica, etc. A este respeito, v. Carlos Ferreira de Almeida, *Introdução...*, cit., p. 12 e segs.

¹² Para uma introdução ao Direito Comparado, consultar sobretudo Carlos Ferreira de Almeida, *Introdução ao...*, cit., e Zweigert e Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, trad. ing., Oxford, 1987.

2. O Controlo Constitucional¹³

Perfilhamos o essencial da doutrina que considera a definição dos conceitos de controlo e de controlo constitucional uma necessidade «didáctica e sistemática» na exposição do Direito Constitucional. Tal consideração apresenta-se tão fatal, quanto vital para qualquer correcto e rigoroso conhecimento de questões técnico-jurídicas¹⁴.

As expressões controlo e fiscalização traduzem conceitos com significado semelhante. A palavra controlo, *lato sensu*, toma o significado de qualquer limitação do poder político e/ou dos governantes. Ao que nos consta, quem tentou levar mais longe a utilização deste conceito, neste sentido, dos autores juspublicistas, foi Karl Loewenstein que, na sua *Teoría de la Constitución*, chegou a afirmar que «o controlo designa todas as formas constitucionalmente previstas para a limitação dos governantes»¹⁵.

Villalón assinalou que a expressão *control de constitucionalidad* significa o modo através do qual um ordenamento reage face à existência de normas contrárias à Constituição e sugere a seguinte definição: «La garantía jurisdiccional de la primacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento, pero de forma primordial sobre las leyes como suprema manifestación ordinaria de potestad normativa del Estado»¹⁶.

Para Vergottini, o controlo inclui, em termos genéricos, uma verificação de conformidade e uma medida correspondente¹⁷.

¹³ Para um maior aprofundamento sobre o controlo constitucional, *vide* a dissertação de mestrado de Jorge Silva e Sousa: *Controlo Constitucional*, cuja obra, e orientação, seguiremos de perto.

¹⁴ Cabral de Moncada, em *Filosofia do Direito e...* (vol. II, Coimbra, 1965, p. 31), assinala que todo o conhecimento jurídico pressupõe a formulação dos respectivos conceitos, sendo estes condição de toda a potencial experiência e construção de uma parte importante da própria realidade que visam.

¹⁵ Para mais e melhor leitura, v. a dissertação de mestrado de Jorge Silva e Sousa, *Controlo ...*, cit.

¹⁶ Pedro Cruz Villalón, *La Formación del Sistema Europeo de Control da Constitucionalidad, 1918-1939*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987.

¹⁷ *Apud* Giuseppe Vergottini, *Diritto Costituzionale...*, cit., p. 35.

Na doutrina portuguesa, a utilização da expressão controlo, no seu cariz literal-técnico-jurídico, é relativamente escassa pois, como se verá, é preferida a expressão fiscalização, acolhendo-a a nossa Constituição actual¹⁸.

Os autores portugueses possuem, da expressão controlo constitucional, uma concepção convergente quanto ao seu significado: emissão de um juízo ou apreciação e tomada de uma medida consequente e/ou correspondente (sobretudo, em caso de formulação de um juízo negativo ou de inconstitucionalidade).

Gomes Canotilho utiliza, mormente, a palavra controlo. Fala de controlo como um meio de garantia da Constituição, e refere fiscalização nos processos de fiscalização de inconstitucionalidade¹⁹. Jorge Miranda, com mais apego à letra do texto constitucional, emprega a expressão fiscalização de modo a abranger a formulação de um juízo e a tomada de uma medida consequente e correspondente, distinguindo-a da garantia; esta só assume a forma de fiscalização, quando é exercida através de meios institucionais²⁰.

Nas literaturas jurídico-constitucionais espanhola (*control*), francesa (*contrôle*), italiana (*controllo*), alemã (*kontroll*) e anglo-saxónica (*control*), utiliza-se, sobretudo, a palavra controlo. A razão é, sobretudo, linguística e não por significar sentido diverso²¹.

A expressão «controlo» provém do francês *contre-rôle*, que significa literalmente contra-livro, e cujo étimo é o latim *contra rotulus*, que traduzia «a actividade da entidade controlada que devia ser registada num segundo livro, cujos registos podiam ser confrontados com os registos próprios daquela entidade (primeiro livro)» (Silva e Sousa). Segundo o *Dicionário* de Rodrigo de Sá Nogueira, «a forma

¹⁸ É interessante assinalar que, em 1914, Raul Carmo, professor de Coimbra, utiliza o termo controlo constitucional e faz uma análise técnico-jurídica muito próxima do sentido actual do conceito, no seu escrito: *Distinções das Funções do Estado*, Coimbra, 1914.

¹⁹ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito...*, cit.

²⁰ *Apud* Jorge Miranda, *Manual...*, vol. II, cit., p. 353.

²¹ Em Espanha, por exemplo, fala-se de fiscalização a propósito da actividade fiscalizadora do Parlamento (nomeadamente, do *Congreso de los Diputados*); veja-se, por curiosidade, o art.º 165 da C.R.P.

francesa *contrôle* está por *contre-rôle*, por haplogogia», por isso defende: «não vejo razão nenhuma que justifique a forma *controlo* que se está usando em vez de *controle*»²². No entanto, a palavra que vingou, entre nós, foi *controlo* e não *controle*; como disse o ilustre autor, reportando-se ao conceito: «Aqui já não há remédio, creio eu», rematando que «as línguas são o que são, e não o que deveriam ser; nas línguas, «o uso faz lei»²³.

A palavra *fiscalização* deriva do étimo latino *fiscus*, nome que os Romanos davam ao cesto onde guardavam o dinheiro, incluindo o *cesto* do imperador, figurando-o como a parte do rendimento público destinada às suas despesas (*expensium imperium*). Este sentido generalizou-se e acabou por confundir-se com o poder do Estado (*jus imperium*) de lançar e cobrar impostos aos seus cidadãos.

Doravante, vamos empregar indiscriminadamente as duas expressões referidas, que deverão ser consideradas como tendo um sentido convergente ou equivalente.

II. A GÊNESE DO CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE E O CONSTITUCIONALISMO

A Justiça Constitucional baseia-se na hegemonia jurídica (real e ideal) do princípio da constitucionalidade, ou seja, o princípio da submissão de todos os poderes do Estado à Constituição (v. arts. 3.º e 277, C.R.P.).

Significa isto que a Constituição, numa determinada ordem jurídica, terá de possuir um carácter de primazia na relação das fontes de Direito, para que a Justiça Constitucional seja uma realidade. Considera-se a Constituição como *the supreme law of the land*, isto é, como tendo um valor supralegislativo (em sentido europeu),

²² Vide Rodrigo de Sá Nogueira, *Dicionário de Erros e Problemas de Linguagem*, Clássica Editora, 4.ª Edição, 1995, p. 129.

²³ *Apud* Rodrigo de Sá Nogueira, *Dicionário...*, cit., p. 215.

à qual todos os actos normativos devem obediência e cumprimento (mesmo a omissão inconstitucional constitui uma violação a este princípio) – princípio da prevalência da Constituição²⁴. Esta concepção da Constituição conduz-nos, por outro lado, a uma outra vertente daquele princípio, que consiste no facto de ela ser normativamente imodificável, ou seja, obriga a que não se mude de Constituição, nem se alterem os seus princípios constitucionais fundamentais, nem a *gema* da sua *clara* substância ou conteúdo normativo.

Ao princípio da constitucionalidade está indissociavelmente ligado o controlo constitucional. Um não existe, verdadeiramente, sem o outro. E são ambos conceitos fundamentais para o Direito da Constituição.

Bianchi afirma mesmo que o controlo da constitucionalidade constitui «la columna vertebral de todos los estudios acerca del derecho constitucional»²⁵.

A ideia de controlo da constitucionalidade tem a sua germinação num célebre caso judicial inglês, conhecido pelo caso Dr. Bonham, julgado no *Common Pleas (communia placita)*²⁶, nos primórdios do século XVII, em 1609. Era presidente desse tribunal Edward Coke, tido, juntamente com Blackstone, entre os juristas ingleses mais brilhantes da sua época, senão mesmo de toda a história britânica. Em Inglaterra, os grandes juristas sempre foram, maioritariamente, juizes; é uma característica dos países consagradores do *Common Law*, ao contrário dos países de *Civil Law*, onde os maiores juristas são, sobretudo, professores.

O caso consistia no seguinte: Thomas Bonham era um médico inglês que exercia a sua profissão na cidade de Londres, sem a correspondente autorização da entidade competente, que era o Royal College of Doctors. Quando esta soube

²⁴ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 795. Na doutrina alemã, *genus* do principio da constitucionalidade, *Vorrang der Verfassung*.

²⁵ Cfr. Alberto Bianchi, *Control de Constitucionalidad*, Univ. Austral, Ed. Ábaco Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 23.

²⁶ Órgão jurisdicional de primeira instância.

da irregularidade, apreciou a situação, deliberou multar Bonham em cem xelins e proibiu-o de exercer a sua actividade clínica até ser admitido pela dita associação.

Bonham, no entanto, continuou a exercer medicina. Após conhecimento dessa situação, o Royal College novamente o submete a «julgamento» (à revelia, devido a falta de comparência de Bonham) condenando-o, desta vez, a uma multa de dez libras e a prisão e emitindo uma ordem de detenção dirigida ao médico.

Surpreendido por esta decisão, Bonham apresentou-se no Colégio Real e alegou, perante os responsáveis, que era doutor em Medicina pela Universidade de Cambridge e que o referido Colégio carecia de jurisdição sobre ele. Não convencendo com os seus argumentos, foi imediatamente detido e enviado para a prisão.

O médico demanda, de seguida, o referido Colégio, por «encarceramento ilegítimo». Os demandados replicaram, invocando um *statute* (uma lei) de Henrique VII que lhes permitia exercer poderes de polícia sobre a profissão. Estes foram os principais argumentos do processo levado ao *Common Pleas*.

Este caso provocou uma grande controvérsia, sobretudo entre a comunidade jurídica inglesa, e uma profunda discussão entre os juízes do *Common Pleas*. Entre eles estava Coke, que foi quem tomou a dianteira na reflexão sobre este caso, através de uma tese que viria a mudar, para sempre, o mundo do controlo constitucional. E ela é tão simples, quanto admirável.

Coke considerou o estatuto real (aprovado pelo Parlamento inglês e sancionado pelo rei) contrário ao *Common Law*, pois convertia o Colégio num juiz em causa própria, violando, assim, o princípio *nemo iudex in re sua*: «Em muitos casos, o *Common Law* controlará as leis do Parlamento e, em alguns casos, julgará que são totalmente nulas quando estão contra a razão do Direito ou são de impossível cumprimento» (Coke). Ou seja, existem determinadas regras de Direito (*rules of Law*) que estão acima das leis do Parlamento, porque pertencem ao âmago enformador do Direito aplicável na Grã-Bretanha: o *Common Law*.

Coke afirmou e defendeu uma ideia que, apesar de hoje parecer banal e evidente, viria a germinar numa das matérias mais importantes de Direito

Constitucional: o controlo constitucional das leis. E é esta ideia de contrariedade gera nulidade que traz a inauguração de uma revolucionária concepção que, após o constitucionalismo, designou-se por controlo constitucional: uma lei que contrarie os princípios de Common Law é nula.

Note-se que, naquela época, vários dogmas iam-se incrustando nas consciências jurídicas dos Ingleses, como os princípios da soberania do Parlamento ou de garantia das liberdades dos cidadãos através da lei – a lei entendida como produto da razão – (factos, entre outros, que explicam a inexistência de uma Constituição em sentido formal, ou materializada num documento solene, e de um controlo da constitucionalidade na Grã-Bretanha); acresce, ainda, que o conceito (moderno) de Constituição somente despontou para o Direito no século XVIII.

Podemos afirmar que Edward Coke teve, pelo menos, dois contributos fundamentais para a teoria da garantia da Constituição: *primo*, decidiu o caso Dr. Bonham e convenceu outros juizes a acompanhá-lo na sua decisão, apoiando-se no referido raciocínio que viria a abanar algumas consciências jurídicas, e não apenas as inglesas como iremos ver; *secundo*, foi este substrato jurídico-intelectual que viria a ser a base mental subjacente ao controlo constitucional das leis: norma inferior deve obedecer a norma superior, pois é dela que deriva e retira a sua validade.

O *Common Pleas* deu razão a Bonham quanto ao seu pedido, votando a favor, para além de Coke, os juizes Warburton e Daniel contra Walmesley, que votou vencido.

Apesar desta pequena vitória para Coke, e para o Direito Constitucional em geral, em 1616, o então rei de Inglaterra, Eduardo I, pede a Coke, em tom intimidatório, que corrija a sua posição, no sentido de o *Common Law* não poder controlar as leis do Parlamento. O receio do monarca era justificado, na medida em que tal pensamento poderia pôr em causa o poder (legislativo) e a autoridade do monarca, sobretudo se tal entendimento se propagasse a outros juizes. Coke recusou o pedido real, o que não obviou, infelizmente, à não consagração como precedente da sua teoria.

Todavia, a doutrina de Coke e a jurisprudência do caso Dr. Bonham, e sua derivada, vão ter uma enorme projecção, não no país que as viu nascer, mas no continente do outro lado do Atlântico.

Os colonos norte-americanos simpatizaram, desde logo, com este princípio do controlo constitucional, teorizado e impulsionado por Coke. A razão de ser desta simpatia, pensamos que esteja na contribuição positiva que ele dava à luta dos colonos contra certas leis inglesas atentadoras de direitos por eles considerados fundamentais.

As leis que mais polémica causaram foram, sobretudo, as de natureza tributária, aquelas que previam certas obrigações fiscais, consideradas ilegais pelos colonos, como foi o caso da *Stamp Act* (Lei do Imposto do Selo), votada no Parlamento inglês em 1765, «que impunha nas treze colónias o uso de papel selado não apenas em quaisquer documentos, títulos e licenças como em todos os anúncios, nas cartas de jogar, nos almanaques e nos jornais»²⁷.

O acolhimento desta doutrina é bem patente em algumas decisões judiciais, adoptadas no continente americano. São exemplos: o caso *Giddings v. Browne*²⁸, em que o juiz Synods, de Boston (Massachusetts), assinalou que «uma lei positiva não pode estar contra o Direito Natural ou Fundamental (...) por isso não a posso aplicar» (na primeira metade do século XVII); no caso *Paxton*, o mesmo princípio foi repetido pelo juiz James Otis, em 1761; já depois da independência dos Estados Americanos, o Supremo Tribunal de Rhode Island confirmou tal jurisprudência, no caso *Trevett v. Weeden* (1786).

São todos estes contributos da doutrina e da jurisprudência respeitantes ao controlo constitucional (ainda que indirectamente, ou não deliberadamente) que vão propiciar um determinado ambiente intelectual, do qual irão emergir certas

²⁷ A. Marques Guedes, *Ideologias e Sistemas Políticos*, I.A.E.M., Lisboa, 1981, p. 112.

²⁸ O caso consistia no seguinte: o governo da cidade havia decidido prover um fundo de cem libras para a construção de uma casa para Mr. Cobbet, um dos seus ministros; Browne, um simples cidadão, negou-se a pagar a sua quota, o que o levou à barra do tribunal. O juiz deu-lhe razão, absolvendo-o, considerando que uma lei positiva não podia obrigá-lo a pagar.

sentenças ou escritos fulcrais para a consolidação de uma verdadeira garantia das normas jurídicas superiores.

Exemplo desse facto é a celeberrima sentença do juiz John Marshall no caso *Marbury v. Madison* (1803), um dos casos fundadores da doutrina do controlo da constitucionalidade e o primeiro a inaugurar a *judicial review of legislation*, isto é, a faculdade, reconhecida aos tribunais, de fiscalizarem a constitucionalidade das leis.

Em determinado aspecto, este caso não se distingue do caso *Dr. Bonham*: ambos tiveram por base aquele raciocínio de contrariedade gera nulidade. Marshall afirmou na sentença: «the Constitution is superior to any ordinary act of the legislature (...); an act of the legislature repugnant to the Constitution is void». Onde está, então, a diferença essencial neste domínio? Está, pensamos nós, no facto de a decisão judicial americana, acrescentar um dado (pode-se ler raciocínio) novo: não somente afirma a proposição «contrariedade (ou inconstitucionalidade) gera nulidade» (implícita na verificação da superioridade da Lei Fundamental perante a lei), como aduz «...declarável pelo Poder Judiciário» (porque estes são obrigados a cumprir a Constituição):

«É nitidamente do domínio e dever do departamento judicial dizer qual é a lei. Aqueles que aplicam as regras aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa lei. Se duas leis entram em conflito entre si, os tribunais devem decidir sobre a aplicação de cada uma. Assim, se uma lei estiver em contradição com a Constituição (...), o tribunal deve determinar qual das normas em conflito regula o caso. Isto é da verdadeira essência da função judicial. (...) Assim, a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o princípio, suposto essencial a todas as constituições escritas, de que uma lei contrária à Constituição é nula. E os tribunais estão limitados pela Constituição.» (John Marshall)

Apesar de não termos dúvidas de que esta decisão judicial representou um marco histórico decisivo nos anais do controlo constitucional, já não temos certezas quanto à originalidade, que alguns defendem, da fundamentação da dita sentença, sobretudo no que respeita a esta temática. De facto, já os debates da Convenção

Constituinte de Filadélfia, em 1787, revelavam a vontade de criação de um órgão encarregado do controlo dos actos do poder legislativo e do poder executivo²⁹; assinale-se, ainda, os artigos de Alexander Hamilton em *The Federalist*³⁰, sobretudo os n.ºs 78 e 82, onde admite o poder de revisão das sentenças dos tribunais locais por parte dos tribunais federais e defende que nenhum acto legislativo contrário à Constituição poderia ser válido: «os tribunais somente devem aplicar leis constitucionais, leis válidas, de harmonia com a Constituição». Ao lermos os referidos artigos, logo concluímos que boa parte da argumentação nuclear apresentada por Marshall na sentença se inspira naqueles.

Porventura, não é nenhuma novidade afirmar a não originalidade das premissas argumentativas e lógicas da referida sentença. Na verdade, e no que respeita à jurisprudência, basta consultarmos algumas decisões judiciais anteriores para assim o concluirmos: por exemplo, em 1795, no caso *Van Horne's v. Dorrance, Justice Patterson* declarou que «the Constitution is the sun of the political system, around which all Legislative, Executive and Judicial bodies must revolve (...) whatever may be the case in other countries, yet in this there can be no doubt, that every act of the Legislative repugnant to the Constitution is absolutely void». Este mesmo princípio foi reiterado no ano seguinte, no caso *Ware v. Hylton*.

Todavia, indubitavelmente, a citada decisão de Marshall representa um *terminus* da ausência de uma *praxis* de continuidade e uma consciência garantística desta teorização sobre a observância (pode ler-se superioridade) da Constituição, que veio a ser concretizada, definitivamente, com a sentença de John Marshall. E este foi um dos grandes méritos da decisão do *Great Chief Justice*, entre outros que poderíamos referir: consagrou e concretizou *ab ovo* a *judicial review of legislation*; constitui o marco a partir do qual tomam corpo uma série de ideias e escritos sobre o controlo da constitucionalidade, até esse momento não totalmente

²⁹ Cfr. Ghigliani, *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1952, páginas 26 a 29.

³⁰ A. Hamilton, J. Madison e J. Jay, *O Federalista*, trad. port., Univ. da Brasília, 1984.

definido e profundamente difuso; permitiu e impulsionou a consolidação do poder judicial face aos outros poderes, etc.

Por isso, não devemos confundir o controlo constitucional com a *judicial review*: esta esgota-se naquela, mas o contrário não acontece; nem a fiscalização jurisdicional, como verificaremos, se esgota na revisão judiciária das leis.

Quando tratarmos do sistema americano, analisaremos o caso *Marbury v. Madison*.

O século XVIII é a centúria da fase de gestação de uma concepção constitucional da organização política do Estado, impulsionada pelas revoluções americana e francesa, que vão dar corpo e razão de ser ao designado movimento constitucional.

Este movimento constitucional reflecte a necessidade de mudança que se começa a sentir (ou a verificar), na esteira do pensamento iluminista, não só a nível da sociedade, da cultura, da arte e do pensamento em geral, como também a nível da organização político-jurídica da comunidade, num sentido exploratório e de busca de certos modelos de sociedade que melhor garantissem, sobretudo, os direitos fundamentais dos elementos humanos dos Estados.

O liberalismo (o modelo liberal) foi o produto dessa *ambiance* intelectual. Com a ideologia liberal, surge(m) o(s) constitucionalismo(s) moderno(s), resultado de uma concepção da organização jurídico-política que consagra um governo de leis (isto é, limitado), e não um governo de homens; por isso, no liberalismo, o valor que grita mais alto é o da liberdade, como dever e direito, e não o da igualdade (que, por incompreensão histórica, tratava igual o que era desigual).

Repare-se que, até ao século XVIII, o poder político estava, em grande parte, cometido ao monarca. O facto de certos direitos e liberdades fundamentais estarem dependentes do rei, em quem os poderes públicos, muitas vezes, se (con)fundiam, fazia deste uma autoridade com poderes ilimitados e arbitrários. Dado o sentimento ávido de existência jurídica de maiores liberdades e direitos para os cidadãos, uma nova ideologia começa a despontar (como a História está farta de nos ensinar), fazendo de valor estandarte, precisamente, aquele que mais rareava: a liberdade.

Porém, mais liberdade para o povo, significava menos poder para o rei. Por isso o processo constitucional, *ab ovo*, para existir verdadeiramente, tinha de possuir uma intenção limitadora do poder político, dirigida, obviamente, à autoridade do monarca. Não era o sistema monárquico que estava em causa (mormente, na Europa), mas sim o regime absoluto (ou antiliberal) da monarquia. E um dos méritos do constitucionalismo liberal foi, justamente, o de contribuir para a sua substituição, por uma monarquia limitada ou constitucional, tendo sempre em vista um governo de leis (*Estado de Direito*) e não um governo de homens, que, tendencialmente, *ex rerum natura*, conduz ao império da 'lei do mais forte' (*Estado Natural*): antes um «liberalismo político» que uma política liberal, porquanto a política é, na sua essência, uma antropocracia, ou seja, um governo do Homem (por isso, o liberal é considerado o homem civilizado menos politizado que jamais existiu). Daí que, para os inspiradores e defensores liberais, o melhor governo seria, simplesmente, aquele que menos o fosse, ou seja, o que 'governasse' menos.

A percepção e conceptualização da fiscalização da constitucionalidade, e própria ideia de constitucionalidade, encontram-se, por definição, fortemente ligadas ao constitucionalismo moderno e ao advento dos Estados Constitucionais. Podemos mesmo dizer que o conceito de inconstitucionalidade é apenas admissível num Estado Constitucional, pois ele é indissociável da Constituição; o que não significa que antes não tivessem surgido problemas de validade e, assim, de conformidade com as normas superiores; inequívoco é o facto de a questão de inconstitucionalidade só aparecer depois, sobretudo, dos movimentos revolucionários que tiveram lugar nos séculos XVIII e XIX, de que partiram os Estados Constitucionais, ou seja, aqueles Estados que possuíam uma Constituição que regia a organização política da comunidade e consagrava, sobretudo, um sistema de garantias das liberdades e direitos dos cidadãos e o princípio da separação de poderes, visando a limitação do Governo, para uma maior garantia dos princípios e direitos estruturantes da sociedade política.

No entanto, em pleno século XIX, não era o princípio da constitucionalidade que imperava na protecção e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Eram a separação de poderes e a supremacia da lei, considerados como abrigos dos ataques (leia-se: violações) às liberdades fundamentais. A Constituição limitava-se à consagração e descrição dos modos de exercício do poder, prevendo princípios e normas com um conteúdo muito vago ou polissémico, de carácter meramente orientador, não garantindo nem assegurando uma verdadeira espada ao cidadão na luta contra a violação dos seus direitos, apesar da projecção damocliana da Constituição.

Como refere, a este respeito, Miguel Galvão Teles: «A garantia imediata da liberdade está na lei. Consoante se exprimiu na nossa Constituição de 1822, a liberdade dos cidadãos «consiste em não serem obrigados a fazer o que a lei não manda, nem a deixar de fazer o que ela não proíbe». E conclui: «A primeira conquista do liberalismo, neste plano, é o princípio da legalidade, não o da constitucionalidade.»³¹

A concordância com este entendimento leva-nos a pensar que o grande contributo do constitucionalismo liberal para o Direito Constitucional não foi o de ter afirmado e consolidado o conceito de garantia da constitucionalidade ou o de controlo constitucional, mas o conceito de Constituição. Na verdade, este atinge o nirvana, graças ao(s) movimento(s) constitucionalista(s) moderno(s).

Foi, assim, o princípio da legalidade que levou à criação de um princípio da constitucionalidade europeu, na sua verdadeira acepção e dimensão.

Só a partir do fim da primeira Grande Guerra é que a convicção da necessidade de tutelar eficazmente as normas constitucionais ganha plena consistência na Europa.

Após a completa e definitiva afirmação do princípio da constitucionalidade, levanta-se a questão de saber a quem deve a Constituição conferir competência para decidir se uma lei é inconstitucional ou não inconstitucional. Ou seja: quem guarda o Guardião?

³¹ *Apud* Miguel Galvão Teles, *A Concentração da Competência...*, cit., p. 177.

Recentemente, em paulatinos passos, novos problemas se têm suscitado, entre os quais destaco um (par ordenado), não só pela sua importância como também pela seu estado de insolubilidade, que, na sua essência, se traduz ou consubstancia em dois: *primo*, indagar sobre quem guarda, e como, os guardas do Guardião? (questão que nos reconduz, sobretudo, à problemática dos limites e/ou do(s) limite(s) dos limites); *secundo* (porque aventado posteriormente), saber se, de facto, estamos, ou não, perante um problema.

Não trataremos aqui destes problemas, pois dariam tinta e/ou palavras para papel e/ou livros (ou seja, «pano para mangas») em eventuais trabalhos académicos, mas, de todo o modo, aqui ficam enunciados.

Actualmente, a faculdade de fiscalização da constitucionalidade das leis, na maioria dos países da Europa, está atribuída aos órgãos jurisdicionais.

Como uma das raras excepções europeias, refira-se o caso da Holanda, que, não só retira aos tribunais a faculdade de exercerem qualquer fiscalização da constitucionalidade, como o proíbe expressamente na sua Constituição de 19 de Janeiro de 1983, designadamente no art.º 120: «É vedado aos tribunais apreciar a constitucionalidade das leis e dos tratados». Diga-se, por curiosidade, que este controlo pertence aos Estados Gerais holandeses (assembleia bicamaral), que compreendem as *Eerste Kamer* (1.ª Câmara ou Senado) e a *Tweede Kamer* (2.ª Câmara).

III. O SISTEMA PORTUGUÊS E A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade pode caracterizar-se como um sistema misto e/ou composto, ou seja, «enxertado» de vários tipos de controlo constitucional, que não perdem, porém, os seus próprios traços individualizadores.

No ordenamento jurídico-constitucional português, consagram-se: a fiscalização preventiva da constitucionalidade (art.º 278, C.R.P.), em que o Tribunal Constitucional (T.C.) se pronuncia, ou não, pela inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas; a fiscalização concreta (art.ºs 207, *ab initio*, e 280 da C.R.P.) e difusa (art.º 207 da C.R.P.), pela qual qualquer tribunal pode julgar ou não quaisquer actos normativos inconstitucionais; a fiscalização abstracta (art.º 281, C.R.P.) e concentrada (art.ºs 223 e segs., C.R.P.), através da qual somente o Tribunal Constitucional tem legitimidade processual passiva e o poder de declarar ou não a inconstitucionalidade de certa norma jurídica; por último, a nossa Constituição consagra, ainda, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art.º 283, C.R.P.), que ocorre «em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos»³², pela qual apenas o Tribunal Constitucional verifica, ou não, a existência da inconstitucionalidade por omissão.

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade define-se, portanto, quer pela existência de uma autêntica fiscalização da constitucionalidade pois atribui-a aos órgãos jurisdicionais (definição positiva), quer pela ausência de um modelo puro de controlo constitucional (definição negativa), coexistindo diversos modelos, justapostos, com as suas especificidades próprias: «todos juntos, todos diferentes». Daí ser o sistema português um sistema misto, complexo e compósito: numa palavra, um sistema *sui generis*.

A *ratio essendi* deste nosso sistema *tertium genus* deve-se, sobretudo, ao facto de ele resultar de uma solução de compromisso entre a História e a Política, entre a tradição e a revolução: após a entrada em vigor da Constituição de 1976, até à conclusão da primeira revisão desta, em 1982, estabelecer-se-ia um duplo confronto entre a fiscalização jurisdicional e a fiscalização política, exercida pelo Conselho da Revolução até 1982, como garante que era do cumprimento da Constituição, e entre a fiscalização difusa e a fiscalização concentrada.

³² Vide Gomes Canotilho, *Direito, direitos; Tribunal, tribunais*. Portugal — O Sistema Político e Constitucional, org. por M. Baptista Coelho, 1989, Lisboa, p. 901 e segs.

O nosso sistema tem, portanto, um *fétus* de centauro: do duplo confronto resultou «uma fórmula que é a mais política das fórmulas jurisdicionais e, porventura, a mais jurisdicional das fórmulas políticas» (Marcelo Rebelo de Sousa). Por isso, podemos dizer que a nossa Constituição é das mais completas (e belas, apetece-me dizê-lo, sem parcialidade!) que se conhece, no que respeita à garantia da Constituição, pois possuímos todos os sistemas de fiscalização da constitucionalidade. Mas não se pense que seja perfeita, pois estes sistemas não abrangem nem a globalidade dos instrumentos de protecção dos direitos do cidadão, nem todos os actos de poder constitucionalmente vinculados.

No ordenamento jurídico português, a fiscalização da constitucionalidade, isto é, a existência de uma Constituição em sentido formal e a consciência da necessidade de assegurar o respeito das leis pela Lei Fundamental, e consequente instituição de mecanismos efectivos de controlo da constitucionalidade³³, estabeleceu-se, pela primeira vez, na Constituição de 1822, em que a fiscalização era puramente política, estando a cargo das Cortes (assembleia unicameral), e pela qual se consagraram parcas garantias de defesa e protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos; facto que viria a predominar até à Constituição de 1911 (ressurgindo na Constituição de 1933, para as inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República).

Nesta nossa primeira Constituição republicana (1911), a que inaugurou em Portugal o sistema jurisdicional de controlo das leis, estabeleceu-se o modelo de fiscalização judicial difusa (art.º 63), tendo sido influenciada pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1891³⁴, que, por sua vez, se inspirou na Cons-

³³ Consultar, a este respeito, Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 1056 e segs.; Jorge Miranda, *Manual...*, vol. II, cit., p. 435 e segs. e *A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal. As Garantias do Cidadão na Justiça*, AA. VV, Ed. Saraiva, S. Paulo, 1993, p. 15 e seguintes, e Guilherme da Fonseca, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e de Legalidade*. Scientia Juridica, tomo XXXIII, 1984.

³⁴ Que apresenta duas curiosas coincidências em relação às nossas Constituições de 1911 e de 1976: (i) legitimou, também, no Brasil a implantação da República; (ii) os artigos que consagravam tal modelo de fiscalização eram os art.º 207 e 280!

tuição americana de 1787 (art.º III), devendo-se tal inspiração, sobretudo, ao eminente jurista Rui Barbosa.

O sistema português possui, assim, uma sólida tradição (republicana) de controlo judicial da constitucionalidade. Consta que Portugal foi o primeiro Estado europeu a consagrar, expressamente, a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis³⁵. E a sua importância não se reflecte somente na História: actualmente, ela representa cerca de 85% da actividade do T.C., contrastando com a pouca frequência com que os tribunais, de 1911 a 1976, recusaram a aplicação de determinadas normas com fundamento na sua inconstitucionalidade: cerca de 30 casos em 65 anos (1911-1976)!

Analisemos, então, como prometido, a fiscalização concreta da constitucionalidade, um dos grandes objectos deste trabalho.

A Constituição actual atribui a qualquer tribunal competência para conhecer e decidir se uma qualquer norma infringe «o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados» (arts. 207 e 277, C.R.P.). Qualquer tribunal, quer por impugnação das partes, quer por oficiosidade (e pelo Ministério Público, quando for parte no processo), pode averiguar da inconstitucionalidade das normas aplicáveis ao caso concreto *sub judice* (art.º 280, C.R.P.). A inconstitucionalidade configura-se, assim, no processo, como uma espécie de excepção de inconstitucionalidade³⁶.

Da decisão judicial cabe recurso, por via incidental (veja-se o art.º 207 *ab initio*, C.R.P.) e cumpridos certos requisitos (art.º 280, C.R.P. e art.ºs 69 e segs. da Lei do Tribunal Constitucional – L.T.C. –), para o Tribunal Constitucional, que, por sua vez, decidirá também em *concreto*. O T.C. poderá vir a revogar a decisão do juiz *a quo*, incidindo sobre questões de inconstitucionalidade.

³⁵ Esta afirmação tem de ser referida com cautela. Não obstante as nossas limitações temporais e bibliográficas, julgamos que, na segunda metade do século XIX, quer na Suíça (Constituição de 1848), quer na Noruega (rev. constitucional de 1866), existiam já alguns tribunais possuidores de poderes de controlo da constitucionalidade das leis; todavia, mesmo que assim seja, resta ainda verificar se há uma consagração expressa como aquela que existia na Constituição portuguesa. Esta será, portanto, uma informação a investigar.

³⁶ Gomes Canotilho, *Direito...*, cit., p. 1056.

Note-se que o objecto do recurso não é a decisão do tribunal *a quo*, mas a parte da decisão em que esse juiz recusou a aplicação de norma(s) por motivo de inconstitucionalidade ou aplicou norma cuja inconstitucionalidade foi impugnada³⁷.

Como está implícito no que dissemos supra, o art.º 207 é o «cais de embarque» nesta nossa «viagem» pela fiscalização concreta da constitucionalidade. Este preceito constitucional mostra-nos, igualmente, quanto a fiscalização concreta se revela indissociável da função jurisdicional (*vide* «Nos feitos submetidos a julgamento...»), ou seja, a título incidental ou não principal).

Com a consagração constitucional do dever de recusa de aplicação de normas que os tribunais julgam infringirem as normas e princípios constitucionais, permite-se aos juízes que tenham acesso directo à Constituição; os juízes, em geral, funcionam como verdadeiros intérpretes da Constituição, ainda que não autênticos (no sentido técnico-jurídico). Este facto, que torna todos os tribunais órgãos de Justiça Constitucional, é quase único na Europa, na medida em que, na generalidade dos sistemas europeus, consagra-se, como veremos, o sistema de mero incidente ou controlo constitucional concreto por via de incidente.

Trata-se, porém, como tem assinalado a jurisprudência do Tribunal Constitucional, de uma competência vinculada, ou seja, «os tribunais ordinários só podem decidir as questões de constitucionalidade que tenham por objecto as normas jurídicas que forem aplicáveis ao caso concreto, submetido a julgamento» (Monteiro Diniz).

Se ao art.º 207 chamámos «cais de embarque», poderíamos denominar o art.º 280 de «cais de chegada» ou, pelo menos, considerá-lo um dos «apeadeiros» mais importantes nesta temática. Estes dois artigos são inseparáveis e indispensáveis para quem quer estudar a fiscalização concreta portuguesa: um (!) Dr. Jekyll e Mr. Hyde, no corpo (de estudo) deste tipo de controlo constitucional.

³⁷ *Vide* A. Ribeiro Mendes, *Recursos para o Tribunal Constitucional: Seus Pressupostos*. Revista Jurídica, n.º 3, Lisboa, 1994.

Nos termos do art.º 280 da C.R.P., cabe recurso para o T.C. das decisões (entre outras, v. o n.º 2 do mesmo artigo), dos tribunais que recusem (explícita ou implicitamente) a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (v. n.º 1, al. a), do citado artigo) – chamada de decisão positiva ou, em terminologia italiana, decisão de acolhimento – ou, ainda, em contradição com uma convenção internacional (*vide*, art.º 70, n.º 1, al. i), da L.T.C.).

Cabe recurso, outrossim, como dispõe a al. b) do n.º 1 do art.º 280 da C.R.P., das decisões judiciais que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (cfr. art.º 70, n.º 2, da L.T.C.) – também designadas por decisões negativas ou de rejeição, na terminologia italiana, de inconstitucionalidade). A *ratio* desta disposição, encontramos-la na restrição que ela opera nos recursos para o Tribunal Constitucional; leia-se: «(...) haja sido suscitada durante o processo». Deste modo, o advogado e as partes têm o ónus de prever as normas potencialmente aplicáveis e suscitar a inconstitucionalidade dessas normas, ou melhor, existe um duplo ónus: *primo*, especificar as normas cuja apreciação se pretende; *secundo*, precisar as normas constitucionais violadas (cfr. art.º 75-A, n.ºs 1 e 2, da L.T.C.). É neste ónus anfibológico que consiste o princípio do pedido em processo constitucional.

Acresce, ainda, o facto de não se poder invocar a inconstitucionalidade posteriormente à decisão ou fundamentação do juiz (excepto no caso de incompetência absoluta do tribunal, mas a decisão não pode transitar em julgado). Recorde-se, no entanto, que o juiz pode conhecer da inconstitucionalidade oficiosamente; e, naturalmente, o requisito especificação não exige que o pedido refira, uma a uma, as disposições que se quer impugnar, bastará uma indicação que abarque o conjunto das disposições questionadas, mas de modo suficientemente preciso³⁸.

A necessidade de ser suscitada durante o processo significa, também, que a questão em causa tem de ser levantada num acto processual até à decisão do juiz

³⁸ V. Ac. 274/86, de 8 de Out.º, em D.R., I.ª Série n.º 250, de 29 de Outubro de 1986, p. 3249.

a quo, e não suscitá-la noutra local, tal como em jornais, revistas ou outros meios de comunicação social (!), isto é, em lugares impróprios ou extrajurisdicionais e extraprocessuais.

Ainda quanto à previsão do art.º 280, que contempla o segundo requisito para uma válida recorribilidade, na al. b) do seu n.º 1, deverá examinar-se o n.º 4, que prevê a exclusividade da legitimidade activa em caso de decisão negativa do juiz *a quo*: «(...) a parte que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade (...)».

O Ministério Público, por seu lado, conforme dispõe o n.º 5 do art.º 280 da C.R.P., recorre obrigatoriamente (acto vinculado), sempre que os tribunais aplicarem, a um caso concreto, alguma norma anteriormente julgada inconstitucional (ou ilegal) pelo próprio Tribunal Constitucional. Subjacente a esta faculdade, encontramos uma conflitualidade entre a decisão positiva do T.C. e a decisão negativa de um tribunal inferior. A *ratio essendi* daquele comando normativo consiste no seguinte: não só as decisões do Tribunal Constitucional têm efeito de «primazia» sobre todos os outros tribunais, e a quem compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (v. art.º 223 da C.R.P.), como aquele Tribunal tem o poder-dever de assegurar e proteger a aplicação das normas constitucionais. E há recurso obrigatório para o Ministério Público, porquanto a decisão do recurso pelo T.C. não tem, aqui, força obrigatória geral e apenas faz caso julgado intraprocessual ou formal (ou seja, se questão idêntica for suscitada pelas mesmas partes, as instâncias e o T.C. podem decidir a questão de forma diferente) (art.º 80, n.º 1, da L.T.C.).

Note-se, por último, que, sendo o recurso para o T.C. restrito à *questão da constitucionalidade* (art.º 280, n.º 6, da C.R.P. e art.º 71 da L.T.C.)³⁹, *ergo*, poderíamos dizer que o Tribunal Constitucional tem a possibilidade de mudar de opinião (*vide*, no n.º 3 do art.º 280 da C.R.P., a outra hipótese de recurso obrigatório por parte do Ministério Público).

³⁹ O Tribunal Constitucional já entendeu que esta modalidade de recurso obrigatório também cabe na hipótese de aplicação de norma já por ele declarada inconstitucional com eficácia *erga omnes* (Ac. n.º 339/86, 1.ª Secção).

O Tribunal decidirá, *in concretus*, se haverá «não provimento do recurso» (i.e., confirmará a decisão judicial *a quo*) ou «provimento do recurso» (caso em que o T.C. revogará a decisão judicial prévia), tendo qualquer desses juízos uma eficácia particular ou *inter partes*.

A decisão do T.C., no entanto, poderá ter eficácia obrigatória geral, mesmo num processo originário de fiscalização concreta. É o caso previsto pelos art.ºs 281, n.º 3, da C.R.P. e 82 da L.T.C.: requisito bastante é a mesma norma ter sido julgada inconstitucional (ou ilegal) em três casos concretos. Verifica-se aqui, portanto, uma passagem (uma ponte) da fiscalização concreta para o controlo abstracto.

Destê estudo essencialmente descritivo do controlo judicial difuso⁴⁰ da constitucionalidade das leis, em Portugal, podemos retirar algumas considerações, entre as quais, e já referida, a do carácter misto ou combinado (também) do nosso próprio sistema de fiscalização concreta: por um lado, intervêm nela diversas categorias (art.º 211 da C.R.P.) de órgãos jurisdicionais, pois todos os tribunais são legítimos para a prosseguir cabendo, embora, a última palavra, eventualmente, ao Tribunal Constitucional, que decidirá, outrossim, em concreto (facto raro nos sistemas europeus), os casos submetidos ao seu juízo (combinação de ordem orgânica ou formal); e, por outro lado, a possibilidade, jurídico-constitucional, de a fiscalização concreta terminar em fiscalização abstracta (combinação de ordem institucional ou material).

Podemos ainda observar que o nosso sistema de fiscalização concreta possui uma *natura híbrida* (contém elementos tanto do sistema difuso como do sistema concentrado) e uma «dupla originalidade»: *primo*, ao contrário dos países com sistema concentrado, os tribunais comuns portugueses podem conhecer e decidir (pode ler-se desaplicar) questões de inconstitucionalidade; *secundo*, difere do sistema difuso (*judicial review*), na medida em que as decisões daqueles tribunais

⁴⁰ A autoria desta expressão, tal como a de controlo concentrado, deve-se a Carl Schmitt, em *La Defensa de la Constitución*, trad. cast., cit., p. 169.

são recorríveis para um T.C., situado fora da organização judiciária comum e especializado em matérias de natureza jurídico-constitucional.

O Tribunal Constitucional perfila-se, portanto, no ordenamento jurídico-constitucional português, não apenas como o grande Minotauro da nossa Constituição, mas também como o verdadeiro *Pac-man* das normas inconstitucionais, embora a nossa Constituição atribua aos tribunais em geral, como vimos (recusando, assim, o entendimento dogmático do princípio da separação de poderes), a faculdade de julgar a inconstitucionalidade das leis, na esteira, aliás, do sistema americano.

Referências doutrinárias

- AA.VV. — *Estudos Sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Lisboa: Aequitas, Ed. Notícias, 1993.
- AA.VV. — *La Justice Constitutionnelle au Portugal*. Col. Droit Public Positif, dir. Louis Favoreau, Economica, 1989.
- ALMAGRO NOSETE, José — *Justicia Constitucional*. Valência: Ed. Tirant to Blanch, 1989.
- ANGELES RUIZ, María — *El Certiori, Ejercicio Discrecional de la Jurisdicción de Apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*. Revista Española de Derecho Constitucional, 1994.
- ASSUNÇÃO ESTEVES, Maria — *Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário*. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra Editora, 1995.
- BACHOF, Otto — *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 1994. Trad. port. de J. M. Cardoso da Costa.
- BAUM, Lawrence — *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Ed. Forense Univ., 1987. Trad. port.
- BARBOSA, Rui — *Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal*. 1893.
- BEARD, Charles — *A Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1962. Trad. port.
- BERGER, Raoul — *Government by Judiciary*. Harvard University Press, 1997.
- BIANCHI, Alberto — *Control de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Ábaco Depalma, 1992.
- BREWER-CARÍAS, A. R. — *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge University Press, 1989.
- CABRAL DE MONCADA, Luís — *Filosofia do Direito e do Estado*, II, Coimbra, 1995.
- CAETANO, Marcello — *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*. Lisboa: Almedina, 1990. Tomo I.

- CAETANO, Marcello — *As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil*. Revista da FDL, 1964.
- CANAS, Vitalino — *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional — Natureza e Princípios Estruturantes*. Coimbra, 1986.
- CAPPELLETTI, Mauro — *El Formidable Problema del Control Judicial y la Contribución del Análisis Comparado*. Revista de Estudios Políticos, 1980. N.º 13, p. 61-103.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã e Portuguesa*. As Experiências Constitucionais face a uma Europa Unida, 1994.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *Os Elementos da Ciência Política*. UCP, 1979.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado, vista à luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos, das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas*. VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, 1987.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *Tribunal Constitucional*. Pólis Enciclopédia, 1987. Vol. V, p. 132 e segs.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra: Almedina, 1992.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *O Tribunal Constitucional Português: Sua Origem Histórica*. Portugal — O Sistema político e Constitucional: 1974-87, org. por M. Baptista Coelho, ICS, 1989.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *A Evolução Constitucional no Quadro de Constitucionalidade da República de 1976*. Tribunal Constitucional, 1994.
- CARDOSO DA COSTA, José Manuel — *Nota Prévia da Obra Normas Constitucionais Inconstitucionais?, op. cit.*
- CHEMERINSKY — *Federal Jurisdiction*. Cambridge University Press, 1989.
- CHOPER, Jesse H. — *Judicial Review and the National Political Process*, University of Chicago Press, 1980.
- CORWIN, Edward — *A Constituição Norte-Americana e o Seu Significado Actual*. Rio de Janeiro: J.Z. Ed., 1978. Trad. port.
- COSTA, Rui — *Lições de Direito Constitucional Comparado*. Coimbra, 1915.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro — *La Formación del Sistema Europeo de Control de la Constitucionalidad, 1918-1939*. Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CURRIE, David P. — *The Constitution in the Supreme Court...* University of Chicago Press, 1985.
- DAVID, René — *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. S. Paulo: 1986. Trad. port.
- FAVOREAU, Louis e JOLOWICZ, John (dir.) — *Le Contrôle Juridictionnel des Lois...* Paris: Economica, 1986.
- FAVOREAU, Louis — *Les Cours Constitutionnelles*, PUF, Paris, 1992.



- FAVOREAU, Louis — *Modèle Américain et Modèle Européen de Justice Constitutionnelle*. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, vol. IV, 1988.
- FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos — *Introdução ao Direito Comparado*. Almedina, 1994.
- FERREIRA DE ALMEIDA, José Manuel — *A Justiça Constitucional em Portugal*. Lisboa, 1985.
- FIÚZIA, Ricardo — *Direito Constitucional Comparado*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- FONSECA, Guilherme da — *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade*. Scientia Juridica, tomo XXXIII, 1984.
- FREITAS DO AMARAL, Diogo — *Ciência Política*, II, Lisboa, 1994.
- GALVÃO TELES, Miguel — *A Concentração da Competência para o Conhecimento Jurisdicional da Inconstitucionalidade das Leis*. Revista O Direito, Ano 103, 1971.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo — *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. 3.ª ed. Madrid: Civitas, 1985.
- GARCIA PELAYO, Manuel — *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Ed. Alianza Univ., Textos, 1984.
- GHIGLIANI — *Del Control Jurisdiccional de Constitucionalidad*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1952.
- GOLDWIM, Robert e SCHOMBRA, Williamson — *A Constituição Norte-Americana*. Rio de Janeiro, 1986.
- GOMES CANOTILHO, J. J. — *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J. — *Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade*. Dicionário Jurídico de Administração Pública, vol. IV, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J. — *No Sexénio do Tribunal Constitucional Português — Para Uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional*. RMP, 9/1988, 33/34, p. 9 e segs.
- GOMES CANOTILHO, J. J. — *A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional*. Nos Dez Anos da Constituição. Lisboa, 1987. Org. por Jorge Miranda.
- GOMES CANOTILHO, J. J., e MOREIRA, Vital — *Fundamentos da Constituição*. Coimbra, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J.J., e MOREIRA, Vital — *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3.ª ed. Coimbra Ed., 1993.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús — *Derecho Procesual Constitucional*. Madrid: Editorial Civitas, 1980.
- GONZÁLEZ RIVAS, Juan — *La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Espanõl*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1984.
- KELLY, Alfred e HARBISON, Winfried — *The American Constitution*. Fifth Edition. New York, 1976.
- KELSEN, Hans — *Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois — Une Étude Comparative des Constitutions Autrichienne et Américaine*. Revue de Droit Constitutionnel, N.º1, 1990.
- KELSEN, Hans — *La Giustizia Costituzionale*. Milão: Giuffrè Ed., 1991.
- LE BON, Pierre (org.) — *La Justice Constitutionnelle au Portugal*. Paris, 1989.

- LOBO ANTUNES, Miguel — *A Fiscalização da Constitucionalidade das Leis no 1.º Período Constitucional: A Comissão Constitucional*. Análise Social, Vol. XX, 1984.
- LOEWENSTEIN, Karl — *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1965. Trad. cast.
- MAGALHÃES COLLAÇO, João — *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis*. Coimbra, 1915.
- MARQUES GUEDES, Armando — *Ideologias e Sistemas Políticos*. Lisboa: IAEM, 1981.
- MARQUES GUEDES, Armando — *O Tribunal Constitucional Português: Os Primeiros Seis Anos (1983-1990)*. Revista O Direito, Ano 125, N.º 1 e 2, 1993.
- MIGUEL HERRERA, Carlos — *La Polémica Schmitt-Kelsen sobre el Guardián de la Constitución*. Revista de Estudios Políticos, 1984. N.º 86.
- MIRANDA, Jorge — *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra Editora, 1991. Tomo II.
- MIRANDA, Jorge — *A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal*. Col. As Garantias do Cidadão na Justiça. São Paulo: Ed. Saraiva, 1993. p. 15 e segs
- MIRANDA, Jorge — *Notas para Uma Introdução ao Direito Constitucional Comparado*. Lisboa, 1970.
- MIRANDA, Jorge — *Anotações ao Art. 115.º da Constituição da República Portuguesa (Conformidade dos Actos com a Constituição)*. Estudos sobre a Constituição. Lisboa: Livraria Petrony, 1977. Vol. I, p. 584 e segs.
- MIRANDA, Jorge — *Constituições de Diversos Países*. Lisboa: INCM, 1986.
- MIRANDA, Jorge — *Sobre o Direito Constitucional Comparado*. Revista Direito e Justiça, vol. II, 1981-86.
- MIRANDA, Jorge — *A Fiscalização de Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica*. Scientia Jurídica, 1993. Tomo XLII, n.º 244-246.
- MIRANDA, Jorge — *Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Lisboa, 1968.
- MIRANDA, Jorge — *Direito Constitucional Comparado*. UCP, 1978.
- MIRANDA, Jorge — *A Jurisprudência Constitucional em 1992*. Sep. da Revista O Direito, Ano 126, 1994.
- MONTEIRO DINIZ, António — *A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade como Forma Privilegiada de Dinamização do Direito Constitucional*. Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Coimbra Editora, 1995, p. 199 e segs.
- MOREIRA, Vital — *Princípio da Maioria e da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional*. Legitimação e Legitimidade da Justiça Constitucional. AA.VV. Coimbra Editora, 1995.
- NUNES DE ALMEIDA, Luis — *O Tribunal Constitucional e as Suas Decisões*. Portugal: O Sistema Político e Constitucional, org. por M. Baptista Coelho, p. 941 e segs.
- NUNES DE ALMEIDA, Luis — *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado*. Documentação e Direito Comparado, N.º 31/32, 1987.
- JENNINGS, Ivor — *The British Constitution*. Cambridge University Press, 1971.
- PELTASON, J. W. — *Understanding the Constitution*. 10th edition. New York, 1982.

- REBELO DE SOUSA, Marcelo — *Direito Constitucional — Introdução à Teoria da Constituição*. Braga: Livraria Cruz, 1979.
- RIBEIRO MENDES, Armindo — *Recurso para o Tribunal Constitucional: Pressupostos*. Revista Jurídica, n.º 3, 1994.
- ROGEIRO, Nuno — *Estudo sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos*. Lisboa: Gradiva, 1993.
- RUBIO LLORENTE, Francisco — *Sobre la Relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el Ejercicio de la Jurisdicción Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 2, N.º 4, 1982.
- RUBIO LLORENTE, Francisco — *La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, n.º 22, 1988.
- RUFFIA, Paolo di — *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- RUIZ, Gregório — *Federalismo Judicial (el modelo americano)*. Madrid: Ed. Civitas, 1994.
- SEPÚLVEDA, Angel — *Derecho Judicial y Constitucional: Una Aproximación al Tema*. Col. Temas Constitucionales, n.º 7, 1985.
- SCHMITT, Carl — *La Defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos, 1983. Trad. cast.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel — *O Controlo Jurisdicional da Administração no Direito Inglês*. Estudos de Direito Público em Honra do Prof. Marcello Caetano. Lisboa: Ed. Ática, 1973.
- SILVA E SOUSA, Jorge — *Controlo Constitucional*. Diss. Mestrado, UCP, 1990.
- VERGOTTINI, Giuseppe de — *Diritto Costituzionale Comparato*. Pádua: Cedam, 1993.
- WEBER, Albrecht — *Le Contrôle Juridictionnel de La Constitutionnalité des Lois dans les Pays d'Europe Occidentale: Perspective Comparative*. Annuaire International de Justice Constitutionnelle, Vol. I, 1985.
- WEBER, Albrecht — *La Jurisdicción Constitucional en Europa Occidental: Una Comparación*. Revista Española de Derecho Constitucional, Año 6, N.º 17, 1986.
- ZWEIGERT, K. / Kötz, H. — *An Introduction to Comparative Law*. Oxford, 1987. Trad. inglesa.

(Continua no próximo número)