

A DOCTRINA CONSTITUCIONAL E O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO GARANTIA DA CIDADANIA *

Armindo Ribeiro Mendes

Juiz do Tribunal Constitucional Português

1 INTRODUÇÃO

Constitui para mim motivo de profundo orgulho estar perante V. Excelência nesta histórica cidade de Belo Horizonte a apresentar uma comunicação subordinada ao tema “A Doutrina Constitucional e o Controle da constitucionalidade como Garantia da Cidadania”, ao lado de eminentes constitucionalistas brasileiros e portugueses, neste Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional. Este Congresso é uma das realizações comemorativas do primeiro centenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Ao longo destes cem anos, esta faculdade tem contribuído de forma ímpar para formar ilustres cultores das Ciências Jurídicas na grande Pátria brasileira, sendo justo sublinhar nesta ocasião e neste Congresso o prestígio dos constitucionalistas brasileiros, permitindo-me destacar aqui o nome de AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO, professor emérito de Direito Constitucional e presidente da célebre “Comissão Provisória de Estudos Constitucionais” que foi encarregada em 1985 de debater de forma livre e informal as “razões nacionais, submetendo ao debate público teses básicas quanto ao Estado, à sociedade e à Nação”, vindo a apresentar um ano depois um Anteprojecto de Constituição que está na base da Constituição Brasileira

* Texto escrito que serviu de base à intervenção feita em 4 de Dezembro de 1992 no Congresso Luso-Brasileiro de Direito Constitucional.

de 1988. Esta Constituição foi elaborada e votada em Assembléia Nacional Constituinte “para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”, importando sublinhar que os constituintes fizeram questão de afirmar a solenidade do momento constitutivo da nova Ordem Jurídico-Constitucional, declarando promulgar, “sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”, como se pode ler no curto mas eloquente preâmbulo da nova Lei Fundamental do País Irmão.

Não pode deixar de fazer-se um paralelo entre o Brasil e Portugal, no que toca à gênese das respectivas Constituições vigentes.

Em Portugal, o nascimento da Constituição da República Portuguesa de 1976 foi menos calmo e consensual do que o da Lei Fundamental brasileira. É que faltou em Portugal a passagem ou transição sem ruptura que se verificou aqui. Em Portugal, houve uma mudança de regime por virtude de um movimento militar que provocou uma ruptura instantânea e violenta da ordem constitucional, muito embora seja justo sublinhar o cuidado posto pelo Movimento das Forças Armadas, que englobava os Capitães de Abril, de afirmar desde logo, no seu Programa, o carácter transitório da intervenção dos militares na política e a idéia de que uma assembléia constituinte, a ser convocada, iria elaborar uma Constituição democrática, bem como a circunstância de a Lei Constitucional n. 3/74, ter mantido parcialmente em vigor a precedente Constituição corporativa de 1933, em tudo que não fosse incompatível com aquela e com o Programa do M.F.A., isto é, com a nova situação constitucional¹. Mas o preâmbulo da Constituição portuguesa evoca, de forma emblemática, o corte violento com o passado constitucional, falando-se do derrube do “regime fascista” pelo Movimento das Forças Armadas e considerando-se que a libertação de Portugal “da ditadura, da opressão e do

¹ Sobre estes aspectos da ruptura constitucional de 1974, consultem-se Jorge Miranda, **A Revolução de 25 de Abril e a Constituição**, no *Boletim do Ministério da Justiça*, n. 242, pags. 5 e segs.; do mesmo autor, **A Constituição de 1976. Formação, Estrutura e Princípios Fundamentais**, Lisboa, 1978, págs. 14 e segs.; J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 1^a ed., Coimbra, 1978, págs. 2 e segs. (2^a ed., vol. I, Coimbra, 1984, págs. 12 e segs.). Dos mesmos autores, **Fundamentos da Constituição**, Coimbra, 1991, págs. 2, 9 e segs. Miguel Galvão Telles, **La Revolución Portuguesa y La Teoría de las Fuentes de Derecho**, in *Revista de Estudios Políticos*, ns. 60/61 (1988), págs. 521 e segs.

colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa”. A génese histórica da Constituição de 1976, e, em especial, as vicissitudes políticas do conturbado período dos anos de 1975 e de 1976 em que funcionou a Assembleia Constituinte explicam a referência a uma abertura de caminho para uma “sociedade socialista”, muito embora o preâmbulo acentue os aspectos democráticos, prevaletentes na subsequente evolução constitucional².

Mas se os preâmbulos das duas Constituições se diferenciam entre si, sendo um mais crispado e comprometido com uma visão de transformação das estruturas económico-sociais, no sentido de um certo modelo político-económico, e outro mais tranqüilo e consensual, apontando para uma evolução gradual para uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, a verdade é que a prática constitucional portuguesa e as duas revisões constitucionais de 1982 e 1989 acentuaram a importância dos princípios do Estado de Direito e democrático, em detrimento da decisão socialista do texto originário da Constituição. Como refere GOMES CANOTILHO, as duas revisões constitucionais “eliminaram ‘do texto da constituição’ a opção abstracta-ideológica da “decisão socialista”, e das suas refracções escatológicas (“libertação da exploração do homem pelo homem”) e económicas (apropriação colectiva dos principais meios de produção e irreversibilidade das nacionalizações) a favor de **novas premissas normativas da justiça económico-social**, caracterizadas por uma maior abertura para o “social concreto”, por uma maior “normalidade social” desenvolvida ou implementada quer pelo Estado quer pelo cidadãos, por uma maior atenção aos vectores do “ambiente humano” não estritamente reconduzíveis aos meios económicos do social”³. Quer dizer, para além da diferença das formulações verbais acabadas de apontar, em ambas as Constituições prevalece hoje uma visão inspirada pelos princípios do Estado de Direito, da Democracia e da Socialidade, visão comum aos dois povos na sua vida política quotidiana, e que justifica o interesse da comparação dos dois textos constitucionais.

2 “A Assembleia constituinte afirma a decisão do povo português de defender a independência nacional, de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, de estabelecer os princípios basilares da democracia, de assegurar o primado do Estado de Direito democrático e de abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno”. Vejam-se os arts. 1º, 2º, 9º c), 10 n. 2, 80, 81, c) e d), 82, 83, 84, 90 e 96 da Constituição (texto primitivo).

3 **Direito Constitucional**, 5ª ed., Coimbra, 1991, págs. 472-473.

2 AS CONSTITUIÇÕES CONTEMPORÂNEAS E O MODERNO DIREITO CONSTITUCIONAL

Não cabe nos limites desta comunicação traçar a história da evolução da idéia de Constituição desde a Antiguidade Clássica e com especial referência ao gênio político dos Gregos. Importa remontar tão-somente até aos finais do século XVII, à *Glorious Revolution* inglesa e, principalmente, ao processo de estruturação da Federação norte-americana, após a ruptura com a dominação britânica, e às experiências constitucionais francesas após a Revolução de 1789 ou aos movimentos liberais do começo do século XIX, no continente europeu e na América Central e do Sul.

Nestes casos, os textos constitucionais são elaborados dentro de um contexto de limitação e de fragmentação do poder monárquico absoluto pré-existente nos Estados europeus ou, nos casos norte-americano e brasileiro, na seqüência do corte do cordão umbilical das colônias com a Potência Colonial. É neste contexto que se compreendem as frases do estadista liberal inglês WILLIAM PITT (o primeiro PITT), que, em 1770, declarava em discurso parlamentar nos Comuns que “onde o direito acaba, começa a tirania” e que invocava mais tarde e ainda no Parlamento de Westminster “o Gênio da Constituição”, ou a do norte-americano THOMAS JEFFERSON de que uma Declaração de Direitos (**Bill of Rights**) era a garantia “que o povo merece ter contra qualquer Governo da Terra”. É, por isso, que, como justamente põe em relevo GIUSEPPE DE VERGOTTINI, “ainda hoje o próprio conceito de Constituição é freqüentemente considerado coincidente com o de poder político repartido entre vários órgãos constitucionais, de modo a reconhecer aos cidadãos, além de uma série de direitos fundamentais, garantias idóneas contra os abusos cometidos pelos titulares dos órgãos políticos”⁴.

Mas importa recordar também os ataques contra o modelo constitucional liberal, respeitador dos direitos fundamentais dos cidadãos, que estão ligados a todas as experiências revolucionárias, de sentido totalitário ou fortemente autoritário, que se desenvolveram no nosso século na Europa e na América Central e do Sul. A revolução soviética, por um lado, a tomada de poder pelos partidos fascista e nacional-socialista na Itália e na Alemanha respectivamente, a revolução nacionalista em Portugal em 1926 com a instauração do Estado Novo que só desaparece em 1974, as fases ditatoriais conseqüentes à Guerra Civil em Espanha ou as crises político-militares que

⁴ Vocábulo “Costituzione”, in **Dizionario di Politica**, dirigido por N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino, 2ª ed., Turim, 1983, p. 282.

ciclicamente surgiram no Brasil, a partir de 1930, puseram em cheque as idéias de uma Carta de Direitos Fundamentais de Cidadania, de um **Bill of Rights** ou de uma **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, reduzindo a constituição a um diploma disciplinador das atribuições e competências dos órgãos políticos, freqüentemente reduzida a uma pura expressão semântica, vazia de conteúdo vinculativo para os governantes.

Em termos histórico-comparativos, a Constituição norte-americana – a constituição escrita mais antiga ainda hoje em vigor, decorridos dois séculos sobre o seu momento de elaboração – constitui um caso *sui generis* no Constitucionalismo contemporâneo, pois criou um sistema de limitação dos poderes dos órgãos de soberania, não só em extensão como no plano processual, estabelecendo três ramos diferenciados (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), separados mas interdependentes entre si através de instrumentos complexos de controle e de balanceamento, exemplo vivo de uma idéia luminosa de **checks and balances**. A prática constitucional subsequente, em especial a partir da célebre decisão no caso **Marbury contra Madison** (1803), proferido pelo **Chief Justice MARSHALL**, consolidou uma garantia judicial da limitação dos poderes dos órgãos de soberania e de defesa das liberdades dos cidadãos reconhecidas pela **common law** contra o **Government**. Surgiu, assim, a **judicial review** da legislação do Congresso, a idéia da fiscalização da constitucionalidade das leis e do poder atribuído aos tribunais de recusar a aplicação das leis inconstitucionais. A inexistência de um poder administrativo não submetido aos tribunais comuns – diferentemente do que acontecia no continente europeu após o triunfo do sistema administrativo de tipo francês – e a tradição da **common law** de os seus tribunais se considerarem vinculados às decisões precedentes (*stare decisis*) explicam o sucesso da **judicial review** norte-americana. HANS KELSEN, o pai da jurisdição constitucional de modelo austríaco, observando a fiscalização constitucional das leis norte-americana em confronto com o sistema constante da Constituição de 1920-1930 daquele país, escreveu em 1942 o seguinte:

“Embora nos Estados Unidos os tribunais tenham o poder de recusar a aplicação à lei que declaram inconstitucional só no que respeita ao caso concreto, o perigo de uma prática com soluções em oposição não é aqui tão grande como o era na Áustria antes da criação do tribunal constitucional. Em primeiro lugar, porque não há aqui órgãos administrativos independentes dos tribunais, dependendo a força vinculativa de um acto administrativo (especialmente, de actos, decretos, etc.) em última análise da decisão de um tribunal ao qual o sujeito interessado no acto se pode dirigir. Além disso, não existem aqui tribunais administrativos distintos dos tribunais comuns. Em terceiro lugar, as decisões

do tribunal supremo são vinculativas para todos os outros tribunais. Enquanto que os tribunais americanos se consideram vinculados pelos julgamentos do supremo tribunal, uma decisão desse último de recusa da aplicação de uma lei a um caso concreto por motivo de inconstitucionalidade tem, na prática, quase o mesmo efeito de uma declaração de nulidade da lei com carácter geral”.⁵

KELSEN temperava, de seguida, o alcance da afirmação, pondo em destaque que a força do precedente obrigatório não era absoluta nos Estados Unidos da América, em especial em matérias de interpretação constitucional e citava em abono do que dizia o princípio acolhido pelo Supremo Tribunal Federal num caso julgado em 1873 (**S. V. e O.K.R.R. contra Morgan County**): “as questões constitucionais estão sempre abertas a um novo exame”. Além de que a força do caso julgado sempre obstaría a que uma pronúncia no sentido da inconstitucionalidade de uma lei por parte da *Supreme Court* tivesse influência sobre pronúncias em sentido divergente contidas em sentenças de outros tribunais, federais ou estaduais, de que não tivesse havido recurso.

Curiosamente, a fiscalização judicial difusa, de tipo norte-americano, exerceu influência em Portugal no início do novo século, por directa influência brasileira, à margem portanto do prestígio que mesma tinha na Europa através da descrição feita por ALEXIS DE TOCQUE-VILLE, em 1835⁶. De facto, a Constituição federal brasileira de 1891 previa um **judicial control** mitigado – para usar uma expressão de PAULINO JACQUES⁷ – admitindo a

5 **Judicial Review of Legislation. A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution**, in *Journal of Politics* (Maio de 1942), incluído em tradução italiana em *La Giustizia Costituzionale*, colectânea organizada por Carmelo Geraci, Milão, 1981, p. 301.

6 “Os americanos, confiaram... aos seus tribunais um imenso poder político; mas obrigando-os a não atacar as leis senão por meios judiciários, diminuiram muito os perigos desse poder”. E, de seguida, escreve o politólogo francês: “Se o juiz tivesse podido atacar as leis de modo abstracto (**théorique**) e geral, se tivesse podido tomar a iniciativa e censurar o legislador, teria entrado com estrépito na cena política; tornado campeão ou adversário dum partido, teria convocado todas as paixões que dividem um país a tomar parte na luta. Mas quando o juiz ataca uma lei num debate obscuro e sem uma aplicação particular, ele retira em parte a importância do ataque em relação ao público. A sua decisão não tem por finalidade outra coisa senão atingir um interesse individual; a lei só por acaso fica vulnerada.” (**De La Démocratie em Amérique**, ed. J. P. Mayer, Paris, 1968 p. 33). Tocqueville tinha presente a doutrina de Marshall de que os tribunais não podiam conhecer das “questões políticas”, aquelas que diziam respeito à Nação e não aos direitos individuais.

7 **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., 2ª tiragem, Rio de Janeiro, 1977, p. 379.

declaração da inconstitucionalidade da lei estadual em face da Constituição Federal (art. 59º, § 1º, alínea b). A partir de 1894, a lei n. 221 atribuiu aos tribunais brasileiros o poder de deixar de aplicar as leis “manifestamente inconstitucionais”. É nítida a influência norte-americana sobre estas soluções, muito embora se notasse aí a influência de outros Estados latino-americanos, nomeadamente do México, criador do **recurso de amparo** (sistema de OTERO). E o prestígio da solução da constituição republicana de 1891, divulgada pelos estudos de RUI BARBOSA, justificou que a primeira constituição republicana portuguesa, de 1911, tivesse inserido no artigo 63º o princípio do acesso directo dos tribunais à Constituição, algo que era relativamente desconhecido nas Constituições europeias da época. Segundo este artigo 63, o Poder Judicial devia apreciar a legitimidade constitucional ou a conformidade com a Constituição e os princípios nela consagrados das leis ou das disposições emanadas do Executivo que, no decurso de um processo, fossem impugnadas, do ponto de vista da sua validade, por qualquer das partes no litígio⁸. Embora de um ponto de vista prático esta disposição constitucional não tenha chegado a ter repercussões importantes, a verdade é que, em termos europeus, constitui um exemplo pioneiro da **judicial review**, renunciando a primeira vaga dos tribunais constitucionais centro-europeus, do final da 1ª Guerra Mundial.

No período subsequente à primeira Guerra Mundial, o continente europeu ia discutir com vivacidade as vantagens e inconvenientes da criação de sistemas de fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis, inovação que a Constituição austríaca de 1920 consagrara pela pena de KELSEN. O autor da **Teoria Pura do Direito** explicava em 1942 ao público americano as diferenças da inovação austríaca, face ao modelo norte-americano de fiscalização difusa:

“A disciplina desta matéria na constituição austríaca foi especialmente influenciada pela experiência constitucional norte-americana. Segundo a Constituição austríaca, podia chegar-se ao controle de constitucionalidade das leis por duas vias, uma indirecta e outra directa. Em primei-

⁸ Sobre este ponto, vejam-se Jorge Miranda, “Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade”, suplemento VII da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, 1968, pp. 111 e segs.; Marnoco e Sousa, **Constituição Política da República Portuguesa. Comentário**, Coimbra, 1913, pp. 581 e segs.; Armindo Ribeiro Mendes, **El Consejo de la Revolucion y la Comission Constitucional. El Control de Constitucionalidade de las Leyes**, in **Revista de Estudios Politicos** n. 60/61 (1988), p. 842. J.M. Cardoso da Costa, **El Tribunal Constitucional Portugués: Origen histórico**, no mesmo número, da mesma revista, pp. 831-832.

ro lugar, no decurso de um procedimento administrativo, uma parte privada podia queixar-se da violação de um direito próprio, constitucionalmente garantido, pela prática de um acto administrativo fundado numa lei inconstitucional. A questão podia ser levada ao tribunal constitucional só depois de se terem esgotado todos os recursos administrativos prévios. O tribunal conhecia da questão de inconstitucionalidade da lei só em via incidental. Este, porém, iniciava e só quando tivesse dúvidas sobre a constitucionalidade da lei. As partes privadas só podiam sugerir o juízo de constitucionalidade, mas não tinham poder algum de o requerer (...).

A forma directa do controlo de constitucionalidade das leis era a seguinte: com base na constituição, o governo federal podia solicitar ao tribunal constitucional a anulação de uma lei federal ou de um regulamento emanado de uma autoridade administrativa estadual e os governos de cada Estado (Federado) podiam igualmente requerer ao tribunal a anulação de uma lei federal ou de um regulamento emanado de uma autoridade administrativa federal. Esta solução estava ligada ao carácter federal da República austríaca. Por motivos políticos, tornava-se necessário assegurar às administrações da Federação e dos Estados plena igualdade no respeitante ao controlo de constitucionalidade das leis.”⁹

KELSEN havia publicado em 1928 numa revista francesa de direito público o seu célebre estudo *La Garantie Jurisdictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)*. E, nesse ano, o seu estudo fora objecto de vivo debate no **Instituto Internacional de Direito Público** em sessão onde participaram grandes nomes de juspublicistas franceses, suíços, alemães e espanhóis. BERTHÉLEMY, reconhecendo embora a necessidade de uma justiça constitucional, considerava que em França a mesma devia ser confiada aos tribunais comuns, sendo impensável a criação de um tribunal especial de constitucionalidade. DUGUIT pronunciou-se então no sentido de que a criação de uma jurisdição constitucional especial constituiria o embrião de uma terceira, se não mesmo primeira, assembleia política e JÉZE, por seu turno, preconizou a criação de um sistema especializado de controlo constitucional, mas no interior do parlamento, portanto de natureza política.¹⁰

⁹ Est. citado na colectânea citada na nota (5), pps. 307-309.

¹⁰ Veja-se o resumo das intervenções na nota inserida no **Annuaire du Institut International de Droit Public**, 1929, pps. 192 e segs., incluída em tradução italiana na colectânea na nota (5), pps. 209-214.

Pela mesma altura, HAURIUO mostrava-se receptivo ao acolhimento em França de uma fiscalização difusa da constitucionalidade pelos tribunais comuns, considerando não existir o risco de um **Governo dos Juizes**, à norte-americana, denunciado pelo comparatista LAMBERT em obra publicada em 1922, considerando que a existência de um “regime administrativo” em França, com um sistema de contencioso administrativo concentrado no *Conseil d’Etat*, seria antídoto suficiente contra tal risco. Mas CARRÉ DE MALBERG descrevia de uma tal solução, atendendo à debilidade histórica do Poder Judicial desde a revolução de 1789, ao próprio perfil dos juizes franceses, inseridos numa carreira administrativa e à circunstância do Tribunal da Cassação ter sido originariamente criado como um auxiliar do corpo legislativo. E, principalmente, considerava que a concepção revolucionária inspiradora dos quadros de direito público francês tendia a confundir a assembléia parlamentar com o soberano, negando à Constituição uma posição hierárquica superior à das leis emanadas do corpo legislativo, que implicava atribuir carácter flexível à própria Constituição. Embora não fosse fatal a aceitação da solução apontada - não preconizara o Abade SEYÉS, o grande teorizador da soberania popular e do regime representativo, a criação de um “júri constitucional” (*jurie constitutionnaire*) - MALBERG reconhecia o peso desta tradição revolucionária. Mas, decorridos cinquenta anos de vigência da Constituição da III República (1875), achava o mesmo autor que se verificava uma “reação contra a onnipotência parlamentar, em especial contra a liberdade de legiferar quase ilimitada que a Constituição de 1875 atribuiu ao parlamento. Os promotores desta reacção não vão somente buscar à América os argumentos úteis para restaurar entre nós a noção de constituição mediante a introdução de um controlo jurisdiccional sobre a constitucionalidade das leis. Nesta mesma Europa, são-lhes fornecidos os argumentos seja pelos Estados que, como a Áustria, já consagraram a instituição de um tribunal constitucional, seja ainda pelos Estados, como o **Reich** alemão, nos quais, não obstante o silêncio deliberado da Constituição, o movimento a favor do controlo ganha continuamente terreno na doutrina, a qual está já em condições de apoiar-se sobre decisões judiciais”¹¹. E EISENMANN, discípulo francês de KELSEN, procurava convencer os grandes publicistas franceses de que o sistema austríaco não diferia de modo essencial do sistema norte-americano de controlo da constitucionalidade das leis, podendo falar-se apenas de uma diferença de grau. No final da sua dissertação universitária apre-

¹¹ **La Sanction Jurisdictionelle des Principes Constitutionnels**, nota publicada no mesmo **Annuaire** referido na nota anterior, publicada na colectânea referida na nota (5), p. 227.

sentada em 1928, EISENMANN escrevia convincentemente: “apresentam-se duas, e apenas duas, opções: ou deixar ao legislador o cuidado de respeitar a Constituição, ou confiar aos juízes o cuidado de assegurar o respeito por ela. Entre as duas, é preciso escolher. Poderá oferecer dúvidas a escolha?”¹²

O triunfo de HITLER na Alemanha, a consolidação do fascismo italiano e a crise da República espanhola prenunciavam tempos de guerra para a Europa e para o mundo.

As correntes autoritárias negavam a idéia de uma qualquer jurisdição constitucional. Quem devia proteger a Constituição era o Chefe do Estado, no dizer de CARL SCHMITT, não os juízes ordinários ou os juízes especiais do tribunal constitucional. Na sua polémica com Kelsen, SCHMITT erigia em 1931 o Chefe de Estado constitucional de WEIMAR no protector da Constituição, renovando a doutrina monárquica do *pouvoir neutre* de BENJAMIN CONSTANT e pressagiando o **Führerprinzip** nacional-socialista.

As crises políticas que antecederam a guerra de 1939-1945 eram pouco propícias à popularidade das teorias jurisdicionais da limitação do poder político. Só após 1945 iam ressurgir na Europa, com grande força, as doutrinas Kelsenianas da jurisdição constitucional e da garantia da fiscalização da constitucionalidade das leis.

A Constituição italiana de 1947 e a **Grundgesetz** oeste-alemã de 1949 consagraram a solução de criação de um tribunal constitucional de modelo austríaco, destinado a assegurar o cumprimento das normas constitucionais e a sancionar as respectivas violações. Seguiram-se outros dos anos sessenta como a Turquia, a Ilha de Malta e a Iugoslávia. A França, na sua constituição de 1958, previu a existência de um Conselho Constitucional a quem cabe a fiscalização preventiva da constitucionalidade das leis, tendo este órgão assumido as funções de tribunal constitucional a partir de 1971. Portugal viu criado em 1982 o seu Tribunal Constitucional, o qual recebeu as funções repartidas entre o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, no domínio da versão originária da Constituição de 1976. A Constituição espanhola de 1978 consagrou igualmente a solução de criação de um tribunal constitucional¹³. E, nos últimos anos, os países do antigo bloco de leste começaram a criar tribunais constitucionais, destinados a assegurar a fiscalização da

¹² La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1928, passo transcrito em L. Favoreu, **Les Cours constitutionnelles**, Paris, p. 13.

¹³ Sobre a evolução recente dos ordenamentos constitucionais de jurisdição constitucional e sobre o “modelo europeu” da jurisdição constitucional vejam-se L. Favoreu, **Les Cours Constitutionnelles**, Paris, 1986; do mesmo autor e de J.A. Jolowicz, **Le Controle Jurisdictionnel des Lois**, Paris-Marselha, 1986; A.R. Brewer-Carias, **Judicial Review**

constitucionalidade das leis e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. É o caso da Hungria, da Polónia e da Rússia.

Bem recentemente, o Presidente MITTERAND anunciou uma ampla reforma constitucional que, entre outros pontos relevantes, prevê a criação de um Tribunal Constitucional em França.

Assiste-se, por isso, a um triunfo generalizado da idéia de uma jurisdição constitucional especial.

Desta orientação generalizada, se aparta o Reino Unido, fiel à idéia tradicional de supremacia do Parlamento. Embora não falem as vozes que sustentam a necessidade de promulgação de um **Bill of Rights** rígido, hierarquicamente superior às restantes leis do parlamento, de tal modo que os tribunais pudessem anular as leis primárias que infringissem esse **Bill of Rights**, a verdade é que é ainda dominante a tese de que o Parlamento não pode restringir o conteúdo da legislação futura através da intenção de estatuir um **Bill of Rights** fundamental e auto-limitativo. Como se gabava DICEY, “as Leis sobre *Habeas Corpus* não declaram qualquer princípio, nem definem quaisquer direitos, mas valem, para efeitos práticos, cem artigos constitucionais a garantirem a liberdade individual”.¹⁴

in *Comparative Law*, Cambridge, 1989. A reforma constitucional de 1979 na Suécia consolidou o controlo jurisdicional de fiscalização da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal, afirmado a partir de 1964, tal como a Constituição canadiana de 1982 abriu um novo campo à fiscalização constitucional das leis. A Constituição brasileira de 1988 manteve a tradição de fiscalização da constitucionalidade das leis pelos tribunais e, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

Vale apenas recordar que toda a América Latina se tem batido pela institucionalização de sistemas de fiscalização da constitucionalidade das leis, nomeadamente de carácter jurisdicional. No Primeiro Congresso latino-americano de Direito Constitucional, realizado em 1975 no México, foi aprovada como uma das conclusões do congresso, a “reafirmação da função política do órgão jurisdicional, entendida como uma intervenção técnica para determinar o alcance e o espírito das normas constitucionais, o que se revela particularmente difícil no ambiente latino-americano, tendo em conta a existência de órgãos executivos fortes ou predominantes, e em alguns casos ditatoriais; e esta função focaliza-se no controlo jurisdicional de constitucionalidade das leis, reconhecido por quase todas as constituições latino-americanas, mas também na interpretação directa ou indirecta das disposições supremas e na tutela dos direitos humanos consagrados na Carta Fundamental” (segunda conclusão, transcrita em Jorge Carpizo e Hector Fix-Zamudio, relatório sobre a América Latina, na ob. cit. *Le Controle Juridictionnel*, pp. 134-135; ver também sobre esta matéria A.R. Brewer-Carías, ob. cit., pp., 275 e segs.)

¹⁴ Transcrito em Neil H. Andrews, *Should England Adopt an Entrenched Bill of Rights with Judicial Review of Primary Legislation?*, in *Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle*, V (1989), p. 17.

Vale a pena atentar um momento nas razões que levam os constitucionalistas ingleses, na sua maioria, a repudiar a existência de uma constituição escrita rígida ou, pelo menos de uma **Declaração dos Direitos do Cidadão (Bill of Rights)** com valor supra-legal – “entrincheirada”, para usar a tradução à letra, do qualificativo usual na doutrina inglesa.

Para além do argumento tradicional de que a soberania do Parlamento não pode ser limitada para o futuro – argumento corrente também na doutrina francesa entre as duas Guerras Mundiais, como se viu, embora num outro contexto jurídico-constitucional – apontam-se, em regra, outras razões menos determinantes: a atribuição do poder de **judicial review** aos tribunais comuns seria susceptível de minar o respeito do público pelo sistema judicial; não seria saudável para o sistema democrático conferir tal poder a servidores públicos não eleitos, sendo certo que estes tendem sempre a decidir as questões no interesse da sua classe social e económica; por outro lado, a solução implicaria o risco de afectar a imparcialidade dos juízes, pela tentação da maioria parlamentar e do seu governo de nomear os juízes com base nas suas simpatias partidárias.¹⁵

Sem ter a pretensão de contribuir para a resolução desta questão central da teoria do Estado, parece-me razoável insistir que só o primeiro argumento é **decisivo** para a aceitação ou rejeição da **judicial review**. O peso da tradição jurídico-constitucional nos últimos três séculos em Inglaterra aponta para a manutenção da doutrina da soberania ilimitada do Parlamento e para a insusceptibilidade de ele próprio criar leis de valor reforçado, vinculando os futuros parlamentos¹⁶. Significa, isso, que a Constituição britânica se deverá manter flexível, não obstante o Reino Unido fazer parte das Comunidades Europeias, onde os tratados de instituição tendem a ser substituídos por uma Constituição rígida, a acreditar na evolução verificada desde o **Acto Europeu** (de 1986) até ao recente **Tratado de Maastricht**, ainda de destino incerto.

¹⁵ Sobre estes argumentos desfavoráveis à instauração da **judicial review** em Inglaterra podem ver-se o artigo de Neil Andrews citado supra, nota (15), bem como a descrição do **maioritarismo**, considerado como o maior inimigo do **entrenchment** dos direitos civis e políticos, em John D. Whyte, em **Pays de Common Law**, capítulo da obra citada na nota (13) supra, **Le controle Juridictionnel**, pp. 158 e segs.

¹⁶ Recorde-se que, no século XVII, o **Chief Justice Coke** sustentou em Inglaterra, em 1628, que os actos do Rei e as leis do Parlamento deviam ser controladas pelos Tribunais, no que toca à sua conformidade com o **common law**. Vejam-se Paulino Jacques, *ob cit.*, p. 377 e M. Cappelletti, **Il controllo Giudiziario di Costituzionalità nel Diritto Comparato**, Milão, 1978, pp. 42 e segs., C. Starck e A. Weber, **Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa**, 1º vol., Baden-Baden, 1986, pp. 16-18. Num plano teórico e de um ponto de vista da filosofia analítica, consulte-se H.L.A. HART, **O Conceito de Direito**, trad. portuguesa, Lisboa, 1986, pp. 75 e segs..

Os argumentos adjuvantes, mais de natureza sociológica do que jurídica, podem ser respondidos, com maior ou menor facilidade. Assim, a tese da diminuição do respeito do público pelos tribunais é, em si, falaciosa. Não parece ser este o resultado global da apreciação dos cidadãos dos Estados em que há tribunais constitucionais. Sempre restaria demonstrar por que haveria de ser diferente no Reino Unido. O argumento respeitante à atribuição de poderes de **judicial review** a juízes não eleitos pode, no limite, levar a sustentar que os juízes constitucionais devam ser eleitos pelas assembleias parlamentares por maiorias qualificadas (solução que aparece em vários Estados, nomeadamente em Espanha, Portugal e Alemanha) ou que, a serem nomeados, devam ser por entidades diversificadas (é a solução acolhida em Itália e, em França, quanto ao Conselho Constitucional). O modo de escolha dos juízes pode, na verdade, moderar os riscos de partidarização da jurisdição constitucional, muito embora seja humanamente impossível evitar a pré-compreensão de muitas questões basilares de ordem político-jurídica que cada juiz manifesta nos actos de julgamento.¹⁷

A semente da idéia de uma jurisdição constitucional está lançada no Reino. É imprevisível saber se chegará algum dia a germinar. O exemplo norte-americano de excesso de litigância, em matéria de **civil rights** tem efeito dissuasor sobre a eventual adopção de tal jurisdição. Talvez seja prudente concluir com NEIL ANDREWS que, atendendo à história jurídica inglesa e às peculiaridades das suas instituições constitucionais, os invocados benefícios de adopção do modelo americano de controlo da constitucionalidade da legislação primária não se sobrepõem claramente às desvantagens, não existindo um “caso suficiente forte” a favor da mudança. Deixa-se, porém, em aberto a questão de saber se a adopção de um “modelo europeu” de jurisdição constitucional não seria susceptível de encontrar menores resistências nas Ilhas Britânicas.¹⁸

O Direito Constitucional tornou-se nas três últimas décadas, um campo privilegiado de debate entre a teoria constitucional e a dogmática, nomeadamente a dogmática dos direitos fundamentais, por um lado, e os dados jurídico-positivos de cada sistema concreto jurídico-constitucional.

17 Sobre o mito da neutralidade dos juízes ingleses, consulte-se J.A.G. Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 4ª ed., Londres, 1991, pp. 271 e segs.

18 Segundo Louis Favoreu, o “retrato-tipo” das jurisdições constitucionais de modelo europeu pressupõe um **contexto institucional e jurídico particular** (nomeadamente, a pluralidade de ordens judiciárias e um regime parlamentar ou semi-presidencial), um **estatuto constitucional** específico para a jurisdição constitucional, um **monopólio do contencioso constitucional** (sistema concentrado de fiscalização), e, ainda, uma designação de juízes não-magistrados (de carreira) por autoridades políticas. Cfr. *Les Cours Constitutionnelles*, cit. pp. 16 e segs.; C. Starck e A. Weber, *ob. cit.*, 1º vol., 49 e segs.

De um ponto de vista metodológico – como põe em destaque GOMES CANOTILHO – o estudo do direito constitucional pode fazer-se ou de uma perspectiva **dogmática-constitucional**, tendo em vista o estudo de um ramo de direito de uma certa ordem jurídica nacional, ou de uma perspectiva **teórica-constitucional**, “interessada principalmente na fixação, precisão e aplicação de conceitos de direito constitucional, desenvolvidos a partir de uma “construção”, teórica e não com base numa constituição jurídico-positiva”¹⁹

Na abordagem do tema proposto, colocar-me-ei na perspectiva dogmática-constitucional portuguesa, por me parecer que, num congresso de direito constitucional luso-brasileiro, a parte enriquecedora dos resultados finais pressupõe necessariamente os contributos dos congressistas de cada Nação, em especial pela análise da **força e valor normativos** da Constituição do seu respectivo país.

Neste entendimento, prosseguirei o caminho já encetado.

Vejam, pois, como em Portugal se pode dizer que a doutrina constitucional e o controlo da constitucionalidade são garantes da cidadania, utilizada a palavra no seu sentido mais amplo, isto é, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (vejam-se os arts. 1º, II e 5º, LXXVI, da Constituição brasileira).

Como nota um constitucionalista português, FRANCISCO LUCAS PIRES, no Direito Constitucional, “o Homem aparece no máximo da sua possibilidade de expressão, quer individual quer social. De algum modo, “o homem político” e o “cidadão” são os que mais preenchem a moldura do “ser cultural”, no núcleo mais convergente da sua própria consciência e ação. A tensão “ideal” e a tensão “real” são aí, simultaneamente, as mais intensas, fazendo dele o “mais alto” (... mas, ao mesmo tempo, o mais “concreto” ou “factual” do Direito”²⁰. Socorrendo-se da dogmática norte-americana, este autor mostra como o Direito constitucional é uma expressão da **Higher Law**.

No direito constitucional do Estado de Direito democrático afrontam-se as tensões entre o normativismo do texto constitucional e a “realidade constitucional” entre os factos e as normas, podendo contrapor-se, de um ponto de vista doutrinário, aqueles que, como KONRAD HESSE, falam da **força normativa da constituição** e os que, no oposto, falam da **constituição normativa da força**. Nos Estados onde há jurisdições constitucionais, os tribunais constitucionais acolhem, de um modo geral, um pluralismo metodológico, desenvolvendo técnicas de interpretação do direito infraconstitucional “conforme a constituição”, em diálogo constante com a doutrina

¹⁹ direito Constitucional cit., 135.

²⁰ A Teoria da Constituição de 1976. A Transição Dualista, Coimbra, 1988, p. 47.

constitucional, tendo em especial consideração o **problema**, o **tipo** de questão da constitucionalidade, os **tópicos** e as **técnicas de argumentação** estudadas pela teoria do Direito contemporâneo. Em vez de uma única via ou método de interpretação das leis – como é usual ainda no direito privado, por influência da pandectística germânica – o jurista constitucional ocupa-se do “programa normativo “dos preceitos, distinguindo este da própria “esfera normativa” “sector” ou “domínio” normativo²¹. E, entre as normas jurídicas, vai distinguir os **princípios** e as **regras**, sendo aqueles as normas com um grau de abstracção relativamente elevado, por comparação com estas últimas de grau de abstracção mais reduzido. A tipologia dos princípios e das regras adquire grande importância para o labor da jurisdição constitucional. Bastará referir, a título de exemplo, a importância do princípio estruturante do Estado de Direito democrático – princípio a que a jurisdição constitucional tem recorrido para inconstitucionalizar certas normas de aplicação retroactiva ou impropriamente retroactiva (retrospectiva) ou de afectação imediata de expectativas dos cidadãos, seja, por exemplo, no domínio da actualização do valor das alçadas dos tribunais, seja no domínio da actualização das custas judiciais, seja ainda na aplicação imediata de incompatibilidades entre dois cargos electivos²².

No caso português, a jurisdição constitucional, pela sua própria composição e método de escolha dos seus juízes, tem revelado nos dez anos da sua existência – ou nos dezesseis, se se incluir o período da precedente Comissão Constitucional - uma especial abertura para os problemas da interpretação dos textos constitucionais, segundo plúrimas vias metodológicas, em diálogo constante com a doutrina constitucional e com as Universidades. Importa por em relevo que importantes juristas académicos, como ISABEL MAGALHÃES COLLAÇO, EDUARDO CORREIA, JORGE MIRANDA, FIGUEIREDO DIAS, RUI DE ALARCÃO e CARDOSO DA COSTA integraram em diferentes períodos a Comissão Constitucional (1976-1983), bem como MARQUES GUEDES, VITAL MOREIRA, CARDOSO DA COSTA e ALVES CORREIA o Tribunal Constitucional.

Referindo só o caso do Tribunal português, tribunal “ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional” (art. 223 da Constituição), verificava-se que este é composto por

21 V. J.J. gomes Canotilho, *ob. cit.*, pp. 222 e segs.

22 Vejam-se, entre outros, os acórdãos ns. 287/90 (in *Diário da República*, II S, n. 42, de 20.02.1991), 339/90 (in DR, II S, n. 154, de 8-7-1991), 303/90 (in D.R. I S, n. 296, de 26-12-1990) ou 256/90 (in DR, II S, n. 184, de 10-8-1990; comentado por Jorge Miranda, in *O Direito*, ano 124, pp 261-263 e por Gomes Canotilho na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 123, pp. 42 e segs.).

treze juizes, dos quais seis têm de ser “obrigatoriamente escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais”, e os restantes sete entre juristas. Acresce que dez deles são eleitos pelo órgão parlamentar, a Assembléia da República, por maioria qualificada de dois terços. Estes dez juizes, por seu turno cooptam os três restantes, sendo o presidente do Tribunal eleito pelos respectivos juizes. Atentando neste conjunto de soluções logo se vê que há uma combinação criteriosa de juizes oriundos dos tribunais pré-existentes e de juizes oriundos de outros meios jurídicos (Universidade, advocacia, profissões políticas e administrativas). Estas experiências profissionais plúrimas enriquecem o resultado do diálogo dos juizes e do labor constitucional. Considerando a actual composição do Tribunal Constitucional português (designada no Verão de 1989), valerá a pena referir que há sete juizes que desempenham ou desempenharam funções na Universidade, três deles foram deputados e 2 deles desempenharam funções de membros do Governo.

Escolhamos algumas decisões do Tribunal Constitucional que respeitam aos direitos de cidadania e em que é possível encontrar ecos do diálogo entre a doutrina constitucional e a jurisprudência, e ilustrar o debate de idéias ou de orientações ideológicas entre os juizes.

Em primeiro lugar, o caso do Acórdão n. 11/83²³. Tratou-se do primeiro acórdão proferido numa fiscalização preventiva da constitucionalidade de um decreto do órgão parlamentar que criava um imposto extraordinário sobre determinados rendimentos auferidos em parte no ano fiscal anterior e em parte no ano fiscal em curso e sobre o qual o Presidente da República manifestou dúvidas de constitucionalidade. O Tribunal Constitucional considerou que a ausência de um princípio genérico de proibição de leis fiscais retroactivas na Constituição Portuguesa não implicava a legitimidade constitucional de toda e qualquer norma fiscal com aquele alcance. O critério que determinaria a legitimidade constitucional seria a falta de carácter **intolerável** da retroacção, isto é, que não ocorresse a afectação de forma **inadmissível** e **arbitrária** dos direitos e expectativas legítimas dos cidadãos contribuintes. Nesse caso, o Tribunal entendeu que não havia inconstitucionalidade, visto não se tratar de uma tributação normal mas de uma medida que visava atalhar uma situação excepcional de défice numa conjuntura de crise, faltando o carácter de **imprevisibilidade** da própria medida. Nos votos de vencido dos dois juizes que não aceitaram a tese maioritária, não se repudiou o critério definido para separar os casos de constitucionalidade dos impostos, retroactivos dos de inconstitucionalidade. Considerou-se, porém, que no caso haveria uma violação demasiado acentuada do princípio da confiança dos contribuin-

²³ Acórdãos do Tribunal Constitucional, 1º volume, pp. 11 e segs.

tes, uma infracção dos preceitos materiais que regem a repartição dos encargos fiscais (violação do princípio da progressividade dos impostos de rendimentos) é uma violação das regras de distribuição das receitas fiscais entre o Estado, as regiões autónomas da Madeira e Açores e os municípios. Na doutrina, JORGE MIRANDA teve ocasião de criticar a posição sufragada na decisão, considerando o critério em causa vago na sua formulação, “prestando-se a oscilações ou, mesmo, a subjectivismos de aplicação” e pronunciando-se no sentido de que o Tribunal havia ido longe demais na apreciação da situação invocada pelo Governo na elaboração da proposta de orçamento, na defesa da proporcionalidade e na razoabilidade das medidas tomadas, as quais estavam longe de ter-se por demonstradas. Haveria ainda a considerar o carácter não progressivo da taxa do imposto e o carácter gravoso deste para os rendimentos do Estado²⁴.

Em segundo lugar, recorreremos às duas decisões sobre o âmbito de protecção do direito à vida e que incidiram sobre uma alteração do Código Penal de 1982, descriminalizando certos casos de aborto (aborto terapêutico, eugénico e criminológico). Uma das decisões, proferidas em 1984, incidiu sobre um pedido de fiscalização preventiva formulado pelo Presidente da República. A outra, de 1985, surgiu de uma fiscalização sucessiva, ou *a posteriori*, suscitada pelo Provedor de Justiça quanto à mesma lei, entretanto promulgada.

De harmonia com o art. 24, n. 1, da Constituição, “a vida humana é inviolável”. GOMES CANOTILHO nota a propósito que esta singela disposição pode conter três normas, consoante a interpretação que lhes é adscrita:

1ª norma “A vida humana é inviolável desde o momento do nascimento até ao momento da morte”.

2ª norma “A vida humana é inviolável desde o momento da concepção até ao momento da morte”.

3ª norma “A vida humana é inviolável desde o momento em que, de acordo com os dados da ciência, começa a haver vida intrauterina até ao momento da morte”.²⁵

É óbvio que não é “indiferente, para efeitos de protecção da vida e da punição da interrupção da gravidez, optar-se por uma outra interpretação”²⁶

²⁴ Anotação in *O Direito*, anos 106/119 (1974/1987), pp. 394-396.

²⁵ *Direito Constitucional* cit., p. 212.

²⁶ Gomes Canotilho *ob. cit.*, p. 212.

Nos dois acórdãos tomados sobre a matéria e do mesmo sentido (acórdãos ns. 25/84 e 85/85), a maioria do Tribunal inclinou-se para a não verificação da inconstitucionalidade das normas de descriminalização limitada do aborto por considerar que o art. 24, n. 1, da Constituição devia ser interpretado no sentido da 1ª norma acima indicada. No segundo destes acórdãos, sustentou-se que a vida intra-uterina compartilha da protecção que a Constituição confere à vida humana enquanto **bem constitucionalmente protegido** (isto é, valor constitucional objectivo), mas que não pode gozar da protecção constitucional do **direito à vida** propriamente dito – que só cabe a **pessoas** – podendo portanto ter de ceder, quando em conflito com direitos fundamentais ou com outros valores constitucionais protegidos”.²⁷ NO primeiro destes acórdãos, considerou-se que, embora a vida humana intra-uterina do nascituro e da mãe parecessem ter o mesmo “conteúdo essencial”, sempre haveria de recordar-se que “para o direito” poderia não ser assim, estando a ciência jurídica ainda longe de uma plena equiparação aceite pela ciência biológica²⁸. A tese minoritária, em contrapartida, aceitou que a norma constitucional devia ser concretizada no sentido da 2ª norma antes indicada, considerando que os seres humanos, desde que concebidos, deveriam ser tidos como pertencendo juntamente com os seres humanos já nascidos, ao mesmo **clube igualitário**, não podendo a vida humana, enquanto valor, ser objecto de “qualquer relativização”.

Um terceiro exemplo marcante do papel de controlo de constitucionalidade na garantia da cidadania surge no acórdão n. 423/87 sobre a legitimidade do ensino religioso nas escolas oficiais públicas primárias e secundárias. O art. 43, n. 3, da Constituição estabelece que o ensino público não será confessional. A maioria do tribunal entendeu que, embora a Constituição vedasse toda e qualquer orientação religiosa do ensino público e proibisse que as escolas públicas pudessem funcionar como agentes do ensino religioso, tal não impedia que o Estado pudesse facultar às diversas igrejas, em condições de igualdade, a possibilidade de estas ministrarem ensino de religião nas escolas públicas. A circunstância de outras confissões religiosas não terem na altura acesso à escola pública poderia resultar de uma inconstitucionalidade por omissão. Apenas foi então considerado material e organicamente inconstitucional a parte da norma de um diploma legal de 1983 que exigia que aqueles que não desejassem receber o ensino da religião e moral católicas fizessem uma declaração expressa em tal sentido²⁹. De entre os vários votos de

27 Acórdãos do Tribunal Constitucional, 5º vol., pp. 245 e segs.

28 Acórdãos do Tribunal Constitucional, 2º vol., pp 7 e segs.

29 Acórdãos do Tribunal Constitucional, 10º vol., ps. 77 e segs.. Veja-se o comentário a este acórdão feito por JORGE MIRANDA, in *O Direito*, ano 120, pp. 539 e segs.

vencido, avultaram aqueles que consideraram que a regulamentação legal em análise era inconstitucional por não se limitar a permitir o acesso dos professores de religião e moral católicas à escola pública, mas antes por dispor que a disciplina em causa fazia parte do currículo escolar normal, sendo sujeita ao regime aplicável às restantes disciplinas curriculares, com o que se verificaria também uma violação do princípio da igualdade, face ao tratamento das outras confissões religiosas.

Em matéria de objecção de consciência, o Tribunal Constitucional teve ocasião, no acórdão n. 363/91, de considerar inconstitucional, numa fiscalização preventiva, a norma que impunha a perda do estatuto de objector de consciência relativamente àqueles que viessem a ser condenados por crimes cometidos por negligência ou dolo, mas cujos comportamentos não traduzissem ou não pressupusessem uma intenção contrária à convicção de consciência manifestada. A esta tese se opôs uma outra sustentando que não repugnaria que ao objector de consciência, portador de um estatuto de excepção face ao cumprimento do serviço militar obrigatório, fosse imposto um regime de maior exigência no comportamento dos demais aspectos da sua vida, em tudo quanto tivesse a ver com os valores de natureza religiosa, moral, humanística ou filosófica que lhe impusessem a recusa do uso de meios violentos contra o seu semelhante³⁰. GOMES CANOTILHO, em anotação a este acórdão, censurou o juízo da maioria do Tribunal que concedeu pouco relevo à ideia de perda definitiva do estatuto de objecção de consciência como consequência de condenação judicial, considerando que ocorria uma violação do núcleo essencial do direito à objecção de consciência, enquanto direito fundamental³¹.

Um quinto exemplo versará a tutela do direito de propriedade privada face à expropriação. A Constituição portuguesa garante o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da própria lei constitucional, estabelecendo que “a requisição e a expropriação por utilidade pública só podem ser efectuadas com base na lei e mediante o pagamento de justa indenização”. Em numerosos recursos de decisões dos outros tribunais, isto é, no domínio da fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional teve ocasião de julgar inconstitucionais normas do **Código das Expropriações por Utilidade Pública** de 1976 (entretanto substituído) por impo-

³⁰ In D.R., I S-A, nº 202, de 3.09.1991.

³¹ “Uma vez condenado, o objector de consciência transporta **semper et ubique** uma **capitis deminutio** relativamente a um direito fundamental. Aquilo que é inaceitável em qualquer teoria não funcionalista ou objectivo-valorativo de direitos fundamentais — a perda ou a renúncia global e definitiva a direitos — ressurgue aqui como acríptico corolário lógico de uma condenação” (**Revista de Legislação e Jurisprudência**, 124, pp. 198-199).

rem limites legais aos valores de indenização a atribuir aos expropriados. Estas decisões mereceram aplauso de um modo geral da doutrina e foram relativamente consensuais no interior do próprio Tribunal. No acórdão n. 131/88, o plenário do Tribunal reconheceu que o pagamento da justa indenização se traduz num princípio geral, ínsito no princípio de Estado de Direito democrático, de harmonia com o qual os actos lesivos de direitos e os danos causados a outrem determinam uma indenização, mas negou que a justa indenização tivesse sempre de corresponder ao valor de mercado do bem expropriado. Seria, porém, inconstitucional a norma que impedisse o tribunal de atender quanto a certos prédios não urbanos e factores diferentes de os rústicos, afastando a possibilidade de se levarem em conta outros factores susceptíveis de ocasionar um acréscimo do valor do prédio, nomeadamente a “potencial aptidão de edificabilidade dos terrenos expropriados”.³²

Por último, limitar-me-ei a referir duas decisões importantes em matéria de processo penal, domínio por excelência de litigância na jurisdição constitucional, na fiscalização concreta. Por um lado, o Tribunal tem considerado, de forma reiterada, que uma pedra fundamental do direito de defesa consiste no direito processual do arguido comunicar oralmente e por escrito com o seu defensor e este com aquele, mesmo antes do primeiro interrogatório do juiz (acórdão n. 127/88, reiterando a posição do acórdão n. 7/87). Houve, porém, votos de vencido no sentido de que seria constitucionalmente legítima a norma do anterior Código de Processo Penal que permitia que, antes do primeiro interrogatório pelo juiz do arguido preso, fosse vedado o contacto com o defensor oficioso, se tal se mostrasse indispensável para evitar perturbações do processo (§ 1º do art. 311º daquele diploma), considerando-se que o interesse constitucional no exercício eficaz da acção penal pelo Ministério Público quanto a crimes graves se sobreporia ao de assegurar ao arguido todos os meios necessários à sua defesa, não maculando o processo penal de tal forma que pudesse dizer-se que deixaria de ser o **due process of law**³³.

Por outro lado, em jurisprudência que remonta a 1989 e que foi reafirmada em 1991 e 1992, foi julgada inconstitucional a norma do art. 665 do Código de Processo Penal de 1929, já substituído por novo Código de 1987, por se considerar que essa norma, interpretada por assento do Supremo Tribunal de Justiça que remontava a 1934, impedia o controlo da matéria de facto apurada no julgamento em 1ª instância pelo Tribunal da Relação (2ª

³² In DR, I S., n. 148, de 19.06.1988 (Anotação de J.P. Cancellata de Abreu in **O Direito**, ano 120, pp. 549 e segs.

³³ In DR, II S., n. 205, de 5.9.1988

instância), sendo certo que não havia registro dos depoimentos em 1ª instância, nem era legalmente imposta ou, sequer, permitida fundamentação das respostas aos quesitos. A tese que logrou apoio maioritário considerou que essa norma não era conforme à Constituição, porque só em casos contados constariam dos processos elementos susceptíveis de levar as relações a alterar a decisão do tribunal coletivo. A tese dos juízes minoritários considerou que a norma em causa, no seu entendimento jurisprudencial, representava “uma **válvula de segurança suficiente** contra os riscos, que sempre existem, de uma errada (e, por isso mesmo, injusta) decisão da questão penal em sede de matéria de facto”³⁴

Por esta reduzida amostragem da jurisprudência do Tribunal Constitucional, não é susceptível de se abarcar a riqueza de temas e a variedade de soluções que se podem encontrar nas mais de três mil e quinhentas decisões que aquele Tribunal proferiu nos nove anos e meio de sua existência.

Não é possível pretender que existe uma linha uniforme nesta jurisprudência. De facto, embora os casos contados, o Tribunal tem-se afastado da sua jurisprudência anterior, nomeadamente por força da alteração de certas maiorias alcançadas em certo momento, conseqüente à composição do Tribunal Constitucional em 1989. Para evitar o risco de divergências jurisprudenciais no domínio da fiscalização concreta – fiscalização que é assegurada pelas duas secções, com seis juízes cada, presididas ambas pelo Presidente do Tribunal Constitucional como 7º juiz – a Lei do Tribunal Constitucional prevê, a partir de 1989, um recurso para o plenário (dos 13 juízes) destinado a uniformizar essa jurisprudência quanto às soluções de questões de constitucionalidade³⁵.

Na sua ainda curta existência, o Tribunal Constitucional tem-se defrontado com decisões divergentes dos Supremos Tribunais das diferentes ordens, nomeadamente do Supremo Tribunal de Justiça, órgão supremo da hierarquia dos tribunais judiciais. Em algumas ocasiões, o Tribunal Constitucional tem julgado inconstitucionais certos assentos do Supremo Tribunal de Justiça, indo mesmo ao ponto de, em casos concretos, declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de assentos desse Supremo Tribunal.

34 Acórdão n. 401//81, in DR, I S-A, de 8.1.1992.

35 Art. 79 - D da lei do Tribunal Constitucional (Lei n. 28/82, de 15 de Novembro, alterada pela Lei n. 85/89, de 7 de Setembro). Deve notar-se que pode haver uma avocação “preventiva” de certos processos ao plenário, para se conseguir desde logo a uniformização de jurisprudência das secções (art. 79-A da mesma lei). Não há recurso para plenário se as divergências se verificarem quanto às soluções de questões de natureza processual.

Porventura, a situação mais complexa ocorreu com o acórdão n. 355/91³⁶ que veio declarar, com força obrigatória geral, inconstitucional um assento do Supremo Tribunal de Justiça de 1987 que considerara inaplicáveis às uniões de facto em que houvesse filhos menores as normas do Código Civil sobre atribuição do direito de arrendamento a um dos cônjuges inquilinos (art. 1110, n. 2, 3 e 4), em caso de divórcio ou de separação de pessoas, de direito ou de facto. A pronúncia no sentido da inconstitucionalidade baseou-se no princípio de proibição da discriminação dos filhos nascidos fora do casamento (art. 36, n. 4, da Constituição). Tratou-se de uma decisão tirada por maioria tangencial, tendo a posição minoritária considerado que a não aplicação do regime às uniões de facto se fundamentava na diferente natureza da família conjugal face à família natural (concubinato), indo ao ponto de se considerar temerário extrair da norma constitucional, sem qualquer mediação normativa, a estatuição da comunicabilidade do arrendamento nos casos de união de facto, através de um procedimento de configuração normativa que não estava a coberto da força perceptiva de norma constitucional de equiparação de estatutos entre filhos nascidos dentro e fora do casamento. E se se atender a que está pendente no próprio Tribunal Constitucional a questão da alegada inconstitucionalidade do art. 2º do Código Civil que confere força obrigatória geral aos assentos do Supremo Tribunal de Justiça, logo se perceberá que os riscos de tensão entre ambos os Tribunais não são uma pura especulação, sem qualquer ligação com a realidade.

Estes choques com outros Supremos Tribunais com maior tradição não constituem caso inédito no direito comparado. Em Itália outro tanto sucedeu nas décadas de cinquenta e de sessenta, entre a **Cassazione** e a **Corte Costituzionale**. De uma situação de conflito aberto passou-se para uma situação de consenso, tendo-se desenvolvido uma curiosa doutrina do **direito vivo**³⁷.

É tempo de terminar.

O controlo da constitucionalidade em Portugal tem-se apoiado sempre na doutrina constitucional, quer se trate da doutrina nacional, quer da estrangeira, em especial da alemã, da italiana e da espanhola, atentas as seme-

³⁶ In DR, I S-A, n. 237, de 14-10-1991.

³⁷ Cfr. Livio Paladin, então presidente da **Corte costituzionale** italiana, em discurso proferido em 5 de junho de 1986, por ocasião do 30º aniversário da **corte** (in **Annuaire International de Justice Constitutionnelle**, 1986, p. 695) explica que a referência ao “direito vivo” é a forma de levar em conta as interpretações prevalentes e consolidadas da **Cassazione** e da **Corte**, num caso acolhendo-se reciprocamente essas interpretações, noutros reagindo-se “mas, nesse caso, de modo construtivo e na óptica duma colaboração” – às decisões que cada Tribunal toma no quadro da sua jurisprudência.

lhanças entre a jurisdição constitucional portuguesa e as congéneres da Alemanha, da Itália e da Espanha.

Percorrendo as decisões do Tribunal Constitucional, nota-se esse carácter aberto ao exterior da jurisprudência constitucional portuguesa. É usual aparecerem no texto das decisões e nas declarações de voto dos vencidos expressões consagradas na teoria do direito constitucional, a propósito de numerosos institutos, a partir de elaborações jurisprudenciais em muitos casos, como as seguintes: **political question doctrine**, a idéia de **judicial restraint**, o **due process of law**, **cavalier budgétaire**, **spoils system**, **Vorbehalt des Gesetzes**, **Übermassverbot**, **squality of opportunity**, etc.

Nesta jurisprudência, surgem, por vezes, decisões interpretativas e decisões de inconstitucionalidade parcial, indo-se mesmo ao ponto de, em casos contados, adopção de decisões integrativas ou substitutivas, tal como foram elaboradas em outras jurisdições constitucionais estrangeiras.³⁸

Na riquíssima jurisprudência sobre o princípio da igualdade, o Tribunal faz freqüente apelo às dogmáticas germânica e italiana, em especial à idéia de **proibição do arbítrio**³⁹, encarada não como um critério definidor do princípio da igualdade, mas preferencialmente como um limite de competência dos tribunais para controlarem as opções do legislador.

A idéia norteadora das concepções doutrinárias do direito constitucional democrático e da jurisdição constitucional, como garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, é a de um cidadão, é a de um **modelo de legitimação de natureza democrática**,⁴⁰ o qual não é, porém, unívoco. Como escreve sugestivamente OTTO BACHOF:

38 Cfr. Luís Nunes de Almeida, *A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado*, in *Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade de Normas*, Lisboa, 1987, pp. 129-130.

39 Confronte-se esta formulação retirada do acórdão n. 39/88 (in D.R., I S, n. 52, de 3.3.88). “O princípio da igualdade não profbe, pois, que a lei estabeleça distinções. **Proíbe isso sim, o arbítrio**: ou seja, profbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes. **Proíbe também que se tratem por igual situações essencialmente desiguais**. E **proíbe ainda a discriminação**: ou seja, as diferenciações de tratamento fundadas em categorias meramente subjectivas como são as indicadas exemplificativamente no n. 2 do artigo 13”.

40 O problema do modelo de **legitimação de natureza democrática** da justiça constitucional tem a ver não só com o processo de escolha dos juízes do Tribunal constitucional, como com o quadro das competências deste órgão. Trata-se de um “problema formidável” (Mauro Cappelletti) ou da “cobra no jardim”, “feio problema que se supõe estar no centro do direito constitucional” (Ronald Dworkin, *Equality, Democracy, and Constitution, We the People in Court*, in *Alberta Law Review*, vol. XXVIII, n. 2, 1990, pp. 324 e segs.)

“... seria demasiado simples pretender invalidar as dúvidas referidas (sobre o perigo de o Tribunal Constitucional se transformar no dono da Constituição) com a observação de que o juiz constitucional, ao interpretar e aplicar a Constituição, se limita, tal como outro qualquer juiz, a aplicar direito pré-existente a um determinado caso concreto. Em primeiro lugar, as decisões dos tribunais constitucionais possuem um alcance muito maior do que as dos outros tribunais, assumindo muitas vezes, em especial, um alto significado político. Mas além disso, e sobretudo, o tribunal constitucional dispõe de uma muito maior margem de liberdade, na interpretação das normas que tem de aplicar, de que a que costumam ter os outros tribunais. Uma Constituição não contém uma regulamentação detalhada, antes se caracterizando pela presença de amplas cláusulas gerais e de conceitos de valor que necessitam de ser preenchidos. A margem de liberdade do intérprete e, conseqüentemente, o seu poder de tomar uma decisão autônoma são por isso aqui especialmente grandes. Conceitos como “igualdade”, “dignidade da pessoa humana”, “livre desenvolvimento da personalidade”, “Estado-de-direito”, “Estado social”, “bem comum” – tudo conceitos da Lei Fundamental (alemã) (...) que podem ser chamados a servir de critério na emissão do juízo sobre a constitucionalidade da lei – permitem diferentes interpretações. (...)

Assim, verificar-se-á sempre inevitavelmente uma certa relação de tensão entre o direito e a política. O juiz constitucional aplica certamente direito; mas a aplicação deste direito acarreta consigo necessariamente que aquele que a faz proceda a valorações políticas (...)⁴¹

41 Estado de Direito e Poder Político: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política, trad. portuguesa de J.M. Cardoso da Costa, Separata do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, 1980, pp. 11-13.