



FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Thiago de Almeida Ventura

A fiscalização concreta em Portugal: do texto da Constituição à prática jurisprudencial

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos
em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de
Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em
Direito Constitucional*

Orientadora: Exma. Sr.^a Doutora Maria Benedita
Malaquias Pires Urbano

Coimbra, 2015

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Siglas

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

CRP – Constituição da República Portuguesa de 1976

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

Abreviaturas

Al. – Alínea

Art.º - Artigo

Art.^{os} - Artigos

Cf. – Confira

Ed. – Edição / Editor

Et al. – Et alli

N.º - Número

N.^{os} – Números

Org. – Organizador

P. – Página

Pp. – Páginas

Rev. – Revisão

Ss. – Seguintes

Trad. – Tradução

V. – Ver

V. – *Versus*

V. g. – *Verbi Gratia*

Vol. – Volume

ÍNDICE

Introdução	p. 6
Capítulo 1	
O modelo difuso ou estadunidense de controlo jurisdicional da constitucionalidade.....	p. 10
1. Das raízes inglesas ao caso <i>Marbury v. Madison</i> (1803).....	p. 10
2. Caraterização.....	p. 15
Capítulo 2	
O modelo concentrado ou austríaco-kelseniano de controlo jurisdicional da constitucionalidade.....	p. 21
1. Do «reino da lei» à construção teórica de Hans Kelsen.....	p. 21
2. Caraterização.....	p. 29
2.1. A reforma constitucional de 1929: a introdução do mecanismo do reenvio prejudicial.....	p. 33
3. A difusão no continente europeu: o modelo concentrado europeu?.....	p. 36
Capítulo 3	
A fiscalização concreta no quadro do sistema misto complexo português de controlo jurisdicional da constitucionalidade.....	p. 42
1. A confluência de culturas jurídico-constitucionais.....	p. 42
2. A natureza mista da fiscalização concreta da constitucionalidade: uma solução original.....	p. 46
Capítulo 4	
O carácter «difuso» da fiscalização concreta da constitucionalidade.....	p. 51
1. O «acesso direto dos juízes à Constituição» (art.º 204.º, CRP).....	p. 51
1.1. O problema da interpretação da referência a «tribunais».....	p. 53
2. O incidente de inconstitucionalidade.....	p. 57
2.1. O objeto da questão de inconstitucionalidade.....	p. 59

2.2. A legitimidade para invocar a inconstitucionalidade e o sentido da apreciação oficiosa pelo juiz.....	p. 62
2.3. A relevância e a procedência da questão de inconstitucionalidade.....	p. 64

Capítulo 5

O caráter «concentrado» da fiscalização concreta da constitucionalidade.....	p. 68
1. O recurso de constitucionalidade.....	p. 68
1.1. A admissibilidade do recurso.....	p. 68
1.2. O objeto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Constitucional...p.	74
1.3. A legitimidade para interpor o recurso.....	p. 81
2. As decisões do Tribunal Constitucional.....	p. 87
2.1. O conteúdo das decisões.....	p. 87
2.1.1. As decisões interpretativas.....	p. 89
2.1.2. As decisões de inconstitucionalidade parcial.....	p. 90
2.1.2.1. As decisões redutivas e aditivas.....	p. 93
2.2. A vinculatividade e a execução das decisões.....	p. 95
2.2.1. O problema da vinculatividade das decisões interpretativas e aditivas.....	p. 99
Conclusão	p. 105
Bibliografia	p. 110
Jurisprudência	p. 121

INTRODUÇÃO

A afirmação da superioridade hierárquica da constituição e do seu valor jurídico-normativo – com as consequências que daí decorrem – deu origem à necessidade de estabelecer um meio através do qual fosse possível garantir o cumprimento e a observância das normas constitucionais por parte de todos os poderes públicos¹. Foi assim, no âmbito do constitucionalismo moderno² e da necessidade de fixar limites ao poder político como forma de assegurar o seu exercício em conformidade com a lei fundamental, que se impôs o controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas³.

¹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 14; Fernando Alves Correia, *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional): Programas, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 37. Sobre a força e a supremacia normativa da constituição, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed. (4.^a reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003, pp. 890-891, 1130-1131 e 1147-1154, e, de um modo geral, Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Fabris, Porto Alegre, 1991.

² De acordo com J. J. Gomes Canotilho, fala-se em constitucionalismo moderno, em sentido histórico-descritivo, “para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”. E, acrescenta o Autor, tal movimento legitimou o aparecimento da constituição moderna, entendida, em seu conceito ideal, como a “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político”. Tudo isso não obstante haver, em termos rigorosos, vários constitucionalismos ou movimentos constitucionais ao invés de um constitucionalismo unitário, pois “o movimento constitucional gerador da constituição em sentido moderno tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrónicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados” (*Direito...*, pp. 51-52).

³ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 7; Michel Fromont, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996, p. 1; Alexander von Brünneck, “Le Contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. IV, Economica/Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1988, p. 26. Porém, tendo em conta que “*il bisogno di porre un limite allo stesso legislatore, e di rendere quel limite effettivo attraverso un controllo giudiziario, sia un bisogno profondamente radicato nella storia, anche antica, della civiltà umana*”, Mauro Cappelletti denota que, “*invero, anche se non espressamente e consapevolmente configurata come «supremazia della Costituzione» rispetto alle leggi ordinarie, c’è però stata anche in altri e più antichi sistemi giuridici, una sorta di supremazia di una data legge o di un dato corpo di leggi – che, con terminologia moderna, potremmo appunto chiamare leggi «costituzionali» o «fondamentali», Grundgesetze –, rispetto alle altre leggi che, sempre con terminologia moderna, possiamo chiamare leggi «ordinarie»*” (“Alcuni Precedenti Storici del Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXI (II Série), CEDAM, Padova, 1966, respetivamente pp. 52 e 55, e, para uma análise desses precedentes, pp. 55 e ss.). Considerando todos esses aspetos, cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis”, in *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública*, ano 103.º, 1971, pp. 174-175.

No entanto, tal imposição não se deu de imediato nos continentes americano e europeu⁴ em virtude do desfasamento existente entre o surgimento das primeiras constituições em sentido moderno e o reconhecimento do seu valor jurídico-normativo⁵; além disso, razões histórico-sociais e enquadramentos jurídico-dogmáticos diversos adiariam ainda mais a implementação do controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas no continente europeu⁶. Em última instância, esses fatores acabariam por influenciar diretamente a própria conceção deste tipo de controlo⁷.

Tradicionalmente, a doutrina distingue entre dois modelos de controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas, consoante a competência de controlo seja atribuída a vários órgãos judiciais ou a um único tribunal. Alude-se, respetivamente, ao modelo difuso ou estadunidense (*judicial review of legislation*) e ao modelo concentrado ou austríaco-kelseniano (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)⁸. Todavia, este último modelo foi logo submetido

⁴ Cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 175; Gustavo Zagrebelsky *apud* Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 7.

⁵ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 7.

⁶ Cf. *idem*, que atenta para o facto de, no continente europeu, o controlo da constitucionalidade ter sido inicialmente um controlo do tipo político (cf. *ibidem*, p. 17).

⁷ Neste sentido, Roberto Blanco L. Valdés, “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias”, in *Perspetivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 11-12; Diego López Garrido / Marcos Francisco Massó Garrote / Lucio Pegoraro (org.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 52.

⁸ Cf. Mauro Cappelletti, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, p. 35. Cf., ainda, Alexander von Brünneck, “Le Contrôle...”, p. 17; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 19; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 48. No entanto, esta classificação bipartida com base no critério subjetivo de controlo da constitucionalidade entre modelo difuso ou estadunidense e modelo concentrado ou austríaco-kelseniano é criticada por uma outra parte da doutrina, haja vista a sua incapacidade de abranger exaustivamente as características da diversidade de sistemas atualmente existentes. Para uma análise mais desenvolvida dessa crítica e a proposta de uma nova classificação, v. Alessandro Pizzorusso, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982, pp. 527-529, para quem a contraposição entre sistemas concreto e abstrato goza atualmente de maior relevância do que aquela entre sistemas difuso ou estadunidense e concentrado ou austríaco; Michel Fromont, *La justice...*, pp. 41-44, que distingue entre procedimento concreto e procedimento abstrato, embora denotando que na maioria dos casos aquele corresponde a um procedimento subjetivo e este a um procedimento objetivo; Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2004, pp. 8-9 e 131 e ss., que, embora afirme não pretender propor uma nova classificação, mas apenas diferenciar um conjunto plural de variáveis articuláveis entre si e existentes na maioria dos sistemas de controlo da constitucionalidade atualmente consagrados, apresenta uma divisão entre controlo da norma e controlo por ocasião de aplicação da norma, a qual, a nosso ver, não se trata mais do que uma divisão entre controlo abstrato e controlo concreto, respetivamente. Para uma defesa da utilidade da dicotomia clássica de modelos, v. Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade: Aspectos Processuais e Institucionais”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 626-628, para quem “mais [do] que a ritualística processual, a distinção entre os modelos situa-se basicamente em questões institucionais” (*ibidem*, p. 627).

a diversas e sucessivas adaptações no decurso do seu processo de difusão no continente europeu⁹, pelo que “talvez por isso seja hoje em dia mais comum ouvir-se falar em modelo europeu, abrangendo este todos os sistemas que se impuseram na maior parte dos países europeus e que partilham a sua inspiração no paradigma kelseniano, sem contudo ser uma mera cópia”¹⁰.

Neste contexto, o sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade destaca-se, ao menos no âmbito europeu, pela sua natureza mista, reunindo, de forma singular, as culturas jurídico-constitucionais estadunidense e austríaca num único sistema. Trata-se, portanto, de um sistema *sui generis* que, como tal, não deixa de suscitar problemas e soluções originais no plano prático jurisprudencial.

Sendo assim, a presente dissertação tem o escopo de traçar – sob a ótica da sua originalidade – o quadro geral do regime jurídico que enforma a fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal através de uma análise que terá como ponto de partida o texto da Constituição da República Portuguesa de 1976¹¹ e da Lei do Tribunal Constitucional¹² e como ponto de chegada – ao menos momentâneo – a prática jurisprudencial, passando, obviamente, pelo escrutínio da doutrina. Em poucas palavras, esta dissertação visa elaborar uma «radiografia» do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade, desde o direito positivado até à sua aplicação e concretização jurisprudencial.

A relevância do objeto de estudo proposto é patente se atentarmos para o facto de a fiscalização concreta da constitucionalidade constituir a atividade processual do Tribunal Constitucional com maior expressão quantitativa, contabilizando no ano de 2014 um total de 813 acórdãos e 848 decisões sumárias, o que representa, em termos relativos, mais de 90% da atividade daquele tribunal¹³. Tal relevância torna-se ainda mais visível se mencionarmos que, ainda hoje, o elevado número de acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional sobre questões processuais se deve ao não conhecimento de recursos por falta

⁹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 46.

¹⁰ *Ibidem*, p. 23.

¹¹ Doravante, «Constituição de 1976», «Constituição» ou, ainda, «CRP».

¹² Doravante, «LTC».

¹³ Cf. Relatório de Atividades de 2014 do Tribunal Constitucional, p. 7.

de pressupostos processuais, em especial por não ter sido suscitada, durante o processo e de modo adequado, uma questão de inconstitucionalidade normativa – maioritariamente por o recorrente questionar a «decisão» ao invés da «norma»¹⁴.

Convém, por último, precisar que o objeto de estudo aqui proposto está limitado à fiscalização concreta com fundamento em inconstitucionalidade, não obstante muito do que aqui se dirá também possa ser aproveitado em relação à fiscalização concreta da legalidade.

Quanto à estrutura da presente dissertação, o primeiro e o segundo capítulos dedicar-se-ão à análise histórico-dogmática e à caracterização estrutural dos modelos tradicionais ou puros de controlo jurisdicional da constitucionalidade – respetivamente, o modelo difuso ou estadunidense e o modelo concentrado ou austríaco-kelseniano, sem, contudo, olvidar das principais adaptações que este último modelo sofreu aquando da sua difusão no continente europeu a partir de meados do século XX.

Descrito o quadro geral dos modelos tradicionais ou puros de controlo jurisdicional da constitucionalidade, o terceiro capítulo ocupar-se-á, inicialmente, do processo de confluência daquelas duas culturas jurídico-constitucionais no âmago do sistema misto complexo português de controlo jurisdicional da constitucionalidade para, em seguida, proceder à caracterização, em termos gerais, da natureza mista do sistema português de fiscalização concreta, revelando a originalidade que lhe é ínsita.

Enfim, o quarto capítulo centrar-se-á no carácter «difuso» da fiscalização concreta da constitucionalidade, mais propriamente no «acesso direto dos juízes à Constituição» e no incidente de inconstitucionalidade, enquanto o quinto e último capítulo destinar-se-á ao exame do meio ou instrumento processual do recurso de constitucionalidade e das respetivas decisões do Tribunal Constitucional, ao que, por sua vez, corresponde o carácter «concentrado» da fiscalização concreta da constitucionalidade.

¹⁴ Cf. Relatório de Atividades de 2014 do Tribunal Constitucional, p. 8.

Capítulo 1

O modelo difuso ou estadunidense de controlo jurisdicional da constitucionalidade

1. Das raízes inglesas ao caso *Marbury v. Madison* (1803)

O território composto pelas treze ex-colónias inglesas no norte do continente americano – que inicialmente formariam os Estados Unidos da América – constituía um ambiente propício ao desenvolvimento e à consagração da *judicial review of legislation*¹⁵. Todavia, a ideia de hierarquia entre as fontes normativas e a consequente necessidade de controlo da conformidade existente entre elas têm as suas raízes mais imediatas no precedente judicial inglês estabelecido no caso *Bonham*, em 1610¹⁶. Nesta ocasião, o *Chief Justice* da *Court of Common Pleas*, Lord Edward Coke, formulou a doutrina segundo a qual cabia aos juízes ingleses a competência para garantir a supremacia normativa da *common law*, entendida, portanto, como a *higher law*¹⁷. Ainda que fora do contexto colonial¹⁸, a doutrina de Coke, como passou a ser conhecida, não se terá restringido ao território da metrópole, expandindo-se também para as colónias inglesas no norte do continente americano onde, mesmo após a Revolução Gloriosa de 1688 e a sua substituição pela doutrina da soberania (ou supremacia) do Parlamento, terá exercido uma influência bastante significativa sobre os colonos¹⁹.

¹⁵ Neste exato sentido, cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 25.

¹⁶ Cf. Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 410; Michel Fromont, *La justice...*, p. 7, que denota: “*il peut sembler paradoxal que l’Angleterre soit à l’origine d’une institution qu’elle n’a jamais acceptée pour elle-même*”; Nuno Rolo, “A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)”, in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. IV, n.º 1, 1999, p. 48; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, pp. 2-3. Sobre o contexto em que o caso *Bonham* se desenvolveu e o seu contributo para a teoria da garantia da constituição, v. Nuno Rolo, “A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)”, in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. III, n.º 1, 1998, pp. 65-69.

¹⁷ Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, pp. 63-65; Michel Fromont, *La justice...*, pp. 7-8; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 410; Carlos Blanco de Morais, *Justiça Constitucional*, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 275; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, pp. 2 e 4.

¹⁸ Faz esta observação, Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 27, nota 53.

¹⁹ Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, p. 65; Michel Fromont, *La justice...*, p. 8; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 276; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, pp. 2-3. Cf., também, Nuno Rolo, “A

Contrariamente ao sucedido em Inglaterra, esta última doutrina – prevalecente até aos dias atuais – não constituiu um obstáculo ao desenvolvimento e à consagração da *judicial review of legislation*²⁰. Isso porque a doutrina da soberania (ou supremacia) do Parlamento em relação aos demais poderes estabelecia, em termos da organização colonial inglesa, um sistema de hierarquia entre as fontes de direito de acordo com o qual as leis emanadas pelas colónias deveriam estar em conformidade com as suas respetivas Cartas coloniais²¹ e com as leis promulgadas pelo Parlamento inglês, cabendo ao *Privy Council* da Coroa o poder de controlo das decisões que não respeitassem essa hierarquia normativa²². Apesar de o parâmetro de controlo não ser ainda uma constituição, essa prática ter-se-á consolidado nas colónias inglesas no norte da América²³.

Com efeito, logo após proclamarem a independência, as treze ex-colónias inglesas no norte do continente americano trataram de substituir as suas antigas Cartas coloniais por novas constituições, as quais dispunham de um carácter rígido e, conseqüentemente, gozavam de um estatuto de *lex superiore*, tendo sido apenas uma questão de tempo até que a antiga prática de controlo da conformidade normativa fosse retomada pelos tribunais, só que, dessa vez, o parâmetro de controlo eram as constituições estaduais, o que se afigurava como um genuíno controlo de constitucionalidade²⁴. Entre os primeiros (e esporádicos) precedentes judiciais nesse sentido, a doutrina cita os casos *Holmes v. Walton*, julgado pela *Supreme*

fiscalização...”, 1998, p. 68, onde o Autor cita exemplos de decisões judiciais que demonstram o acolhimento da doutrina de Coke pelos colonos ingleses no continente americano, e 1999, p. 48.

²⁰ Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, p. 65.

²¹ Segundo Mauro Cappelletti, “*queste «carte», noi possiamo considerarle come le prime Costituzioni delle Colonie, sia perché erano vincolanti per la legislazione coloniale, e sia perché regolavano le strutture giuridiche fondamentali delle Colonie medesime*” (*ibidem*, p. 66).

²² Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, p. 66; Michel Fromont, *La justice...*, p. 8; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 27.

²³ Neste sentido, cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 27; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 3. Mauro Cappelletti cita como exemplos desta prática os casos *Winthrop v. Lechmere* (1727) e *Phillips v. Savage* (1737) (cf. “Alcuni...”, p. 66).

²⁴ Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, p. 67; Michel Fromont, *La justice...*, p. 9; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 27. Carlos Blanco de Morais assinala que, além da Constituição do Vermont, também a Constituição da Pensilvânia terá consagrado o *judicial review of legislation* (cf. *Justiça...*, I, p. 276). Neste sentido, Diego López Garrido (*et al.*) assevera que “*las constituciones de las trece colonias, convertidas en estados independientes, eran de carácter rígido y algunas de ellas disciplinaban institutos similares a los modernos tribunales constitucionales*” (*Nuevo...*, p. 417). Já em sentido divergente, Michel Fromont nega que as constituições estaduais tenham consagrado formalmente qualquer tipo de controlo da constitucionalidade (cf. *La justice...*, p. 9).

Court de Nova Jersey, em 1780, e *Commonwealth v. Caton*, julgado pela *Supreme Court* da Virgínia, em 1782²⁵.

Após a aprovação da Constituição federal de 1787²⁶ na Convenção de Filadélfia, os estadunidenses não tardariam em reconhecer a sua natureza de norma jurídica vinculante da atuação de todos os órgãos estaduais²⁷. Para tanto, a necessidade sentida nos primórdios do constitucionalismo estadunidense de estabelecer limites ao poder legislativo – considerado um poder mais perigoso do que o poder executivo – exerceria uma influência determinante na criação das condições de exigência daquele reconhecimento²⁸.

Subjacentes a essa necessidade estariam, por um lado, o receio dos estadunidenses em face dos abusos cometidos pelo Parlamento inglês²⁹ e, por outro lado, a própria concepção da separação de poderes, a qual, expressão da homogeneidade do tecido social estadunidense e da sua concretização institucional, possibilitava a legitimação democrática tanto do poder legislativo quanto do poder executivo, a qual provinha da mesma fonte, ou seja, da soberania popular³⁰. Essa dupla legitimidade democrática de ambos os órgãos de direção política revelaria, afinal, a questão da compatibilização do respeito pelo princípio da maioria com a garantia dos direitos das minorias³¹. Consequentemente, esses fatores contribuíram para que o «acento tónico» do constitucionalismo estadunidense incidisse sobre a questão da limitação do poder legislativo, mais precisamente, da intervenção do poder judicial como

²⁵ Cf. Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, p. 67-68; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 27-28; Michel Fromont, *La justice...*, p. 9.

²⁶ Doravante, «Constituição federal».

²⁷ Cf. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, p. 11; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 52; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 26.

²⁸ Cf. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 18 e 22; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 55-56 e 59.

²⁹ Em termos comparativos, Maria Benedita Urbano afirma que, “curiosamente, este temor, que também ele era um resquício do passado colonial – pois os norte-americanos achavam que o parlamento inglês tinha demasiado poder e punha em causa os seus direitos e liberdades –, contrastava [conforme veremos] com a fê absoluta que os franceses depositavam no seu parlamento” (*Curso...*, p. 26).

³⁰ Cf. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 18-19, e 21; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 55-56 e 58.

³¹ Cf. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, p. 21; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 58. Sobre esta questão na doutrina constitucionalista estadunidense, v. Maria da Assunção Esteves, “Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995, pp. 128-129.

instrumento de controlo do poder legislativo a fim de se evitar eventuais abusos democráticos³².

No entanto, o «silêncio» da Constituição federal não tardaria em trazer à tona o problema da legitimidade dos tribunais federais para controlar a constitucionalidade do direito dos Estados federados e do direito federal³³. Relativamente ao controlo do direito dos Estados federados, a competência dos tribunais federais seria rapidamente deduzida do texto constitucional mediante a conjugação do § 1.º da secção 2 do seu artigo III³⁴, que define as competências judiciais, com o § 2.º do seu artigo VI³⁵, que consagra a *supremacy clause*³⁶. O mesmo, porém, não sucederia em relação ao direito federal, tendo a doutrina

³² Cf. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 22-23; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 59. Além disso, Miguel Galvão Teles denota que “a Constituição [federal] traduz um equilíbrio que se tinha encontrado entre as forças centrífugas, representadas pelos Estados, e a força centrípeta, representada pela União, e que era necessariamente instável. Tornava-se imperioso assegurar tal compromisso, fazendo respeitar as normas que o estabeleciam” (cf. “A concentração...”, p. 184).

³³ Cf. Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, vol. I, 3.ª ed., Foundation Press, New York, 2000, pp. 207-208; Maeva Marcus, “The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – And So What?”, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions* (ed. Eivind Smith), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995, p. 24; Michel Fromont, *La justice...*, p. 9; Dominique Rousseau, *La justicia constitucional en Europa*, trad. Isabel Ortiz Pica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 8; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 28; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 276. Segundo Maeva Marcus, “[...] *the framers had solid political reasons for omitting explicit provision for judicial review. Proponents of the Constitution did not want to bring the issue to the attention of states’ rights supporters*” (“The Founding...”, p. 25). No mesmo sentido, Dominique Rousseau afirma que “*esto no significa que los constituyentes de 1787 no lo quisieran, sino que las circunstancias políticas de entonces no permitían establecerlo con claridad y solemnidad*” (*La justicia...*, p. 8). Por sua vez, Laurence H. Tribe denota que “*the records of the Constitutional Convention itself suggest to at least some scholars that the Framers did not explicitly grant federal courts to the power of judicial review because they took that power for granted*” (*American...*, p. 212). É este também o entendimento de Maeva Marcus, expresso na seguinte afirmação: “[...] *I have no hesitation in asserting my belief that the Framers of the Constitution, and those on both sides of the ratification debate, fully understood that if the new government was to work as intended, federal judges would have to exercise the power of judicial review*” (“The Founding...”, p. 26).

³⁴ Artigo III, secção 2, § 1.º: “*The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; – to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; – to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; – to Controversies to which the United States shall be a Party; – to Controversies between two or more States; – between a State and Citizens of another State; – between Citizens of different States, – between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects*” (*The Constitution of the United States*). Note-se, porém, que a parte do texto sublinhada não corresponde ao original, tendo sido objeto de modificação pela Emenda Constitucional XI.

³⁵ Artigo VI, § 2.º: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding*” (*The Constitution of the United States*).

³⁶ Cf. Maeva Marcus, “The Founding...”, p. 25, para quem “[...] *it’s not too much to say that in the 1790s the power of the federal courts to exercise judicial review to assure the conformance of state laws to the U.S. Constitution and law was widely accepted*” (*ibidem*, 27); Michel Fromont, *La justice...*, p. 9-10, que, por sua vez, assevera: “*dans la pratique, dès 1795, des juridictions fédérales déclaraient nulles des lois d’État contraires à la constitution fédérale*” (*ibidem*, p. 10).

estadunidense, em especial Alexander Hamilton, com o seu *The Federalist* N.º 78, assumido um relevante papel na defesa da *judicial review of legislation* através da tese da superioridade hierárquica da Constituição federal, mesmo em relação ao direito federal³⁷⁻³⁸.

Sendo assim, não se afigura motivo de espanto que, em 1803, na célebre decisão do caso *Marbury v. Madison*, o *Chief Justice* da *Supreme Court*, John Marshall, tenha formalmente proclamado a supremacia normativa da constituição e a nulidade de qualquer norma infraconstitucional desconforme com ela, bem como o poder-dever dos tribunais de controlar a sua constitucionalidade³⁹⁻⁴⁰. Pela primeira vez na história constitucional

³⁷ Cf. Michel Fromont, *La justice...*, pp. 10-11; Maeva Marcus, “The Founding...”, p. 25; Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 24-28; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 60-64; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 28-29; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 276.

³⁸ De acordo com Maria Benedita Urbano, a atribuição de um valor de lei superior à Constituição federal resulta, “desde logo, pelo facto de ela ser concebida como o ato fundacional do Estado” (*Curso...*, p. 27). Neste sentido, Miguel Galvão Teles afirma que “[...] se houve Constituição que se aproximasse da forma ideal de um pacto, foi a Constituição americana. Resultou da decisão de treze Estados soberanos que atribuíram ao novo Estado parte da autoridade de que dispunham. A distinção entre poder constituinte e poderes constituídos era aqui muito clara: os órgãos federais detinham apenas a competência que lhes fora atribuída pelos Estados federados e por livre vontade destes” (“A concentração...”, p. 184). Já Carlos Blanco de Moraes parece entender que a superioridade da Constituição federal resultaria da conjugação da secção 2 do artigo VI (*Supremacy Clause*) com o § 1.º da secção 2 do artigo III (definição das competências judiciais) (cf. *Justiça...*, I, p. 277). No sentido do texto, Roberto L. Blanco Valdés conclui que “*la superioridad de la Constitución sobre la ley y la consiguiente obligación del juez de aplicar el ordenamiento a partir de esa consideración fundamental es una consecuencia ineluctable de su superioridad formal, es decir, de la supremacía política de fuente de procedencia de la Constitución, en una palabra, del hecho de que ésta emana del poder constituyente, un poder, por definición, superior a los poderes constituidos y, entre ellos, al poder legislativo que ejerce el parlamento*” (“La configuración...”, pp. 27-28; cf., também, Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 63-64).

³⁹ Foram estas as palavras do *Chief Justice* John Marshall que consagraram o controlo da constitucionalidade das normas (*judicial review of legislation*) nos Estados Unidos da América: “*It is also not entirely unworthy of observation that, in declaring what shall be the supreme law of the land, the Constitution itself is first mentioned, and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in pursuance of the Constitution, have that rank. Thus, the particular phraseology of the Constitution of the United States confirms and strengthens the principle, supposed to be essential to all written Constitutions, that a law repugnant to the Constitution is void, and that courts, as well as other departments, are bound by that instrument*” (*Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 [1803]). Sobre o contexto histórico-político em torno do caso e o viés político da decisão, v. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 30-36; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 48-49, nota 75; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 277-278; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1999, pp. 49-52; Dominique Rousseau, *La justicia ...*, pp. 8-9; Laurence H. Tribe, *American...*, pp. 212-213; René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, 4.ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2002, pp. 494-496. Para uma exposição do raciocínio jurídico-político subjacente à decisão do caso, v. Laurence H. Tribe, *American...*, pp. 208-209, nota 5.

⁴⁰ Neste preciso sentido, cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 28; Mauro Cappelletti, “Alcuni...”, pp. 67-68. Cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 279; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 49, nota 75; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 417; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, pp. 69-70. Segundo Mauro Cappelletti, “*se questa coraggiosa, ferma affermazione di John Marshall effettivamente ha iniziato in America e nel mondo qualcosa di nuovo e di importante, essa è stata però, nello stesso tempo, [...] non un gesto d'improvvisazione, ma anzi un atto maturato attraverso secoli di storia: storia non soltanto Americana, ma universale*” (“Alcuni...”, p. 68). Sobre a divergência na doutrina estadunidense acerca do papel do *Chief Justice* John Marshall na consagração do instituto da *judicial review of legislation*, v. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 29-30.

estadunidense, um tribunal federal julgava inconstitucional uma norma federal⁴¹. Essa decisão constitui, assim, o marco do reconhecimento e da difusão da *judicial review of legislation* nos Estados Unidos da América⁴².

2. Caracterização

No entendimento de Mauro Cappelletti, a «caraterística fundamental» – e, por isso, a mais distintiva – da *judicial review of legislation* consiste no seu carácter difuso⁴³. Com isso se pretende dizer que, sob o ponto de vista subjetivo, o poder-dever de controlo da constitucionalidade das normas não cabe exclusivamente a um único tribunal, mas antes a todos os tribunais que integram a organização judiciária estadunidense⁴⁴, independentemente de ser um tribunal estadual ou federal, inferior ou superior⁴⁵. Portanto, no modelo difuso ou estadunidense, qualquer tribunal é competente para apreciar e decidir sobre a constitucionalidade das normas⁴⁶.

Neste contexto, a *Supreme Court* desempenha uma função preeminente de controlo e unificação da jurisprudência dos tribunais inferiores em matéria de direito constitucional⁴⁷, atuando em última instância como tribunal de recurso das decisões dos supremos tribunais dos Estados federados ou dos tribunais federais, sempre que nelas estiver em causa a violação da Constituição Federal⁴⁸. Para tanto, é-lhe atribuída a competência de se

⁴¹ Cf. Michel Fromont, *La justice...*, p. 11; Laurence H. Tribe, *American...*, p. 207.

⁴² Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 9; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, pp. 69 e 70-71.

⁴³ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 37.

⁴⁴ Cf. *ibidem*, pp. 35-37.

⁴⁵ Cf. *ibidem*, p. 39; Michel Fromont, *La justice...*, p. 46; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 19. Relativamente ao sistema de repartição de competências judiciais em questões de direito constitucional instituído nos Estados Unidos da América, convém ressaltar que “aos tribunais dos estados federados compete a fiscalização da conformidade das leis autónomas com as constituições desses estados, sendo os supremos tribunais respetivos investidos no estatuto de instância superior de recurso para julgar esse tipo de litígios”, enquanto “aos tribunais federais (mormente aos tribunais federais de distrito e aos de segunda instância) compete o controlo da compatibilidade de todas as leis (federais ou federadas) com a Constituição federal [...]” (Jack C. Plano/Milton Greenberg *apud* Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, pp. 280-281).

⁴⁶ Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 9; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898.

⁴⁷ Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10.

⁴⁸ Cf. Jack C. Plano/Milton Greenberg *apud* Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 281; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 418.

pronunciar sobre os fundamentos de facto e de direito subjacentes às decisões recorridas⁴⁹, bem como de seleccionar os recursos que pretende apreciar e decidir, rejeitando aqueles que, porventura, não suscitem questões de inconstitucionalidade relevantes⁵⁰. Daqui resulta que, “*en efecto, el Tribunal Supremo no ostenta el monopolio de la judicial review, antes bien lo ejerce como el órgano del vértice del sistema judicial de los Estados Unidos*”⁵¹.

Consequentemente, sob o ponto de vista organizacional, adotou-se o modelo unitário de jurisdição, na medida em que não foram criados tribunais especiais situados fora da organização judiciária ordinária e especificamente competentes para apreciar e decidir as questões de inconstitucionalidade⁵². Por outras palavras, não há uma jurisdição constitucional autónoma, sendo todos os tribunais competentes para exercer o poder-dever de controlo da conformidade constitucional dos atos normativos⁵³.

Tratando-se de um controlo difuso ou desconcentrado, o procedimento de controlo da constitucionalidade inicia-se, em regra, com a alegação, a título incidental, de uma questão de inconstitucionalidade no âmbito de uma ação comum (civil ou penal) submetida à apreciação dos tribunais⁵⁴. Portanto, a inconstitucionalidade do ato normativo é invocada, por via de incidente ou de exceção, no decurso e a propósito de um processo concreto de carácter comum, sendo a questão de inconstitucionalidade discutida apenas quando se demonstre relevante para a decisão do caso em apreço⁵⁵. Logo, os tribunais, incluindo a

⁴⁹ Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10.

⁵⁰ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 19; Michel Fromont, *La justice...*, p. 47; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 418. Obviamente, esta faculdade de seleccionar os recursos – conhecida na prática por *limited grant of certiorari* – só ocorre quando a *Supreme Court* atua como jurisdição facultativa ou de apelação e não como jurisdição obrigatória. Neste sentido, cf. Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1999, p. 57.

⁵¹ Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 418. No mesmo sentido, Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 44.

⁵² Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 15.

⁵³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 896. Após assinalar que o modelo difuso ou estadunidense se estruturou em torno do princípio da unidade de juízos – “de acordo com este princípio, o intérprete final da Constituição deve ser o poder judicial, todo ele, não havendo portanto lugar a qualquer divisão ou separação estrutural entre o juiz de direito comum e o juiz de direito constitucional” –, Maria Lúcia do Amaral denota: “o que sucede, porém, é que esta separação estrutural entre questões de direito constitucional e questões de direito comum – inevitável pela própria ‘natureza das coisas’ – não impede que, sob o ponto de vista adjetivo, o sistema americano decorra de um princípio que postula a indistincção de juízos” (“Problemas da *Judicial Review* em Portugal”, in *Themis*, ano VI, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 71-72). Em breves termos, podemos concluir que, no modelo difuso ou estadunidense, a distinção entre questões de inconstitucionalidade e questões de direito ordinário não se consubstancia numa distinção de jurisdições.

⁵⁴ Cf. Paul G. Kauper *apud* Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 54; Dominique Rousseau, *La justicia...*, pp. 9-10. Apesar de geralmente associados, J. J. Gomes Canotilho observa que “é incorreto dizer-se hoje que o controlo por via incidental se identifica com o controlo difuso” (*Direito...*, p. 899).

⁵⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 899; Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 54.

Supreme Court, apreciam e decidem sobre a constitucionalidade de uma norma com base no contexto do litígio concreto submetido à sua apreciação⁵⁶. Por conseguinte, o *judicial review of legislation* distingue-se, sob o ponto de vista formal ou do modo de controlo, pelo seu carácter incidental e concreto⁵⁷. Em suma, “*la competencia para resolver las propias cuestiones de constitucionalidad de las leyes, corresponde, en términos generales y automáticamente, al mismo órgano judicial que debe conocer y decidir el caso concreto en el cual ha surgido el mismo problema de constitucionalidad*”⁵⁸. No modelo difuso ou estadunidense, “*la dimension constitutionnelle peut être présente dans tous les litiges et ne nécessite pas un traitement particulier*”⁵⁹.

Note-se ainda que, neste modelo, o controlo da constitucionalidade decorre num momento posterior à entrada em vigor do ato normativo cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada, por via incidental, no decurso e por ocasião de uma ação judicial comum⁶⁰. Sob o ponto de vista temporal, o controlo da constitucionalidade assume um carácter sucessivo ou *a posteriori*⁶¹.

Relativamente aos efeitos do controlo da constitucionalidade das normas, deve-se ter presente que se um ato normativo contrário à constituição – a qual, nas palavras do *Chief Justice John Marshall*, constitui “*the fundamental and paramount law of the nation*”⁶² – é absolutamente nulo (*null and void*), isto é, ineficaz desde a sua entrada em vigor (*ab origine*), então os tribunais limitam-se a reconhecer a nulidade preexistente do ato normativo, pelo

⁵⁶ Cf. Paul G. Kauper *apud* Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 54. “*De este modo, el tribunal, antes de entrar a juzgar concretamente el fondo del asunto, deberá examinar la ley para decidir si es o no constitucional y aplicable al caso concreto*” (Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10). Segundo J. J. Gomes Canotilho, “trata-se aqui de dar operacionalidade prática à ideia da *judicial review* americana: qualquer tribunal que tem de decidir um caso concreto está obrigado, em virtude da sua vinculação pela constituição, a fiscalizar se as normas jurídicas aplicáveis ao caso são ou não válidas” (*Direito...*, pp. 900-901).

⁵⁷ Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 9; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 899-901; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 53-54, apesar de este Autor não autonomizar o carácter concreto do controlo da constitucionalidade das normas. Note-se, contudo, que há casos em que o *judicial review of legislation* não assume estas características. Sobre estas exceções, v., resumidamente, Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 281.

⁵⁸ Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 54. No mesmo sentido, cf. Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles*, 3.^a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1986, p. 5; Maria Lúcia do Amaral, “Problemas...”, p. 72.

⁵⁹ Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 5 e, no mesmo sentido, embora por outras palavras, “Modèle américain et modèle européen de Justice Constitutionnelle”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, IV, Economica/Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1988”, p. 57.

⁶⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 901-902; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10.

⁶¹ Cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10.

⁶² *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

que a decisão de inconstitucionalidade goza de efeitos meramente declarativos e, por conseguinte, de eficácia *ex tunc*, ou seja, os seus efeitos produzem-se retroativamente⁶³. Ademais, o ato normativo julgado inconstitucional é desaplicado apenas no âmbito do caso concreto submetido à apreciação do tribunal, de modo que a decisão de inconstitucionalidade assume eficácia *inter partes*, é dizer, os seus efeitos estão limitados às partes no litígio concreto (efeitos particulares), impondo-se como caso julgado formal⁶⁴.

Contudo, a regra do precedente⁶⁵ e o princípio do *stare decisis*⁶⁶ atuam no sentido da generalização dos efeitos das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais supremos do Estados federados e pela *Supreme Court*, com a consequente vinculação dos tribunais inferiores àquelas pronúncias⁶⁷. Nesses casos, portanto, a decisão de inconstitucionalidade não se limita à mera desaplicação da norma ao caso concreto (eficácia *inter partes*), passando a assumir, mesmo que indiretamente, uma verdadeira e própria eficácia *erga omnes*⁶⁸. Ou seja, os efeitos da decisão de inconstitucionalidade extravasam o âmbito do caso concreto, generalizando-se. Por conseguinte, o ato normativo declarado

⁶³ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 66-67 e 71; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 904.

⁶⁴ Neste sentido, cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 67; Michel Fromont, *La justice...*, p. 47; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 10; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 19; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 903, que atenta para o facto de o ato normativo julgado inconstitucional e desaplicado ao caso concreto continuar em vigor, só podendo ser anulado, revogado ou suspenso pelos órgãos devidamente competentes para tal.

⁶⁵ “*In law a precedent is an adjudged case or decision of a court of justice, considered as furnishing a rule or authority for the determination of an identical or similar case afterwards arising, or of a similar question of law. The only theory on which it is possible for one decision to be an authority for another is that the facts are alike, or, if the facts are different, that the principle which governed the first case is applicable to the variant facts*” (William M. Lile (*et al.*) *apud* Bryan A. Garner (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 9.^a ed., West, 2009, p. 1295). Nos sistemas de *common law*, um «precedente judicial» constitui, portanto, “*a decided case that furnishes a basis for determining later cases involving similar facts or issues*” (Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, p. 1295).

⁶⁶ *Stare decisis* é uma expressão latina que significa “*to stand by things decided*” (Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, 2009, p. 1537). Neste sentido, William M. Lile (*et al.*) explica que “*the rule of adherence to judicial precedents finds its expression in the doctrine of stare decisis. This doctrine is simply that, when a point or principle of law has been once officially decided or settled by the ruling of a competent court in case in which it is directly and necessarily involved, it will no longer be considered as open to examination or to a new ruling by the same tribunal, or by those which are bound to follow its adjudications, unless it be for urgent reasons and in exceptional cases*” (*apud* Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, p. 1537).

⁶⁷ Cf. Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 419; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 41 e 67-68; Michel Fromont, *La justice...*, p. 47; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 20-21; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, pp. 281-282; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 44. No texto, tratamos especificamente do subprincípio do *vertical stare decisis*, segundo o qual “*a court must strictly follow the decisions handed down by higher courts within the same jurisdiction*” (Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, p. 1537).

⁶⁸ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 41; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 44; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1999, p. 58.

inconstitucional fica completamente privo de eficácia, tornando-se, então, uma «norma morta»⁶⁹.

Todavia, a questão da generalização dos efeitos das decisões dos tribunais supremos não deve ser sobrevalorizada, pois estes efeitos nem sempre se dão de forma assim tão linear⁷⁰. Isso porque a aplicação do princípio do *stare decisis* nos Estados Unidos da América comporta duas exceções importantes⁷¹. Por um lado, os tribunais supremos dos Estados federados e a *Supreme Court* não se encontram vinculados às suas próprias decisões⁷², não sendo de todo incomum a *Supreme Court* alterar a sua jurisprudência (*overruling*⁷³), o que ocorre principalmente no domínio constitucional, em razão do teor aberto das normas constitucionais e, conseqüentemente, do caráter dinâmico da interpretação das mesmas⁷⁴. Por outro lado, o princípio do *stare decisis* está limitado pelo princípio federalista, de modo que, nas matérias de competência estadual, aquele princípio apenas atua no âmbito da hierarquia judiciária de cada Estado federado e, conforme estabelecido em *Erie R. R. Co. v. Tompkins* (1938)⁷⁵, na jurisdição federal, quando esta deva aplicar um dado direito estadual⁷⁶.

Sendo assim, não nos parece correta a afirmação de que, através do princípio do *stare decisis*, os efeitos das decisões de inconstitucionalidade dos tribunais supremos dos Estados federados e da *Supreme Court* se converteriam, conforme o entendimento de Mauro

⁶⁹ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 41; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 419. No mesmo sentido, cf. Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, pp. 44-45, que cita Mauro Cappelletti.

⁷⁰ Neste sentido, cf. Hans Kelsen, “O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana)”, in *Jurisdição Constitucional* (rev. Sérgio Sérulo da Cunha), Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 307; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 21.

⁷¹ Cf. René David, *Os grandes...*, p. 490.

⁷² Cf. *idem*.

⁷³ Em termos legais, *overruling* significa “to overturn or set aside (a precedent) by expressly deciding that it should no longer be controlling law” (Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, p. 1213). Desse modo, “*overruling is an act of superior jurisdiction. A precedent overruled is definitely and formally deprived of all authority. It becomes null and void, like a repealed statute, and a new principle is authoritatively substituted for the old*” (John Salmond *apud* Bryan A. Garner (ed.), *Black’s...*, p. 1213).

⁷⁴ Cf. Laurence H. Tribe, *American...*, pp. 236-237 e 248-251; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p.21; Hans Kelsen, “O controle ...”, pp. 307-308. Segundo Laurence H. Tribe, “*it’s universally agreed that, perhaps paradoxically, overruling a decision construing an Act of Congress is a more drastic step than overruling a decision construing the Constitution – given the ability of Congress to undo the former kind of decision but not the latter*” (cf. *American...*, p. 239, nota 126).

⁷⁵ *V. Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64 (1938).

⁷⁶ Cf. René David, *Os grandes...*, p. 490. Este Autor denota que, “à parte as duas exceções indicadas, os Supremos Tribunais dos Estados, preocupados em não comprometer a segurança das relações jurídicas, apenas admitem com extrema dificuldade desvios na sua jurisprudência” (*ibidem*, p. 491).

Cappelletti, “*en una verdadera y propia eliminación de la norma inconstitucional, final y definitiva, válida para siempre y para cualquier otro caso*”⁷⁷.

Em suma, o modelo difuso ou estadunidense de controlo da constitucionalidade das normas (*judicial review of legislation*) organiza-se num modelo unitário de jurisdição e distingue-se pelo seu carácter difuso ou descentralizado, incidental, concreto e sucessivo, bem como pelos efeitos meramente declarativos das decisões de inconstitucionalidade, as quais gozam de eficácia *ex tunc* e, prevalentemente, *inter partes*.

⁷⁷ Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 41.

Capítulo 2

O modelo concentrado ou austríaco-kelseniano de controlo jurisdicional da constitucionalidade

1. Do «reino da lei» à construção teórica de Hans Kelsen

Diversamente do sucedido no constitucionalismo estadunidense, a superioridade hierárquica da constituição e o seu valor jurídico-normativo não se impuseram com a mesma brevidade no continente europeu, pelo que a implementação e a generalização do controlo jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos – e, de uma forma geral, da justiça constitucional – só viria a concretizar-se no decurso do século XX⁷⁸.

Isso porque, não obstante qualquer tentativa falhada de criação de um órgão incumbido de garantir a constituição⁷⁹, o alvorecer do constitucionalismo europeu revolucionário esteve marcado pela ideia de que as constituições consistiam em meros documentos políticos destinados a legitimar, organizar e fixar limites ao poder político (dimensão orgânica ou formal) – o poder legislativo, mas principalmente o poder executivo⁸⁰ –, tendo este entendimento perdurado durante todo o século XIX até ao início do século XX, com o culminar da crise do Estado Liberal de Direito⁸¹. Para a manutenção desse *status quo*

⁷⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição e Justiça Constitucional”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, Coimbra, 2006, pp. 109 e 111; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 36; Jorge Miranda, “Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995, pp. 91-92, e *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição), 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 120-121. Na opinião de Louis Favoreu, “*le développement de la justice constitutionnelle est certainement l'événement le plus marquant du droit constitutionnel européen de la seconde moitié du XXe siècle. On ne conçoit plus aujourd'hui de système constitutionnel qui ne fasse à cette institution*” (*Les Cours...*, p. 3).

⁷⁹ José Manuel M. Cardoso da Costa alude à proposta de Sieyès – entretanto unanimemente rejeitada pela Convenção Constituinte que elaborou a Constituição francesa do ano III, promulgada em 22 de agosto de 1795 – de criação de um *jury constitutionnaire*, ao qual incumbiria a função de «guardar» a Constituição (cf. “Constituição...”, p. 112). Cf., também, Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 35-36; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 70-71.

⁸⁰ Conforme denota Miguel Galvão Teles, no continente europeu, “a intenção limitadora do poder político, que o processo constitucional desde o início revelou, referia-se antes de mais à autoridade do monarca” (“A concentração...”, p. 176).

⁸¹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 37; Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 11-12; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 52.

concorreram, sobretudo, razões de cariz político-dogmáticas⁸² e institucionais⁸³ prevaletentes neste período.

Corolário lógico da ideia ou noção de soberania popular e da sua concretização na doutrina da supremacia ou soberania do parlamento⁸⁴, a sacralização da lei constituiu um fenómeno que se impôs em quase todo o continente europeu em virtude da influência e da prevalência, desde a Revolução Francesa de 1789 até ao início do século XX, do dogma rousseauiano da sua infalibilidade⁸⁵, entretanto acolhido na primeira parte do artigo VI da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789: “*la loi est l'expression de la volonté générale*”⁸⁶. A lei, cuja função apenas consistia em regular as relações intersubjetivas, representava, assim, a expressão da vontade geral, sendo a sua elaboração confiada a uma assembleia de homens «livres» e «ilustrados» que compunham o parlamento,

⁸² Após sustentar que a verificação do pressuposto jurídico básico – entendido como a “noção da normatividade jurídica da Constituição e da sua supremacia ou superioridade hierárquica relativamente às demais fontes de direito” – não foi (e não é) suficiente para a implementação da justiça constitucional (particularmente no seu cerne, que é o controlo da constitucionalidade), José Manuel M. Cardoso da Costa afirma que “para tanto era (e é) ainda necessário um outro pressuposto, que poderemos designar como «político-constitucional» – e este não estava ainda efetivamente preenchido na fase inicial do constitucionalismo monista democrático e dele continuou arredado durante longo tempo” (cf. “Constituição...”, pp. 111-112). Antes de concluir no mesmo sentido, Miguel Galvão Teles faz o seguinte questionamento: “perguntar-se-á então como se explica que no Continente [europeu] se tenha por via de regra conferido rigidez às normas constitucionais. Pois, pela necessidade prática de assegurar a essas normas, que de qualquer modo eram fundamentais enquanto definiam a organização do Estado e o funcionamento dos órgãos do Poder, uma especial estabilidade. Em todo o caso, tenho sérias dúvidas sobre que à rigidez constitucional haja em regra correspondido, na Europa do século XIX, uma verdadeira supremacia hierárquica da Constituição sobre as leis”. E, continua o Autor, “com isto se compreende já que a França, em particular, e a Europa, em geral, hajam praticamente passado o século XIX – e até por vezes boa parte do século XX – sem um verdadeiro sistema de fiscalização do cumprimento das regras constitucionais pelo legislador” (“A concentração...”, pp. 178-179, respetivamente).

⁸³ Segundo Roberto L. Blanco Valdés, “[...] *la configuración del concepto de Constitución – de su valor – en Europa exige constatar las muy diferentes condiciones (coyunturales y estructurales) de partida: en esencia, la vigencia, en el momento en el que se produce el estallido de la Revolución, de las instituciones del Antiguo Régimen y, de forma muy especial en lo que aquí nos interesa, de las monarquías absolutas*” (“La configuración...”, pp. 28-29; cf., também, Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 64-65).

⁸⁴ De acordo com José Manuel M. Cardoso da Costa, a ideia ou noção de soberania popular está intimamente relacionada com a doutrina da supremacia ou soberania do Parlamento, pois se “o povo encontra diretamente a sua representação no Parlamento, cujos membros escolhe e elege”, então é compreensível “que haja sido só um passo para dessa noção se chegar ao postulado político essencial da «supremacia» parlamentar – se não, verdadeiramente, da «soberania» do Parlamento” (“Constituição...”, p. 112).

⁸⁵ Cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 8, que assevera: “*qu'elle s'appuie sur la tradition britannique ou sur l'héritage de la Révolution française, la souveraineté du Parlement, et donc de la loi, est un élément central de l'ordre juridique et politique*” (“Modèle...”, p. 53).

⁸⁶ Artigo VI: “*La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents*” (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789).

pelo que não haveria motivos para duvidar de que ela – a lei – não fosse o produto da razão e, conseqüentemente, a expressão de uma vontade racional única e exclusivamente determinada pelo interesse geral⁸⁷.

Neste quadro político-dogmático, a sacralização da lei promoveu ao posto de «soberano» outro órgão de poder – a dizer, o parlamento – que veio, então, substituir o monarca do *ancien régime*⁸⁸. Ora, continuando a haver um «soberano» no Estado, era natural que nenhum outro poder, designadamente o poder judicial, pudesse pôr em causa a soberania do parlamento⁸⁹, pelo que se impôs no continente europeu uma conceção da separação de poderes diversa daquela que, no mesmo período, viria a ser consagrada nos Estados Unidos da América⁹⁰. Desse modo, vedava-se qualquer tipo de interferência do poder judicial no poder legislativo, nomeadamente através do controlo jurisdicional da conformidade constitucional dos atos normativos emanados pelo parlamento⁹¹, pois em causa estavam o dogma da soberania (ou supremacia) do parlamento e o princípio da separação de poderes⁹². Assim, ao mesmo tempo em que encontrava o seu apogeu no voto parlamentar da lei, a

⁸⁷ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 113; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 176; Jorge Miranda, “Nos dez...”, pp. 91-92, e *Manual...*, VI, p. 120. Portanto, “nos primórdios do constitucionalismo moderno, a lei do parlamento era sagrada e simbolizava a derrota do poder absoluto dos monarcas e, com isso, o fim do arbítrio” (Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 38). Por sua vez, Louis Favoreu denota que “*aux États-Unis, la Constitution est sacrée; en Europe c’est la loi qui est sacrée*” (*Les Cours...*, p. 8). No mesmo sentido, Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, p. 28; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 64.

⁸⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 113; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 177-178.

⁸⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 113.

⁹⁰ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 53; Jorge Miranda, “Nos dez...”, p. 92, e *Manual...*, VI, pp.120-121. Em termos comparativos, Louis Favoreu denota que, “*alors qu’aux États-Unis, le contrôle de la régularité de la loi est au départ (c’est-à-dire à la fin du XVIIIe siècle) conçu comme une manière de limiter les pouvoirs de la puissance coloniale – car il s’agit de la loi anglaise – en Europe, au contraire, c’est le non-contrôle de la loi expression de la volonté générale qui est conçu comme une conquête de la démocratie face au pouvoir royal*” (“Modèle...”, p. 53).

⁹¹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 113; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 179, embora referindo-se especificamente ao caso francês.

⁹² Cf. Vital Moreira, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995, p. 179; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 179, embora referindo-se especificamente ao caso francês. Neste sentido, Nuno Rolo assevera que “em pleno século XIX, não era o princípio da constitucionalidade que imperava na proteção 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 fiscalização...”, 1998, p. 73).

garantia da constituição estava única e exclusivamente assente na autolimitação do legislador⁹³.

Tal «aversão» ao *judicial review of legislation* costuma ser ainda associada pela doutrina a outras duas razões.

A primeira está relacionada com a ideia de igualdade subjacente à lei, tendo também ela sido acolhida no já citado artigo VI da *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789⁹⁴. Com efeito, as desigualdades e os privilégios do monarca e da aristocracia constituíram o estopim reacionário que, logo à partida, instituiu a ideia de igualdade diante da lei como um dos lemas da Revolução Francesa de 1789⁹⁵. Por conseguinte, qualquer aplicação desigual da lei representaria uma injustiça que não deveria ser tolerada, sendo, justamente por isso, inaceitável a possibilidade de uma mesma lei poder ser aplicada por um juiz e desaplicada por outro porque considerada inconstitucional⁹⁶.

Já a segunda razão está associada à carência de legitimidade democrática por parte dos juízes para operar qualquer tipo de controlo que interferisse com o exercício do poder legislativo – este sim democraticamente eleito – ⁹⁷, ao que se soma o facto de sobre eles pairar uma suspeição generalizada em virtude de uma alegada subserviência aos monarcas⁹⁸ e de serem considerados tecnicamente inaptos para lidar com a textura aberta e o carácter programático das normas constitucionais⁹⁹.

⁹³ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 54; José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 113-114. Relativamente ao caso francês, Roberto L. Blanco Valdés denota que “*la primera manifestación fundamental del principio de la supremacía de la ley, y de su trasunto, el de la soberanía parlamentaria, se concretará en la creación de un instituto jurídico muy típico de toda la fase histórica de implantación en Francia del régimen constitucional: el conocido como référé législatif, así denominado porque en virtud del mismo se refería (remetía) al poder legislativo la facultad última para interpretar el texto oscuro de una ley*” (“La configuración...”, p. 32; cf., também, Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, p. 67). Sobre o instituto do *référé législatif*, v. Roberto L. Blanco Valdés, “La configuración...”, pp. 32-34; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 67-69.

⁹⁴ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 54.

⁹⁵ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 54; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 177.

⁹⁶ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 54.

⁹⁷ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 46-47; Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 8-9 e “Modèle...”, p. 55. Segundo este Autor, “*les juges continentaux européens sont des «juges de carrière» et en quelque sorte des fonctionnaires. Face à un Parlement tout-puissant ils n'osent pas affirmer ou faire prévaloir leurs conceptions du droit*” (“Modèle...”, p. 55). Especificamente sobre a repugnância em relação aos juízes em França e a preocupação em salvaguardar a supremacia ou soberania do parlamento, cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 179.

⁹⁸ Neste sentido, cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 38-39.

⁹⁹ “*La realidad nos muestra que las Constituciones modernas son algo bien diverso de las disposiciones ordinarias que los referidos juzgadores, que en su mayor parte han llegado al término de su larga carrera en magistratura, por decenios han estado habituados a interpretar, observar y hacer cumplir.*”

Ademais, a doutrina aduz outras razões de cariz institucional que podem ter contribuído para a rejeição do modelo difuso ou estadunidense de controlo da constitucionalidade pela maior parte dos países europeus, tais como a forma ou o sistema de governo parlamentar ou semiparlamentar¹⁰⁰, a inexistência de uma estrutura federal¹⁰¹ e a ausência de unidade de jurisdição¹⁰².

Note-se ainda que, num momento posterior àquele revolucionário, o pensamento jurídico veio a ser fortemente influenciado por uma conceção positivista que, reduzindo o «direito» à «lei»¹⁰³, acabou por não contribuir para o estabelecimento e a aceitação do valor jurídico-normativo da constituição e, por maioria de razão, do controlo jurisdicional da conformidade constitucional dos atos normativos¹⁰⁴.

Sendo assim, somente uma mudança drástica de paradigma poderia romper com o contexto político-dogmático-institucional então vigente no continente europeu, o que veio definitivamente ocorrer com o advento do Estado Social e a consequente superação da dicotomia Estado/sociedade¹⁰⁵, mais precisamente com as alterações radicais que se seguiram quanto à natureza e à função da lei¹⁰⁶, a qual deixou de exercer a mera função de objeto regulador das relações intersubjetivas para passar a ser também um instrumento de governo através do qual são definidas as políticas públicas, os seus objetivos e os seus meios¹⁰⁷. Desse modo, a lei transformou-se na expressão de uma vontade condicionada à sua

La Constituciones modernas no se limitan a establecer de manera estática aquello que es el derecho, sino sobre todo fijan directrices y programas dinámicos de acción futura” (Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 46).

¹⁰⁰ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 55, que afirma: “*il est vrai cependant que le «judicial review» fonctionne dans les États ayant un régime parlementaire; mais sans doute pas avec la même efficacité ou effectivité qu’aux États-Unis*”. Aqui está em causa a diferente conceção da divisão de poderes adotada nos dois continentes.

¹⁰¹ Cf. *idem*.

¹⁰² Cf. *idem*. Cf., também, Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 9, onde o Autor denota que “*le système de type américain ne fonctionne bien que là où il y a unité de juridiction [...]*”.

¹⁰³ Neste sentido, “a constituição [...] não pode ser mais do que uma simples lei positiva, apenas diferente das outras na sua pretensão de superioridade formal” (Rogério Ehrhardt Soares, “O conceito ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 119.º, ano 1986-1987, n.ºs 3743-3744, Coimbra, 1987, p. 70).

¹⁰⁴ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 114; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 37.

¹⁰⁵ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, pp. 114-115; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 180-181; Rogério Ehrhardt Soares, “O conceito...”, pp. 71-72; Jorge Miranda, “Nos dez...”, pp. 92-93, e *Manual...*, VI, p. 121; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 38.

¹⁰⁶ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 115; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 181; Jorge Miranda, “Nos dez...”, pp. 92-93, e *Manual...*, VI, pp. 121-122.

¹⁰⁷ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 115; Rogério Ehrhardt Soares, “O conceito...”, pp. 71-72; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 181.

função de prossecução das políticas públicas levadas a cabo pelo Estado social, o que implicou o desvio do eixo normativo-jurídico-social primário da lei para a constituição¹⁰⁸, finalmente reconhecida como a expressão dos valores e dos princípios de ordenação jurídica e político-social aceites pela comunidade, ou seja, como uma solução de compromisso¹⁰⁹.

Enfim, “eis como no constitucionalismo democrático europeu se criaram as condições para a emergência de uma justiça constitucional – incluindo aquele dos seus domínios que representa inquestionavelmente o seu núcleo central, e que é o do controlo judicial da constitucionalidade das leis. Na verdade, reconhecida a indispensabilidade e infungibilidade da dimensão jurídico-normativa da Constituição, não podia deixar de postular-se, como sua necessária decorrência, um instrumento eficaz da sua garantia, e esse instrumento – não podendo residir já simplesmente no voto parlamentar da lei – só podia naturalmente encontrar-se nos tribunais, ou num tribunal. Ou seja, só podia residir naquele mesmo tipo de garantia que é característica de qualquer norma jurídica”¹¹⁰.

Foi, contudo, após o fim da primeira guerra mundial que a necessidade de garantir as normas constitucionais começou a amadurecer e a ganhar expressão no continente europeu¹¹¹. E isso sobretudo porque, “*por primera vez un autor, Hans Kelsen, propuso una teoría del orden jurídico que no sólo fundaba y legitimaba jurídicamente el control de constitucionalidad, sino que además lo convertía en el centro e incluso en el garante de la validez del conjunto del sistema jurídico, ya que sin ese control la garantía de regularidad, es decir, de la imputación de una regla a una norma superior, piedra angular de la teoría kelseniana, no podría asegurarse. Sin el control de constitucionalidad, ¿la pirámide se derrumbaría?*”¹¹².

¹⁰⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, pp. 115-116; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 181-182.

¹⁰⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, pp. 115-116; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 181-182; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 38.

¹¹⁰ José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 116.

¹¹¹ Cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 182; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 73.

¹¹² Dominique Rousseau, *La justicia...*, pp. 12-13. Neste sentido, José Manuel M. Cardoso da Costa assevera que, de acordo com a tese de Hans Kelsen – baseada na conceção normativa da constituição e do seu entendimento como norma suprema e fundamental, ressalvada a *Grundnorm* –, a justiça constitucional representa um resultado lógico ou «natural» da hierarquia piramidal do ordenamento jurídico (*Stufenlehre*) (cf. “Algumas reflexões em torno da justiça constitucional”, in *Perspetivas do Direito no início do século XXI, Studia Iuridica 41 (Colloquia – 3)*, Coimbra, 1999, p. 115).

Partindo da sua teoria da estrutura hierárquica da ordem jurídica e da ideia de regularidade das regras imediatamente subordinadas à constituição¹¹³, Hans Kelsen entendia que a anulação de um ato normativo inconstitucional representava a principal – porque a mais eficaz – garantia das normas constitucionais, pelo que uma constituição em que a garantia da anulabilidade estivesse ausente não seria plenamente obrigatória em sentido técnico¹¹⁴.

Sendo assim, se a garantia mais eficaz da constituição residia justamente na anulação da norma inconstitucional, então esta (a anulação) só seria viável se a questão fosse processualmente autonomizada através da atribuição da respetiva competência a uma jurisdição específica, ao invés de difusamente apreciada e decidida pelos tribunais ordinários, os quais somente poderiam desaplicá-la no caso concreto *sub judice*¹¹⁵. Logo, estaria justificada, por razões ligadas à eficácia da decisão de inconstitucionalidade, a instituição de uma nova instância, específica e autónoma em relação às demais¹¹⁶ – a saber, uma jurisdição ou um tribunal constitucional¹¹⁷.

¹¹³ Segundo Hans Kelsen, “a ideia de regularidade aplica-se a cada degrau [da hierarquia normativa], na medida em que se trata de uma aplicação ou de uma reprodução do direito. A regularidade não passa da simples relação de correspondência de um degrau inferior com um degrau superior da ordem jurídica” (“A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)”, trad. Ana Bela Cabral (rev. António de Araújo / Miguel Nogueira de Brito), in *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.ºs 20/21, janeiro/junho, 2011, p. 10.

¹¹⁴ Cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, pp. 18 e 29.

¹¹⁵ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, “Constituição...”, pp. 117-118.

¹¹⁶ Cf. *ibidem*, pp. 117 e 120. Além disso, este Autor atenta para o facto de a criação de uma instância específica e autónoma impor que ela se diferencie – em termos de composição, legitimação e estatuto – dos demais tribunais e ordens de jurisdição, em razão tanto do relevo ou incidência política das questões jurídico-constitucionais quanto da especificidade técnico-jurídica das mesmas associada à inaptidão dos juízes europeus para lidar com elas (cf. *ibidem*, pp. 118-120).

¹¹⁷ Neste sentido, Hans Kelsen assevera que “de todas as hipóteses de garantia da regularidade, é face à da garantia da Constituição que somos mais tentados a confiar a anulação dos atos irregulares ao mesmo órgão que os praticou. Mas é também neste caso que tal processo se mostra mais contraindicado, visto que a única forma de perspetivar de uma garantia eficaz da constitucionalidade – declaração da irregularidade por parte de um terceiro órgão e obrigação para o órgão autor do ato irregular de o anular – é neste caso impraticável, já que o Parlamento não pode, por natureza, ser obrigado de forma eficaz. [...] Não é pois com o Parlamento que devemos contar para realizar a sua subordinação à Constituição. É um órgão diferente deste, independente deste e, por conseguinte, independente de qualquer outra entidade estatal que deverá encarregar-se da anulação dos seus atos inconstitucionais – isto é, uma jurisdição ou um tribunal constitucional” (“A Garantia...”, p. 19).

Importa-nos, aqui, aludir brevemente à clássica polémica que se desenrolou no âmbito do constitucionalismo austríaco e alemão do final da década de 20 do século passado, mais precisamente a partir de 1929, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt acerca de qual deveria ser o órgão mais adequado para defender a constituição ou, por outras palavras, quem deveria ser o «guardião» da constituição. Segundo a conceção de Carl Schmitt, “não era a um tribunal (um tribunal que, ao cabo e ao resto, tinha de «fazer política») que podia cometer-se a «defesa» da constituição: dessa «defesa» haveria de ser incumbido, sim, um órgão político, com capacidade para, nas eventuais situações de crise, assegurar a concreta unidade do Estado expressa numa

Esta solução possibilitaria a Hans Kelsen esbater as duas objeções tradicionalmente suscitadas à consagração de um controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas no continente europeu: a incompatibilidade com a soberania do parlamento e o desrespeito pelo princípio da separação de poderes¹¹⁸.

Relativamente à primeira objeção, o jurista austríaco defendeu que, sem prejuízo de o conceito de soberania não se aplicar a um órgão estadual em particular, mas antes a toda a ordem estadual, era imperioso assumir que a legislação se encontra subordinada à constituição do mesmo modo que a jurisdição e a administração se encontram subordinadas àquela¹¹⁹, tendo concluído que “se, contrariamente a estas ideias, continuamos a afirmar a incompatibilidade da justiça constitucional com a soberania do legislador, é simplesmente para dissimular o desejo do poder político, que se exprime no órgão legislativo – em contradição evidente com o direito positivo – de não se deixar limitar pelas normas da Constituição”¹²⁰.

Já no que diz respeito à segunda objeção, a resposta de Hans Kelsen baseou-se na sua teoria do «legislador negativo»¹²¹, segundo a qual “anular uma lei é criar uma norma geral, pois a anulação de uma lei tem o mesmo carácter de generalidade que a sua elaboração, sendo apenas, por assim dizer, a elaboração com sinal negativo, ou seja, tem ela própria uma função legislativa”¹²². No entanto, a distinção entre elaboração e anulação de uma norma resultaria do carácter de «livre criação» presente na elaboração, mas já não na anulação, que se revela essencialmente através da aplicação das normas constitucionais e encontra-se totalmente vinculada à constituição¹²³.

determinada Constituição, é dizer, assegurar uma concreta e determinada «decisão constituinte» (José Manuel M. Cardoso da Costa, “Algumas...”, pp. 115-116). Já Hans Kelsen, partindo do entendimento de que “nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria” (“Quem deve ser o guardião da Constituição?”, in *Jurisdição Constitucional* (rev. Sérgio Sérulo da Cunha), Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 240), defendia que a garantia da constituição deveria ser atribuída a um tribunal independente e especificamente instituído para, entre outras competências, controlar a constitucionalidade dos atos jurídicos emanados pelos poderes legislativo e executivo (cf. *ibidem*, pp. 247-248). Para uma análise mais desenvolvida da polémica entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, v. Hans Kelsen, “Quem deve...”, pp. 237-298; José Manuel M. Cardoso da Costa, “Algumas...”, pp. 114-117; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 39-41; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 39-43.

¹¹⁸ Cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, p. 19; Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 12.

¹¹⁹ Cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, p. 19.

¹²⁰ *Idem*.

¹²¹ Neste sentido, cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 13.

¹²² Hans Kelsen, “A Garantia...”, p. 19.

¹²³ Cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, p. 20.

Em face do exposto, atribui-se a Hans Kelsen o desenvolvimento teórico de um novo modelo de controlo jurisdicional da constitucionalidade das normas, oposto ao modelo difuso ou estadunidense e cuja primeira (e mais pura) expressão foi consagrada na Constituição austríaca de 1 de outubro de 1920¹²⁴, entretanto aperfeiçoada pela reforma constitucional de 1929¹²⁵.

2. Caracterização

Influenciada pela construção teórica de Hans Kelsen¹²⁶, a Constituição austríaca de 1920 instituiu – na linha dos precedentes germânicos do instituto mais restrito dos tribunais de Estado, em particular do Tribunal Imperial austríaco, criado em 1867¹²⁷ – um Tribunal Constitucional com a função de garantir ou «guardar» a Constituição¹²⁸, sendo-lhe, para o

¹²⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 14; Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 5; Victor Ferreres Comella, “The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?”, in *I-CON*, vol. 2, n.º 3, Oxford University Press/New York University School of Law, 2004, p. 461. Note-se que, segundo Louis Favoreu, a primeira constituição europeia a criar um tribunal constitucional foi a Constituição checoslovaca de 29 de fevereiro de 1920 (cf. *Les Cours...*, p. 4). Neste sentido, cf. Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 59, nota 6. Em sentido contrário, cf. Michel Fromont, *La justice...*, p. 18; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 14; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 186; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 289. Por sua vez, J. A. C. Grant denota que “when Austria provided for judicial review in her constitution of 1920, she could profit from more than a century and a quarter of American experience [...]” (“Judicial Review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920”, in *The American Political Science Review*, vol. XXVIII, n.º 4, agosto, 1934, p. 670).

¹²⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898.

¹²⁶ Neste sentido, cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 42; Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 5 e 31-32; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 14; Diego López Garrido (*et al.*), *Nuevo...*, pp. 419 e 421; José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 117, nota 6, e “Algumas...”, p. 115; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 40; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 186; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 291; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, pp. 58-59; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 17.

¹²⁷ Cf. Theo Öhlinger, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982, pp. 535-536; Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 11 e 31; Michel Fromont, *La justice...*, p. 18; José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 117, e “Algumas...”, p. 115. Sobre os Tribunais de Estado instituídos no espaço germânico a partir da segunda metade do século XIX, v., resumidamente, Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 288-289.

¹²⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, “Constituição...”, p. 117 e nota 6; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 42-43; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 185-186. No entanto, Louis Favoreu esclarece que “à la chute de la monarchie, une loi de l'Assemblée nationale provisoire en date du 25 janvier 1919 remplaçait le Tribunal d'Empire et une nouvelle loi du 14 septembre 1919 attribuait à la Haute Cour constitutionnelle ainsi créée le pouvoir de vérifier, avant publication, la conformité des lois votées par les assemblées provinciales sur recours du Gouvernement fédéral exercé dans un délai de quatorze jours à compter de la communication (obligatoire) des textes effectuée par le Gouvernement provisoire. Au cas de saisine, l'application de la loi était suspendue et la Haute Cour avait un mois pour statuer. C'est la Constitution

efeito, exclusivamente confiada a competência de controlo da constitucionalidade dos atos normativos¹²⁹. Desse modo, o modelo austríaco-kelseniano distinguia-se, sob o ponto de vista subjetivo, pelo carácter concentrado ou centralizado do controlo da constitucionalidade dos atos normativos, o que, no entendimento de Mauro Cappelletti, constituía a sua «caraterística fundamental» e, por isso mesmo, a mais distintiva¹³⁰.

Portanto, aos tribunais ordinários não cabia apreciar e decidir sobre a conformidade constitucional das normas, nem mesmo *incidenter tantum*, ou seja, com eficácia limitada ao caso concreto¹³¹, estando os juízes ordinários adstritos a aceitá-la, o que configurava uma verdadeira e própria «presunção absoluta de constitucionalidade»¹³². Estabelecia-se, assim, um duplo monopólio: por um lado, o do Tribunal Constitucional em relação às questões jurídico-constitucionais (e, claro está, as questões de inconstitucionalidade) e, por outro lado, o dos tribunais ordinários em relação a todas as demais questões jurídicas¹³³. Nestes termos, o modelo concentrado ou austríaco enquadrava-se, sob o ponto de vista organizacional, no modelo de separação de jurisdições, haja vista o controlo da constitucionalidade dos atos

du 1er octobre 1920 qui devait donner à la juridiction constitutionnelle sa forme définitive” (*Les Cours...*, p. 31).

¹²⁹ Cf. J. A. C. Grant, “Judicial...”, p. 671; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 42-43; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 19-20. Segundo José Manuel M. Cardoso da Costa, “na verdade, essa criação [do Tribunal Constitucional austríaco] teve antes a ver com a preocupação de garantir o sistema federal introduzido pela nova Constituição republicana, pós-imperial: assim o mostra o facto de, inicialmente, se contemplar apenas o controlo da constitucionalidade por iniciativa do Governo federal ou dos governos dos *Länder*, incidindo, respetivamente, sobre as normas emanadas por estes ou sobre a lei federal (algo, pois, que não deixa de fazer lembrar a tradição germânica da «justiça de Estado», agora *sub specie* do controlo normativo); só mais tarde veio o sistema de controlo a evoluir e a sua prática a consolidar-se – em particular após o fim da II Guerra, com o termo do interregno nacional-socialista e da ocupação – em termos de abranger também o da observância da Constituição material” (“Constituição...”, p. 118, nota 6). Sobre as competências do Tribunal Constitucional austríaco, em especial o controlo da constitucionalidade das normas, e a sua relação com o sistema federal instituído pela Constituição austríaca de 1920, v. Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, pp. 536-539.

¹³⁰ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 37.

¹³¹ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 43; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 20. Referindo-se ao modelo difuso ou estadunidense, Hans Kelsen assevera que “a desvantagem dessa solução consiste no facto de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição” (“O controle...”, p. 303). No mesmo sentido, cf. Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 13.

¹³² Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 43, onde o Autor denota que se trata de “*una presunción que, obviamente, no existe de ninguna manera en los sistemas que han adoptado el método del control «difuso» de la constitucionalidad*”.

¹³³ Cf. Maria Lúcia do Amaral, “Problemas...”, p. 74.

normativos estar concentrado num tribunal especificamente competente para as questões jurídico-constitucionais e institucionalmente separado dos tribunais ordinários¹³⁴.

Na sua formulação originária, a Constituição austríaca de 1920 estabelecia – para além da faculdade concedida ao Tribunal Constitucional de controlar *ex officio* a constitucionalidade das normas que aplica no âmbito dos processos constitucionais pendentes¹³⁵ – que apenas o Governo federal, quando estivessem em causa normas de direito estadual, e os Governos estaduais, quando estivessem em causa normas de direito federal, gozavam de legitimidade para impugnar a constitucionalidade dos atos normativos junto ao Tribunal Constitucional¹³⁶. Ora, estando o controlo da constitucionalidade concentrado numa jurisdição ou num tribunal constitucional e a legitimidade ativa restrita àqueles dois órgãos políticos, então, sob o ponto de vista formal ou do modo de controlo, a questão de inconstitucionalidade só poderia ser invocada por via principal ou de ação, isto é, através do exercício de uma ação específica para instaurar um processo constitucional autónomo, independentemente de qualquer processo concreto comum (civil, penal ou administrativo)¹³⁷. Logo, a questão de inconstitucionalidade era apreciada e decidida em abstrato¹³⁸, ao invés de em função de um caso concreto, pelo que não estava em causa a tutela de qualquer interesse subjetivo/privado¹³⁹. Sendo assim, o objeto de controlo da

¹³⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 896; Maria Lúcia do Amaral, “Problemas...”, pp. 72-73; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 15 e 44, que atenta para o facto de “que, embora esta não seja uma regra sem exceções, o modelo da separação [de jurisdições] teve mais facilidade em implantar-se em países onde já existia mais do que uma jurisdição (v. g., judiciária e administrativa)” (*ibidem*, p. 15).

¹³⁵ Cf. Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 541; Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 41-42.

¹³⁶ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 56-57; Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 538; Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 38; Hans Kelsen, “O controle...”, p. 315, onde este Autor justifica aquela solução com base no carácter federativo da república austríaca e na conseqüente necessidade política de reconhecer a plena igualdade entre a administração federal e as administrações estaduais no que diz respeito ao controlo da constitucionalidade dos atos normativos.

¹³⁷ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 55 e, em termos gerais, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 900. Assim sendo, Mauro Cappelletti conclui que “*en el sistema originalmente establecido por la Constitución austríaca, los jueces, excepción hecha de la Verfassungsgerichtshof (Corte Constitucional), no solamente no tenían ninguna facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, sino tampoco el poder de desaplicar las que estimaran inconstitucionales, ya que era terminante en este sentido el artículo 89, fracción I, de acuerdo con el cual: «Los tribunales no pueden realizar ningún control sobre la validez de las leyes regularmente publicadas» [...]»* (“El Control...”, p. 55). No mesmo sentido, cf. Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 541, onde acrescenta que “*agli organi giurisdizionali spettava solo – e spetta – la verifica della pubblicazione conforme di una legge*”.

¹³⁸ Nas palavras de Dominique Rousseau, “*el control se denomina «abstracto» cuando la crítica se dirige contra la propia norma y no contra su aplicación a una situación o caso concreto*” (*La justicia...*, p. 56).

¹³⁹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 20. De acordo com J. J. Gomes Canotilho, “o controlo abstrato de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo a «defesa da constituição» e do princípio da constitucionalidade através da eliminação de atos normativos contrários à

constitucionalidade consistia rigorosamente na conformidade entre duas normas, uma de valor superior (norma constitucional) e outra de valor inferior (norma infraconstitucional), não contemplando qualquer hipótese concreta de aplicação da norma cuja inconstitucionalidade se invoca¹⁴⁰.

Daqui resulta, ainda, que o controlo da constitucionalidade se distinguiu, sob o ponto de vista temporal, pelo seu carácter sucessivo ou *a posteriori*, na medida em que o mesmo era exercido somente após a entrada em vigor do ato normativo¹⁴¹.

Quanto aos efeitos do controlo da constitucionalidade, ressalta-se que a decisão de inconstitucionalidade tinha força anulatória¹⁴², pelo que o Tribunal Constitucional anulava uma norma que, até ao momento da decisão e não obstante a sua inconstitucionalidade, era considerada válida e plenamente eficaz¹⁴³. Consequentemente, a decisão de inconstitucionalidade gozava de efeito constitutivo¹⁴⁴, bem como de eficácia *ex nunc*, haja vista os seus efeitos operarem apenas *pro futuro*, com início a partir da declaração de anulação da norma inconstitucional (efeitos prospetivos)¹⁴⁵. Ademais, a decisão de inconstitucionalidade tinha, pelas razões que já expusemos, eficácia *erga omnes*, no sentido de que o ato normativo anulado era eliminado do ordenamento jurídico (efeitos gerais)¹⁴⁶.

constituição”, configurando-se, assim, como um processo objetivo, ao invés de subjetivo (cf. *Direito...*, p. 900). Note-se que, no entendimento de Hans Kelsen, “a maior diferença entre as Constituições americana e austríaca diz respeito ao processo pelo qual uma lei é declarada inconstitucional pelo órgão competente” (“O controle...”, p. 311).

¹⁴⁰ Cf. Michel Fromont, *La justice...*, p. 23; J. A. C. Grant, “Judicial...”, p. 676; Marina Gascón Abellán, “La justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 41, maio/agosto, 1994, p. 64; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 20 e 44.

¹⁴¹ Cf., em termos gerais, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 901-902; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 54.

¹⁴² Neste exato sentido, cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, pp. 19 e 26.

¹⁴³ Cf. Hans Kelsen, “O controle...”, p. 308; Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 66.

¹⁴⁴ Cf. Hans Kelsen, “O controle...”, p. 308; Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 66; e, de modo geral, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 904.

¹⁴⁵ Cf. Hans Kelsen, “A Garantia...”, p. 17, que justifica esta opção com fundamento no ideal de segurança jurídica; J. A. C. Grant, “Judicial...”, p. 676; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 66-67; Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 545; e, em termos gerais, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 904. Note-se que, de acordo com Carlos Blanco de Moraes, as decisões que declarassem a inconstitucionalidade de regulamentos não tinham eficácia *ex nunc*, constituindo uma exceção a esta regra (cf. *Justiça...*, I, p. 292).

¹⁴⁶ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 67; J. A. C. Grant, “Judicial...”, pp. 675-676; Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 545; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 903, onde o Autor afirma que “o controlo com eficácia *erga omnes* é próprio do controlo concentrado e corresponde ao exercício de uma *Verwertungskompetenz* («competência de rejeição»). O Tribunal Constitucional [...] afirma-se como «defensor da Constituição», «legislando» negativamente, ou seja, eliminando do ordenamento jurídico a norma inconstitucional”.

Em termos bastante sintéticos, “tratou-se de criar um tribunal especial com a função de controlar, de forma abstrata e concentrada, a constitucionalidade das leis, independentemente da existência de casos concretos submetidos aos tribunais onde se suscitasse a aplicação prática da lei impugnada como inconstitucional”¹⁴⁷ – o mesmo é dizer, a Constituição austríaca de 1920 instituiu uma verdadeira e própria «justiça constitucional autónoma» (*Verfassungsgerichtsbarkeit*)¹⁴⁸.

2.1. A reforma constitucional de 1929: a introdução do mecanismo do reenvio prejudicial

Todavia, o controlo da constitucionalidade consagrado no texto originário da Constituição austríaca de 1920 acabaria por se revelar deveras insuficiente, pois, na prática, estava limitado a garantir apenas a repartição constitucional de competências entre a Federação e os Estados, não constituindo sequer a obrigação de o Governo federal e os Governos estaduais instaurarem o processo de controlo da constitucionalidade, mas tão-só uma faculdade discricional de ambos os órgãos políticos¹⁴⁹. Sendo assim, a reforma constitucional de 1929 veio alargar a legitimidade para impugnar a constitucionalidade das normas a alguns órgãos judiciais ordinários, a saber, ao Tribunal Supremo (causas civis e penais) e ao Tribunal Supremo Administrativo¹⁵⁰.

Apesar de não lhes ter sido atribuída a competência de controlo da constitucionalidade das normas, ambos os órgãos judiciais superiores estavam, portanto, legitimados a invocar junto ao Tribunal Constitucional qualquer questão de inconstitucionalidade surgida a propósito de uma norma aplicável à decisão de um caso *sub judice*¹⁵¹. Por conseguinte, a questão de inconstitucionalidade deveria ser alegada por via de

¹⁴⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 894.

¹⁴⁸ Cf. *idem*.

¹⁴⁹ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 57, onde o Autor assevera: “*de esta manera, muchas leyes inconstitucionales podían escapar prácticamente al control de la Corte Constitucional austríaca*”.

¹⁵⁰ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 56; Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 542; Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 38; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 46; Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, p. 617.

¹⁵¹ Cf. J. A. C. Grant, “Judicial...”, p. 673; Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 39; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 57-58, onde o Autor em seguida atenta para o facto de o Tribunal Supremo e o Tribunal Supremo Administrativo estarem, por isso, obrigados a não aplicar as normas cuja constitucionalidade

incidente ou de exceção, isto é, no decurso ou por ocasião de um processo comum (civil, penal ou administrativo), contanto que a norma federal ou estadual objeto de controlo fosse pertinente à decisão do caso concreto submetido à apreciação do Tribunal Supremo ou do Tribunal Supremo Administrativo¹⁵².

Ora, essa relação de dependência entre a decisão da questão de inconstitucionalidade e a decisão do caso *sub judice* conduziu a que, nesses casos, o controlo da constitucionalidade levado a cabo pelo Tribunal Constitucional assumisse carácter concreto¹⁵³, o que não significava que, em termos processuais, o interesse subjetivo/privado

considerassem duvidosa antes de o Tribunal Constitucional ter decidido sobre a matéria. Por conseguinte, alguma doutrina sustenta que a reforma constitucional de 1929, apesar de não ter rompido formalmente com o monopólio do Tribunal Constitucional em relação ao controlo da constitucionalidade, ainda assim alterou o seu significado, reduzindo-o a um monopólio de rejeição de normas inconstitucionais, na medida em que tanto o Tribunal Supremo quanto o Tribunal Supremo Administrativo devem, antes de decidirem submeter ao Tribunal Constitucional uma dada questão de inconstitucionalidade, efetuar um prévio juízo de constitucionalidade (cf. Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, pp. 32-33). Daqui decorre que “*la cuestión de inconstitucionalidad implica siempre un doble juicio de constitucionalidad: uno provisorio y negativo, efectuado por el juez o tribunal que la suscita, y otro, definitivo y coincidente o no con aquél, que es el que lleva a cabo el Tribunal Constitucional*” (Francisco Rubio Llorente *apud* Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 33). Não obstante concordarmos com a existência de um duplo juízo de constitucionalidade, entendemos que o monopólio do Tribunal Constitucional relativamente às questões de inconstitucionalidade não se converteu num mero e simples monopólio de rejeição de normas inconstitucionais, haja vista aquele tribunal ainda ser o único competente para as decidir em termos definitivos.

¹⁵² Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 56. Especificamente em relação aos decretos, a legitimidade ativa cabia a qualquer tribunal. Neste sentido, cf. Hans Kelsen, “O controle...”, pp. 313-314.

¹⁵³ Embora referindo-se expressamente aos sistemas de justiça constitucional consagrados no pós-segunda guerra mundial, Alessandro Pizzorusso considera que “*la realizzazione di un sistema incidentale ma accentrato [...] è importante soprattutto perché vale ad attribuire carattere «concreto» anche al controllo eseguito dalle corti costituzionali quando giudicano su questioni di costituzionalità sorte nell’ambito di un giudizio civile, penale, ecc.*”. Isso porque, justifica o Autor, “*tale concretezza deriva dal rapporto di pregiudizialità – corrispondente alla «rilevanza» [...] della questione di costituzionalità – che viene a stabilirsi fra i due giudizi per il fatto che la norma che nell’uno costituisce oggetto del controllo di costituzionalità nell’altro svolge il ruolo della legge in base alla quale il caso deve essere deciso e che consequentemente lega la decisione della corte (anche quando sia dotata di efficacia erga omnes) ad una concreta fattispecie nell’ambito della quale la legge dichiarata incostituzionale aveva trovato o si prevedeva dovesse trovare applicazione*” (“I sistemi...”, pp. 525-526). Contudo, a atribuição de carácter concreto ao controlo exercido por via de incidente ou exceção não constitui um entendimento uniforme na doutrina. No sentido de um controlo concreto/incidental concentrado, cf., também, Tania Groppi, “Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell’esperienza italiana”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 124, referindo-se especificamente ao sistema de italiano de justiça constitucional; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 21-22; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 129, onde este Autor afirma que, “pensado inicialmente para exercer fiscalização abstrata, principal e por via de ação, a breve trecho (desde 1929, na Áustria e, depois, noutras Constituições) passou o Tribunal Constitucional a intervir na fiscalização concreta, mediante a subida obrigatória de incidentes de inconstitucionalidade provenientes de quaisquer tribunais (firmando-se, pois, uma comunicação entre eles)”. Em sentido próximo, cf. Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 39-40, para quem “*este carácter «concreto», contrapuesto a la «abstracción» ínsita en el carácter principal del control, sólo puede admitirse en un sentido impropio que se vincula con el planteamiento de la cuestión*”. Por sua vez, Michel Fromont entende que, nos casos em o Tribunal Constitucional é acionado para exercer o controlo da constitucionalidade por via incidental, “*la réponse donnée est principalement concrète puisqu’elle a pour seul objet de permettre la solution d’un litige opposant un particulier à un autre particulier ou à une autorité*

prevalecesse sobre o interesse objetivo/público, pois tanto o Tribunal Supremo quanto o Tribunal Supremo Administrativo atuavam apenas *ex officio*, não estando obrigados a conhecer as questões de inconstitucionalidade arguidas pelas partes no litígio concreto¹⁵⁴.

Mas esse não foi o único corolário da reforma constitucional de 1929. Sendo o controlo da constitucionalidade das normas exercido por via de incidente ou de exceção, a respetiva decisão de inconstitucionalidade não gozava de eficácia *ex nunc*, mas excecionalmente de eficácia *ex tunc*, ou seja, a declaração de anulação da norma inconstitucional passava a produzir efeitos retroativos¹⁵⁵. Esta força retroativa constituía, de acordo com Hans Kelsen, uma «necessidade técnica», pois sem ela os juízes do Tribunal Supremo e do Tribunal Supremo Administrativo não teriam nenhum interesse imediato e, por conseguinte, suficientemente relevante para impugnar a constitucionalidade dos atos normativos junto ao Tribunal Constitucional; logo, ao reenviarem uma questão de inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional, ambos os Tribunais Supremos deveriam fazê-lo com conhecimento de que, caso a norma fosse anulada, os seus efeitos se produziriam imediatamente sobre a sua própria decisão no processo concreto comum (civil, penal ou administrativo), o qual se encontrava suspenso até à decisão do Tribunal Constitucional¹⁵⁶. Note-se, ainda, que os efeitos retroativos da decisão de inconstitucionalidade estavam limitados ao caso concreto, isto é, a decisão de inconstitucionalidade gozava de mera eficácia *inter partes*, ao invés de eficácia *erga omnes*¹⁵⁷.

Sendo assim, constata-se que a reforma constitucional de 1929 modificou parcialmente o modelo concentrado ou austríaco, pois ao atenuar a excessiva limitação da legitimidade para impugnar a constitucionalidade das normas junto ao Tribunal

*publique, mais elle est aussi en partie abstraite dans la mesure où elle formulée par un juge qui n'a 'as à résoudre lui-même le litige concret' (La justice..., p. 59). Já Victor Ferreres Comella parece entender que se trata de um controlo inteiramente abstrato (cf., "The European...", pp. 463-465). No mesmo sentido, mas de modo mais assertivo, cf. Nuno Rolo, "A fiscalização...", 1999, p. 70, que fundamenta a sua posição com base na eficácia *erga omnes* (ao invés de *inter partes*) das decisões de acolhimento de inconstitucionalidade dos tribunais constitucionais dos países onde o instrumento do reenvio prejudicial está consagrado.*

¹⁵⁴ Neste sentido, cf. Hans Kelsen, "O controle...", p. 314. No entanto, J. A. C. Grant denota que "*it will be noted that in no case could an action to test the validity of a law be brought in the Supreme Constitutional Court by a private citizen, although a petition by the Supreme Judicial Court or by the Supreme Administrative Court normally arose out of the arguments of a citizen or of his counsel before such court*" ("Judicial...", p. 673).

¹⁵⁵ Neste sentido, cf. Hans Kelsen, "A Garantia...", pp. 17 e 26; J. A. C. Grant, "Judicial...", p. 675; Theo Öhlinger, "La giurisdizione...", p. 545, nota 13; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 292.

¹⁵⁶ Neste exato sentido, cf. Hans Kelsen, "A Garantia...", pp. 27-28 e "O controle...", p. 315. Cf., ainda, Mauro Cappelletti, "El Control...", pp. 69-70; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 292.

¹⁵⁷ Cf. Mauro Cappelletti, "El Control...", p. 70.

Constitucional, ela relativizou a sua até então absoluta oposição ao modelo difuso ou estadunidense¹⁵⁸. Não obstante o significativo aperfeiçoamento do modelo originário de controlo da constitucionalidade¹⁵⁹, esta modificação não foi, porém, suficiente para esvair as críticas ao modelo concentrado ou austríaco, pois, conforme assevera Mauro Cappelletti, “*se debe hacer notar que, entre todos los órganos de la justicia civil, penal y administrativa, sólo los dos tribunales antes mencionados tienen reconocida su legitimación y todos los otros jueces deben, de manera irremediable, aplicar las leyes a los casos concretos sometidos a su juicio, sin posibilidad de evitar la aplicación, ni siquiera de aquellas leyes que los propios jueces consideren manifiesta o macroscópicamente inconstitucionales*”¹⁶⁰.

3. A difusão no continente europeu: o modelo concentrado ou europeu?

Não obstante as efémeras experiências no período entre guerras levadas a cabo pelas Constituições checoslovaca (1920-1938) e espanhola (1931-1939)¹⁶¹, foi somente após o término da segunda guerra mundial que o modelo concentrado ou austríaco de controlo da constitucionalidade das normas veio a ser amplamente consagrado no continente europeu¹⁶²,

¹⁵⁸ Neste sentido, cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 56-57, 63 e 70; Francisco Fernández, *La justicia...*, pp. 27-28, para quem “*no será necesario esperar la nueva concepción sustentada por los constituyentes europeos de la segunda posguerra, si bien a partir de este momento el proceso relativizador de los binomios precedentemente citados se acentuará de modo notable. En efecto, ya la muy relevante reforma constitucional austriaca de 1929 [...] agrietará la supuesta solidez de las diferencias binominales. A juicio de Cappelletti, que compartimos, tras la Novelle [a reforma constitucional de 1929], el sistema austriaco-kelseniano presenta ya un carácter híbrido*”.

¹⁵⁹ Neste sentido, cf. Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, p. 617 e, ao que tudo parece indicar, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898.

¹⁶⁰ Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 58. Note-se, porém, que a sucessiva reforma constitucional de 1975 alargou a legitimidade ativa a todos os órgãos judiciais que decidam em segunda instância (cf. Theo Öhlinger, “La giurisdizione...”, p. 542; Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 38-39; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 46; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 34), bem como a um terço dos membros do Parlamento (cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 38-39; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 292) e aos indivíduos quando os seus direitos tenham sido violados por uma norma federal e esta seja aplicável sem a intervenção de uma decisão judicial ou administrativa (cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 38 e 40).

¹⁶¹ Cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 4 e “Modèle...”, p. 52; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 186; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 58; Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 461, que cita, ainda, a Constituição do Liechtenstein de 1921.

¹⁶² Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 899; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 59; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 43-44 e “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências”, in *Separata da Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 7, n.º 2, *Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela*, 1998, p. 35; Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 461, onde o Autor assevera que “*today it is the prevailing model in Europe, particularly among the member states of the European Union*”. Fala-se, a esse propósito, de «vagas» ou fases de

tendo como paradigma de base o sistema inicialmente positivado na Constituição austríaca de 1920: “*una jurisdicción concentrada en un único Tribunal, separado del resto de los tribunales y llamado a pronunciarse sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total abstracción de los conflictos e intereses que subyacen tanto a las normas enjuiciadas como a los concretos casos de aplicación de las mismas*”¹⁶³.

Num primeiro momento – logo após o fim da segunda guerra mundial –, as memórias das atrocidades cometidas pelos regimes nazista e fascista certamente contribuíram para derrubar o dogma da sacralização da lei através do definitivo despertar de consciência de que a própria lei é suscetível de atentar contra os direitos, liberdades e garantias e, em última instância, violar a constituição¹⁶⁴. A partir desse momento, reconheceu-se a importância do caráter contramajoritário do controlo da constitucionalidade das normas e da justiça constitucional em geral¹⁶⁵.

Acrescenta-se, ainda, que o modelo concentrado ou austríaco se coadunou com a urgência, sentida em muitos países europeus após a segunda guerra mundial, em institucionalizar o controlo da constitucionalidade das normas, pois, diversamente do modelo difuso ou estadunidense, aquele é mais facilmente posto em efetivo funcionamento¹⁶⁶. Sendo assim, o exemplo mais paradigmático de implementação do modelo concentrado ou austríaco é a própria restauração, em 1945, da Constituição austríaca de 1920-29 – que não havia resistido à ocupação da Áustria pelos nacionais-socialistas¹⁶⁷,

implementação do controlo da constitucionalidade das normas e, em geral, da justiça constitucional no continente europeu. Sobre este ponto, v. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 4; Dominique Rousseau, *La justicia...*, pp. 14 e ss.; Mauro Cappelletti *apud* Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 56. Para uma classificação das diversas «vagas» ou fases do controlo da constitucionalidade não limitada ao continente europeu, v. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 55 e ss..

¹⁶³ Marina Gascón Abellán, “La justicia...”, p. 63. Segundo Carlos Blanco de Morais, o modelo concentrado ou austríaco “constituiu um paradigma para todas as constituições centradas no modelo de controlo sucessivo, por via principal, instituídos no período de pós-guerra”. No entanto, continua o Autor, “tratou-se de uma influência biunívoca, já que [conforme veremos adiante] o próprio modelo austríaco originário não deixou de ser ulteriormente marcado pela fisiologia específica do controlo de constitucionalidade das jurisdições que nele se inspiraram” (*Justiça...*, I, p. 292).

¹⁶⁴ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 56; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 59.

¹⁶⁵ Cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 14-15.

¹⁶⁶ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 56; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 59.

¹⁶⁷ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, p. 36; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, I, p. 292. De acordo com Hans Kelsen, a reforma constitucional de 1929 promoveu a alteração da forma de eleição dos membros do Tribunal Constitucional, os quais deixaram de ser eleitos pelo parlamento para passarem a sê-los pelo executivo, o que subsequentemente ocasionou a dissolução do Tribunal Constitucional e, em seguida, a eleição de novos membros, de modo que “este foi o início de uma evolução política que inevitavelmente levou ao fascismo, sendo responsável pelo facto de não ter havido resistência contra a anexação da Áustria pelos nazistas” (“O controle...”, pp. 306-307). Aquando da reforma constitucional de 1929, Hans Kelsen era ele

tendo sido suprimida em 1938¹⁶⁸ –, seguida da aprovação das primeiras constituições europeias do pós-guerra: as Constituições italiana de 1948 e alemã de 1949¹⁶⁹.

Num segundo momento – a partir da década de 70 do século XX –, verificou-se uma nova «vaga» de constituições europeias (e não só) a adotar o modelo concentrado de controlo da constitucionalidade, o que teve início, após a queda de regimes autoritários na Europa ocidental, com as Constituições portuguesa de 1976 e espanhola de 1978, e continuou, a seguir à queda do comunismo, nos países do leste europeu, designadamente com as Constituições húngara de 1989 e búlgara de 1991¹⁷⁰.

Alguma doutrina considera, porém, que ao longo da sua difusão no continente europeu, o modelo concentrado ou austríaco sofreu várias adaptações que provocaram, em maior ou menor medida, um afastamento dos sistemas de controlo da constitucionalidade implementados no continente europeu em relação ao modelo concentrado consagrado na Constituição austríaca de 1920-1929¹⁷¹ ou, melhor, uma aproximação ao modelo difuso ou estadunidense¹⁷².

Entre as diversas adaptações, realça-se, desde logo, a receção e o alargamento do mecanismo de reenvio prejudicial instituído pela reforma constitucional austríaca de 1929¹⁷³. Neste sentido, foram pioneiras as Constituições italiana de 1948 (embora o instituto

próprio membro do Tribunal Constitucional, tendo, no entanto, sido destituído das suas funções (cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 32).

¹⁶⁸ Cf. Louis Favoreu, “Modèle...”, p. 52.

¹⁶⁹ Cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 4; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 43; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 59. Sobre a especificidade da implementação do modelo concentrado pela Constituição francesa de 1958, v. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 43 e nota 65.

¹⁷⁰ Cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, p. 4; Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 59 e 61-62. Neste sentido, Fernando Alves Correia afirma que “tanto em Portugal, como em Espanha, o aparecimento do Tribunal Constitucional teve de aguardar a restauração e a consolidação do regime democrático (as quais ocorreram, verdadeiramente, em Portugal, com a Revisão Constitucional de 1982 e, em Espanha, com a entrada em vigor da Constituição de 1978 [por significativa influência do precedente histórico do «Tribunal de Garantias Constitucionais», instituído pela Constituição espanhola de 1931]. Isto comprova [conclui o Autor] que só em democracia é possível a existência de um Tribunal Constitucional ou mesmo uma jurisdição constitucional que tenha como objeto o controlo da constitucionalidade das leis” (“A justiça...”, p. 39; cf., ainda, *ibidem*, nota 12).

¹⁷¹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 46-47. Em sentido contrário, cf. Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, pp. 617-628.

¹⁷² Neste sentido, cf. Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 28.

¹⁷³ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 46; Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 58-60, especialmente p. 60, onde o Autor assevera que se trata de uma «notável aproximação» ao modelo difuso ou estadunidense de controlo da constitucionalidade das normas (*judicial review of legislation*). Em sentido divergente, cf. Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, pp. 618-619, para quem a introdução do mecanismo de reenvio prejudicial não implicou qualquer assimilação ao modelo difuso ou estadunidense, na medida em que não afetou o monopólio do Tribunal Constitucional relativamente ao controlo da constitucionalidade. Entendemos, porém, que tal aproximação não significa necessariamente a desnaturação

só tenha entrado em funcionamento a partir de 1956) e alemã de 1949, as quais alargaram a todos os juízes ordinários – e não só àqueles dos tribunais superiores – a legitimidade para reenviar as questões de inconstitucionalidade surgidas no decurso e a propósito dos casos concretos *sub judice*, de modo que os respetivos processos comuns (civis, penais ou administrativos) permanecessem suspensos até à decisão do Tribunal Constitucional¹⁷⁴. Evitou-se, assim, o defeito patente no modelo austríaco originário e somente parcialmente solucionado pela reforma constitucional de 1929, o que não significa, contudo, que se tenha menosprezado a enorme influência que esse modelo exerceu no continente europeu¹⁷⁵. Ao lado do controlo abstrato-principal-concentrado e da proibição de os tribunais ordinários (inferiores e superiores) decidirem sobre a conformidade constitucional das normas (controlo difuso)¹⁷⁶, os novos sistemas europeus de controlo da constitucionalidade

do modelo concentrado ou austríaco, o qual ainda conserva aquele que, a nosso ver, constitui o seu verdadeiro traço distintivo, é dizer, a concentração da decisão de constitucionalidade num único órgão jurisdicional, seja ele um órgão da jurisdição ordinária ou um órgão especialmente criado para o efeito.

¹⁷⁴ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 58-60. O mecanismo do reenvio prejudicial está também presente no ordenamento jurídico-constitucional de outros países europeus, tais como Espanha, Bélgica e Luxemburgo. Todavia, esse instituto não está consagrado em Portugal (conforme veremos no próximo capítulo) e em França. Neste sentido, cf. Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 465, nota 15. Relativamente ao caso austríaco, convém lembrarmos que a legitimidade para invocar a questão de inconstitucionalidade junto ao Tribunal Constitucional só foi alargada com a reforma constitucional de 1975, passando a abranger, entre outros entes, todos os tribunais que decidam em segunda instância. Sendo assim, Theo Öhlinger denota que, “*considerando d'altronde il fatto che è quasi sempre possibile un mezzo di impugnazione contro una sentenza giudiziaria di prima istanza, con questo provvedimento si aprirono possibilità praticamente illimitate di controllo sulla costituzionalità delle leggi che dovevano essere applicate*” (“La giurisdizione...”, pp. 542-543). Nos termos do disposto na atual redação do n.º 1 do artigo 140.º da Lei Constitucional Federal austríaca, “*the Constitutional Court pronounces on application by the Administrative Court, the Supreme Court, a competent appellate court or an independent administrative tribunal whether a Federal or Land law is unconstitutional, but ex officio in so far as the Court would have to apply such a law in a pending suit. It pronounces also on application by the Federal Government whether Land laws are unconstitutional and likewise on application by a Land Government, by one third of the National Council's members, or by one third of the Federal Council's members whether Federal laws are unconstitutional. A Land constitutional law can provide that such a right of application as regards the unconstitutionality of Land laws lies with one third of the Diet's members. The Court pronounces furthermore whether laws are unconstitutional when an application alleges direct infringement of personal rights through such unconstitutionality in so far as the law has become operative for the applicant without the delivery of a judicial decision or the issue of a ruling [...]*” (*Austrian Federal Constitutional Laws*).

¹⁷⁵ Neste preciso sentido, cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 58-59.

¹⁷⁶ Cf. *ibidem*, pp. 59 e 61, embora referindo-se especificamente aos sistemas italiano e alemão de controlo da constitucionalidade. Note-se, contudo, que nestes sistemas ainda assim «abundam» elementos difusos, designadamente o controlo da constitucionalidade das normas infralegais exercido pelos tribunais ordinários. Mais desenvolvidamente, cf. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999, pp. 18-27. Convém ainda mencionar que o Luxemburgo não consagrou um controlo abstrato-principal-concentrado. Cf. Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 464 e nota 13.

desenvolvidos após a segunda guerra mundial ampliaram e consagraram, através do instituto do reenvio prejudicial, um controlo concreto-incidental-concentrado¹⁷⁷.

Em segundo lugar, menciona-se a substituição da mera declaração de anulação da norma inconstitucional e da conseqüente eficácia *ex nunc* das decisões de inconstitucionalidade pela declaração de nulidade com o correspondente efeito *ex tunc*¹⁷⁸. É o que se passa, em regra, com as decisões declaratórias de inconstitucionalidade dos Tribunais Constitucionais alemão¹⁷⁹ e italiano¹⁸⁰, por exemplo.

Por último, mas não menos importante, refere-se a possibilidade de o controlo da constitucionalidade das normas ser confiado a um tribunal supremo ou a uma sua secção especializada, ao invés de a uma jurisdição ou a um tribunal constitucional, conforme a conceção kelseniana¹⁸¹. Tal é o que sucede, nomeadamente, na Irlanda e na Grécia¹⁸².

Assim, diante das adaptações assinaladas, há quem entenda que atualmente se afigura mais apropriada a fórmula «modelo europeu», em detrimento de «modelo austríaco-kelseniano», para se referir àqueles sistemas de controlo da constitucionalidade que, apesar de terem as suas raízes no modelo desenvolvido por Hans Kelsen e consagrado na

¹⁷⁷ Cf. Alessandro Pizzorusso, “I sistemi...”, p. 525. A fórmula «controlo concreto-incidental-concentrado» também é utilizada por Maria Benedita Urbano (cf. *Curso...*, p. 22).

¹⁷⁸ Cf. Alessandro Pizzorusso, “I sistemi...”, p. 523. Divergentemente, Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, pp. 621-623, para quem se trata “de diferença sutil, de preponderância, de ênfase”, pois tanto o modelo difuso ou estadunidense quanto o modelo concentrado ou austríaco admitem, afinal, a coexistência de ambos os efeitos.

¹⁷⁹ Cf. Klaus Schlaich, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982, pp. 569 e 574; Alessandro Pizzorusso, “I sistemi...”, p. 523.

¹⁸⁰ Cf. Alessandro Pizzorusso, “I sistemi...”, p. 523; Tania Groppi, “Verso...”, p. 125, e “A justiça Constitucional em Itália”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.ºs 20/21, janeiro/junho, 2001, p. 72.

¹⁸¹ Cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, p. 46; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 898.

¹⁸² Cf. Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 462. Fora do espaço europeu, é também o caso do Brasil, Venezuela, El Salvador, Costa Rica, Paraguai e Equador, não obstante neste último país coexistirem, de modo bastante peculiar, uma secção especializada do tribunal supremo e um tribunal de garantias constitucionais (cf. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral: I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado (Lisboa, 10-14 de Outubro de 1995)”, in *Separata do Boletim Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 71/72, 1997, pp. 41-42). Especificamente sobre o Brasil, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 285.

Constituição austríaca de 1920-1929, não constituem uma sua simples e mera reprodução¹⁸³, mas antes um seu aprimoramento¹⁸⁴⁻¹⁸⁵.

¹⁸³ Neste sentido, cf. Maria Benedita Urbano, *Curso...*, pp. 23 e 47.

¹⁸⁴ Cf. Mauro Cappelletti, “El Control...”, pp. 63-64, para quem o modelo de controlo da constitucionalidade difundido pela Europa se afigura mais completo do que o modelo difuso ou estadunidense.

¹⁸⁵ Utilizando a denominação «modelo europeu», cf. Louis Favoreu, *Les Cours...*, pp. 3 e ss., e “Modèle...”, p. 52; Dominique Rousseau, *La justicia...*, p. 7; Francisco Fernández Segado, *La justicia...*, p. 6; Roger Stiefelmann Leal, “A Convergência...”, p. 615, não obstante estes dois últimos Autores utilizarem a denominação «europeu-kelseniano»; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 190-191. Diversamente, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 898-899, que se mantém fiel à denominação «sistema concentrado ou austríaco», não obstante a grande variedade de subtipos que este modelo comporta.

Capítulo 3

A fiscalização concreta no quadro do sistema misto complexo português de controlo jurisdicional da constitucionalidade

1. A confluência de culturas jurídico-constitucionais

O sistema de controlo jurisdicional da constitucionalidade atualmente consagrado na Constituição de 1976 “situa-se na confluência de duas culturas jurídico-constitucionais diferentes: a *judicial review of legislation*, dos Estados Unidos, e a *Verfassungsgerichtsbarkeit*, da Áustria”¹⁸⁶. Ademais, “Portugal é um dos países pioneiros e um dos mais caraterísticos exemplos de coabitação entre o «sistema americano» e o «sistema austríaco» de justiça constitucional”¹⁸⁷.

Por um lado, a influência da cultura jurídico-constitucional estadunidense ocorreu por intermédio do pensamento republicano-constitucional brasileiro¹⁸⁸, mais concretamente através da Constituição brasileira de 1891¹⁸⁹, a qual serviu de inspiração à sua congénere portuguesa de 1911¹⁹⁰, a primeira constituição europeia a consagrar expressamente o

¹⁸⁶ J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, julho, 1991, p. 363. No mesmo sentido, cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003, p. 815.

¹⁸⁷ Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 815.

¹⁸⁸ Neste preciso sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 363.

¹⁸⁹ V. o § 1.º do artigo 59 da Constituição brasileira de 1891. Note-se, porém, que, na sequência da proclamação da República no Brasil, o controlo jurisdicional da constitucionalidade foi logo consagrado na Constituição provisória de 1890, bem como, a seguir, no Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, que procedeu à organização da justiça federal. Todavia, o controlo difuso da constitucionalidade só veio a ser expressamente previsto na Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, que completou a organização da justiça federal. Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 914; Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, p. 44; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 133, embora referindo-se apenas ao Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890.

¹⁹⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 157; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 11; Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 192; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 316, e *Justiça Constitucional*, Tomo II (O direito do contencioso constitucional), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 595; A. Monteiro Diniz, “A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 200; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 76; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III (Organização do poder político; Garantia e revisão da Constituição; Disposições finais e transitórias), Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 49.

princípio do controlo jurisdicional da constitucionalidade¹⁹¹⁻¹⁹². Apesar da sua escassa efetividade¹⁹³, o controlo difuso, concreto e incidental introduzido pela Constituição de 1911 manteve-se durante a vigência da Constituição de 1933 – mas não sem algumas alterações de relevo¹⁹⁴ –, tendo ainda subsistido ao movimento revolucionário de 25 de abril de 1974 até ser consagrado na Constituição de 1976¹⁹⁵, onde atualmente se encontra previsto nos

¹⁹¹ Nos termos do artigo 63.º da Constituição de 1911, “o Poder Judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do Poder Executivo ou das corporações com autoridade pública, que tiverem sido invocados, apreciará a sua legitimidade constitucional ou conformidade com a Constituição e princípios nela consagrados”. Alguma doutrina sustenta, porém, que a ideia de submissão da lei ao controlo judicial já se mostrava anteriormente presente na consciência jurídica portuguesa. Por todos, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 913-914; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 156-157; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 596, nota 880. Cf., também, Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 49. Assim, J. J. Gomes Canotilho ressalta que, “não obstante a vincada influência do constitucionalismo francês no constitucionalismo português e do dogma, associado àquele, da preponderância do parlamento, o problema da fiscalização, pelos tribunais, dos «abusos legislativos» expressos em leis inconstitucionais, não deixou de colocar-se” (*Direito...*, p. 913). No entanto, tal problema passou a assumir maior intensidade a respeito dos denominados decretos ditatoriais, isto é, os decretos com força de lei emanados pelo Governo enquanto as Cortes estivessem dissolvidas (cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 156-157; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 49). Por último, contestando a originalidade desse instituto na história jurídico-política portuguesa, v. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 12.

¹⁹² Neste sentido, cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 192; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 11; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 49. Mais cautelosamente, cf. Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 77 e nota 35; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 316, e II, pp. 595-596, nota 880. No sentido de que a Noruega teria consagrado, embora não expressamente, o princípio do controlo jurisdicional da constitucionalidade durante a vigência da sua Constituição de 1814, cf. R. Slagstad, “The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System”, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions* (ed. Eivind Smith), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995, p. 81. De qualquer modo, certo é que “a primeira experiência de justiça constitucional na Europa foi, portanto, americana” (Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1999, p. 63).

¹⁹³ Cf. Jorge Miranda, “A Fiscalização da Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLII, n.ºs 244/246, julho/dezembro, 1993, pp. 169-170, “Nos dez...”, p. 93, e, ainda, *Manual...*, VI, pp. 155 e 159; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 12; A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, p. 200; Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 13; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 50; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 318 e 322-323, e II, p. 596.

¹⁹⁴ Ressalta-se o alargamento da competência para o exercício do controlo da constitucionalidade a todos os tribunais, não se limitando mais só aos tribunais judiciais, conforme previsto na Constituição de 1911. Além disso, os tribunais passaram a poder indagar *ex officio* a inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos, isto é, sem a necessidade de arguição por uma das partes. Apesar desses avanços, a Constituição de 1933 também conduziu a um retrocesso no regime do controlo jurisdicional da inconstitucionalidade, na medida em que excluiu da competência dos tribunais – e, por conseguinte, reservou à Assembleia Nacional – o conhecimento da inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas emanados pelos órgãos de soberania ou, de acordo com a redação estabelecida pela Lei n.º 1963, de 18 de dezembro de 1937, dos diplomas promulgados pelo Presidente da República, aos quais a Lei n.º 3/71, de 16 de agosto, ainda acrescentou as normas constantes de tratados ou outros atos internacionais. Cf. Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, p. 193 e nota 2; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 319-320, e II, p. 596; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 158; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 49-50 e 53; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 914-915; Guilherme Fonseca, “Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade: Breves noções”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984, p. 455, nota 1.

¹⁹⁵ Neste sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 11-12; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 158-159, e “Nos dez...”, p. 93; A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, pp. 200-201.

artigos 204.º e 280.º, neste último sob a epígrafe «fiscalização concreta da constitucionalidade»¹⁹⁶.

Por outro lado, a influência da cultura jurídico-constitucional austríaca só se realizou verdadeiramente com a Constituição de 1976, mais precisamente a partir da revisão constitucional de 1982, quando finalmente se procedeu à instituição de uma jurisdição constitucional autónoma, é dizer, o Tribunal Constitucional português¹⁹⁷⁻¹⁹⁸. Antes disso, porém, a revisão de 1971 de que foi objeto a Constituição de 1933 tinha aberto a possibilidade de realização de um controlo concentrado e abstrato, mas de natureza não jurisdicional, porque atribuído a um órgão político, a Assembleia Nacional¹⁹⁹. Do mesmo modo, o período imediatamente após o 25 de abril de 1974 caracterizou-se pela natureza não jurisdicional do controlo concentrado e abstrato, haja vista o seu exercício ter estado a cargo do Conselho de Estado e, posteriormente, do Conselho da Revolução, o qual, a partir da promulgação da Constituição de 1976, passou a ser coadjuvado pela Comissão

¹⁹⁶ Note-se que, diversamente da experiência obtida com as constituições anteriores, este modo de controlo tem-se revelado, no decurso da vigência da Constituição de 1976, um meio privilegiado de dinamização do direito constitucional, na medida em que tem contribuído para a criação de uma verdadeira e própria «consciência constitucional». Neste preciso sentido, cf. A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, p. 202. Referindo-se a um «enraizamento na consciência jurídica», cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 281-282. A atual relevância da fiscalização concreta pode ser comprovada pelo facto de ela ter correspondido a cerca de 95% de toda a atividade de fiscalização da constitucionalidade levada a cabo pelo Tribunal Constitucional em 2014, conforme resulta dos dados que constam do Relatório de Atividades de 2014 do Tribunal Constitucional, p. 7.

¹⁹⁷ V., em especial, o n.º 1 do artigo 160.º (que instituiu o Tribunal Constitucional entre as diversas categorias de tribunais) e o artigo 161.º (que estabeleceu as suas competências de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade) da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, que procedeu à 1.ª revisão constitucional.

¹⁹⁸ Neste último sentido, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 50; “Relatório Geral...”, p. 42 e “A justiça...”, p. 36; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 11.

¹⁹⁹ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 815-816; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 915; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 882. Aqui, terão sido relevantes as alterações efetuadas ao n.º 2 do artigo 91.º e ao artigo 123.º da Constituição de 1933. Note-se, ainda, que a alteração a este último artigo habilitava o legislador ordinário a concentrar a competência de fiscalização da constitucionalidade (não exclusiva da Assembleia Nacional) num ou nalguns tribunais, conferindo às respetivas decisões força obrigatória geral. Contudo, tal possibilidade nunca foi concretizada (cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 320). Sobre a até então proposta de revisão constitucional de 1971, v., mais desenvolvidamente, Miguel Galvão Teles, “A concentração...”, pp. 198 e ss..

Constitucional²⁰⁰⁻²⁰¹. Presentemente, a fiscalização abstrata da constitucionalidade – para usarmos a terminologia da Constituição de 1976 – está consagrada nos seus artigos 281.º e 282.º.

Em face da confluência de culturas jurídico-constitucionais assinalada, o sistema português de fiscalização da constitucionalidade goza, portanto, de uma natureza mista, haja vista consagrar tanto um controlo concreto, levado a cabo incidentalmente por todos os tribunais em relação às normas aplicáveis aos casos que tenham de decidir, quanto um controlo abstrato, de competência exclusiva do Tribunal Constitucional e exercido por via principal, independentemente da aplicação de uma norma jurídica a um caso concreto²⁰². Todavia, esta natureza mista do sistema português de fiscalização da constitucionalidade constitui apenas o seu traço dominante, na medida em que o constituinte de 1976 foi além daquela confluência de culturas ao acolher modos de controlo de outros sistemas, como a fiscalização preventiva (art.ºs 278.º e 279.º, CRP), consagrada na Constituição francesa de 1958, e a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º, CRP), prevista na

²⁰⁰ Em termos gerais e bastante resumidos, a Comissão Constitucional era um órgão de fiscalização que exercia funções híbridas, funcionando tanto como órgão consultivo do Conselho da Revolução no que tange à fiscalização abstrata quanto como órgão com competência decisória relativamente aos recursos de constitucionalidade interpostos das decisões dos tribunais. Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 882; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 816; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 915; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 13, onde o Autor denota que a competência decisória da Comissão Constitucional quanto aos recursos de constitucionalidade “não deixava, pois, de representar uma certa restrição ao tradicional poder de controlo das leis reconhecido aos tribunais portugueses”. Relativamente à concentração na Comissão Constitucional dos recursos de constitucionalidade interpostos de decisões dos tribunais, Jorge Miranda alude a uma “comunicação entre a fiscalização difusa e a concentrada” (*Manual...*, VI, p. 167).

²⁰¹ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 816; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 915; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 13, que, em seguida, conclui: “atenta a natureza dos órgãos em presença, não podia decerto ver-se no sistema descrito a expressão de uma jurisdição constitucional verdadeira e própria: mas estavam aí seguramente os seus pródromos, em particular na instituição da Comissão Constitucional e no papel que lhe era reservado. Não admira, pois que findo o período de transição constitucional imposto pelo poder político-militar, extinto o Conselho da Revolução, e estruturado plenamente o Estado segundo um padrão democrático, tal sistema tenha vindo a dar lugar à institucionalização daquela jurisdição, com a criação de um tribunal constitucional: foi o que ocorreu, como se começou por dizer, com a revisão constitucional de 1982, operada pela Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro” (*ibidem*, pp. 14-15). Igualmente relacionando a instituição do Tribunal Constitucional com a consolidação do regime democrático, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 50-51, e “A justiça...”, p. 39, onde se refere também ao caso espanhol; Jorge Miranda, “Nos dez...”, p. 94; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, p. 329.

²⁰² Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 50 e, comparando com outros sistemas, “Relatório Geral...”, pp. 44-45, e “A justiça...”, p. 40.

Constituição jugoslava de 1975²⁰³. Assim, alguma doutrina caracteriza o sistema português de fiscalização da constitucionalidade como um «sistema misto complexo»²⁰⁴.

2. A natureza mista da fiscalização concreta da constitucionalidade: uma solução original

Em termos gerais, a competência para exercer a fiscalização concreta da constitucionalidade é atribuída a todos os tribunais que, por iniciativa das partes²⁰⁵ ou officiosamente pelo próprio juiz, apreciam a eventual inconstitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos *sub judice* (art.º 204.º, CRP)²⁰⁶; porém, as decisões dos tribunais relativamente à questão de inconstitucionalidade são sempre suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional – o qual, por vezes, é obrigatório para o Ministério Público –, cabendo a este Tribunal decidir definitivamente a questão com efeitos limitados ao caso concreto subjacente ao recurso de constitucionalidade interposto (art.º 280.º, n.º 1, CRP)²⁰⁷⁻²⁰⁸.

²⁰³ Neste sentido, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 329-330.

²⁰⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 917-919. Em sentido próximo, cf. Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, pp. 74-75; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa / Miguel Nogueira de Brito, “As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias” (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002), in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, Lisboa, dezembro, 2002, p. 909.

²⁰⁵ Aqui, o conceito de «partes» é empregue num sentido mais amplo do que o seu sentido jurídico-processual, devendo-se entender por «parte» todo o interveniente no processo que disponha de legitimidade para tal (cf. António Rocha Marques, “O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional”, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 457).

²⁰⁶ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, pp. 820-821; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 982.

²⁰⁷ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 821.

²⁰⁸ Ao longo deste trabalho, utilizaremos as expressões «questão de inconstitucionalidade» e «recurso de constitucionalidade» em detrimento de «questão de constitucionalidade» e «recurso de inconstitucionalidade». Para além do argumento literal da sua expressa previsão na Constituição (art.º 280, n.º 4) e na LTC (art.º 71.º, n.º 1, entre outros), a expressão «questão de inconstitucionalidade» afigura-se-nos mais coerente tanto com o seu objeto, o qual consiste numa norma desaplicada por motivo de inconstitucionalidade ou aplicada não obstante a arguição da sua inconstitucionalidade, quanto com o teor da decisão do Tribunal Constitucional e dos demais tribunais sobre a questão, que se limitam a acolher ou a rejeitar a inconstitucionalidade (v., especificamente quanto ao Tribunal Constitucional, art.ºs 75.º-A, n.º 1, *in fine*, e 79.º-C, LTC). Já em relação ao meio ou instrumento processual de acesso ao Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, preferimos a expressão «recurso de constitucionalidade», pois, aqui, o termo

Daqui resulta, portanto, que o regime de fiscalização concreta da constitucionalidade se afigura «difuso na base e concentrado no topo»²⁰⁹, ou melhor, «difuso na origem e eventualmente concentrado no fim»²¹⁰, na medida em que, na senda da tradição republicana do constitucionalismo português, todos os juízes são plenamente competentes para controlar (leia-se: conhecer e decidir) a constitucionalidade das normas aplicáveis aos casos concretos submetidos a julgamento, embora o «monopólio da última palavra» caiba, em princípio, ao Tribunal Constitucional²¹¹. Tal solução demonstra nitidamente o caráter misto do regime de fiscalização concreta da constitucionalidade atualmente consagrado na Constituição de 1976²¹²⁻²¹³.

Esta «morfologia mista»²¹⁴ da fiscalização concreta não se reconduz inteiramente a qualquer um dos dois modelos tradicionais de controlo jurisdicional da constitucionalidade²¹⁵.

Do modelo difuso, o regime português de fiscalização concreta aproxima-se mediante o acolhimento da sua ideia fundamental expressa no reconhecimento a todos os tribunais da competência para controlar a constitucionalidade das normas aplicáveis aos

«constitucionalidade» é, no nosso entendimento, empregue apenas para demarcar a natureza jurídico-constitucional da matéria subjacente ao recurso, sem qualquer alusão direta ao seu objeto.

²⁰⁹ Assim, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 52; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha (Guatemala, Novembro de 1999): Relatório Português”, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000, p. 22; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 909.

²¹⁰ Assim, cf. Jorge Miranda, “A Fiscalização...”, p. 174.

²¹¹ Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 52, e “Relatório Geral...”, p. 87. Cf., ainda, António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 22; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 909.

²¹² Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 886; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 821; Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, p. 87; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 22; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 909. Em termos parcialmente coincidentes, cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 51. Diversamente, Nuno Rolo considera que o caráter «misto ou combinado» do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade advém, por um lado, da legitimidade atribuída a todos os tribunais para conhecer e decidir as questões de inconstitucionalidade suscitadas no caso *sub judice*, embora a última palavra caiba, eventualmente, ao Tribunal Constitucional, que a decidirá em concreto, e, por outro lado, da possibilidade, prevista jurídico-constitucionalmente, de a fiscalização concreta transformar-se, numa fase final, em fiscalização abstrata, designadamente na hipótese prevista no n.º 3 do artigo 281.º da CRP e no artigo 82.º da LTC (“A fiscalização...”, 1998, p. 81).

²¹³ Em razão da miscigenação dos dois modelos tradicionais dentro de um mesmo processo de fiscalização, Maria Benedita Urbano classifica o sistema português de fiscalização da constitucionalidade – tal como o brasileiro e, em diversa gradação, o alemão e o italiano – como um «modelo misto justaposto», em contraposição ao «modelo misto dual», no qual se verifica uma mera coexistência de ambos os modelos (cf. *Curso...*, pp. 22-23).

²¹⁴ Assim, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 597.

²¹⁵ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42.

casos concretos, desaplicando aquelas que julguem inconstitucionais²¹⁶. Todavia, dele se distancia, logo à partida, porque o ordenamento jurídico-constitucional português não concede valor jurídico obrigatório ao precedente judicial (regra do *stare decisis*), de modo que, em relação a uma dada questão de inconstitucionalidade, os tribunais comuns não se encontram vinculados ao sentido das decisões anteriormente proferidas pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta; ademais, no regime português, o Tribunal Constitucional afigura-se como uma instância essencialmente cassatória, revogando e mandando reformar as decisões dos tribunais recorridas nos casos em que dê provimento ao recurso, sem, contudo, julgar o mérito da questão de fundo subjacente ao processo principal (civil, penal, administrativo, etc.)²¹⁷.

Por sua vez, o regime português de fiscalização concreta assemelha-se ao modelo concentrado – atualmente dominante no direito constitucional comparado europeu²¹⁸ – em razão de estabelecer, através do instrumento processual do recurso de constitucionalidade, um princípio de concentração de competência no Tribunal Constitucional²¹⁹, o qual, nos termos do artigo 221.º da CRP, é o órgão especificamente competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Porém, afasta-se da sua essência na medida em que a concentração no Tribunal Constitucional não se dá por meio de um sistema de reenvio prejudicial²²⁰, mas antes, como já se disse, por meio de um sistema de recurso coerente com a competência atribuída a todos os tribunais portugueses para conhecer e decidir a questão de inconstitucionalidade suscitada no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo, etc.)²²¹; além disso, diversamente do que sucede no modelo

²¹⁶ Cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, p. 597; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42.

²¹⁷ Cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, p. 597.

²¹⁸ Neste sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42.

²¹⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, p. 597.

²²⁰ O mecanismo de reenvio prejudicial encontra-se previsto, por exemplo, na Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha, Itália e Luxemburgo (cf. Victor Ferreres Comella, “The European...”, p. 465, nota 15). Note-se, contudo, que o ordenamento jurídico-constitucional italiano comporta uma especificidade: se o juiz entender que a questão de inconstitucionalidade suscitada pelas partes é manifestamente infundada, ele pode indeferir a pretensão das partes e, portanto, precluir o julgamento da questão pelo Tribunal Constitucional italiano. Assim, Carlos Blanco de Morais considera que tal especificidade processual promove uma maior aproximação do ordenamento jurídico-constitucional transalpino ao modelo difuso, dado que ao juiz da causa compete não só conhecer a questão de inconstitucionalidade, mas também decidir o caso concreto quando o sentido da sua decisão seja favorável à não inconstitucionalidade do ato legislativo aplicável (cf. *Justiça...*, I, pp. 297-298).

²²¹ Fora do paradigma europeu, assinala-se, por exemplo, o caso do Brasil, que também adota um sistema de recursos (recurso extraordinário) a fim de possibilitar a intervenção do Supremo Tribunal Federal

concentrado, a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional português em sede de fiscalização concreta não goza de eficácia *erga omnes*, estando os seus efeitos limitados à mera desaplicação da norma inconstitucional no caso concreto²²²⁻²²³.

Assim sendo, o regime português de fiscalização concreta da constitucionalidade tem o condão de combinar a descentralização – característica do modelo difuso – e a concentração no topo – específica do modelo concentrado²²⁴. Desse modo, “diferentemente do que acontece com outros países dotados de tribunal constitucional em que as questões de [in]constitucionalidade suscitadas nos tribunais comuns não são decididas por estes, sendo diferidas diretamente ao Tribunal Constitucional, entre nós os tribunais comuns também têm acesso direto à Constituição, dispondo de competência plena para julgarem e decidirem as questões suscitadas; embora, diversamente dos sistemas de *judicial review*, as decisões dos tribunais da causa sejam recorríveis para um tribunal constitucional específico, exterior à jurisdição ordinária”²²⁵. Trata-se, portanto, de um sistema original de «repartição de competências» entre o Tribunal Constitucional e os demais tribunais²²⁶, em que a decisão destes sobre a questão de inconstitucionalidade representa uma «introdução necessária» ao

nos casos decididos em única ou última instância, quando a decisão recorrida (a) contrariar dispositivo constitucional, (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face de dispositivo constitucional e (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art.º 102, inciso II, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Cf., também, Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pp. 87-88.

²²² Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 598. No mesmo sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 941.

²²³ V., por exemplo, o que sucede na Alemanha, Áustria, Espanha e Itália (cf. Victor Ferreres Comella, “The European...”, pp. 463-464 e nota 13). Todavia, neste último país, somente as decisões de acolhimento de inconstitucionalidade gozam de eficácia *erga omnes*, já que aquelas de rejeição de inconstitucionalidade têm apenas eficácia *inter partes* (cf. Tania Groppi, “Verso...”, p. 124).

²²⁴ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 832.

²²⁵ *Ibidem*, p. 821. Em termos muito semelhantes, cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 886.

²²⁶ Neste preciso sentido, cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 831. Cf., também, António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 33.

recurso para o Tribunal Constitucional²²⁷. Aqui reside, afinal, a originalidade do regime português de fiscalização concreta da constitucionalidade²²⁸⁻²²⁹.

Em suma, o regime misto de fiscalização concreta da constitucionalidade, tal como estabelecido na Constituição de 1976 após a revisão constitucional de 1982, não se revê em qualquer modelo específico de direito comparado, sendo antes fruto original de um esforço de conciliação da tradição difusa, que remonta desde a Constituição de 1911, com um modelo concentrado, cuja influência já se notara por ocasião da revisão constitucional de 1971²³⁰.

²²⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 983.

²²⁸ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 821; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 886; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 917; Jorge Miranda, “A Fiscalização...”, p. 174; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 42; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 22. Já Nuno Rolo entende tratar-se, afinal, de uma «dupla originalidade» (“A fiscalização...”, 1998, p. 81). A nosso ver, a originalidade do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade reside nos caracteres difuso e concentrado que, em conjunto e simultaneamente, o distinguem e aproximam dos referidos modelos, não sendo, portanto, apropriada a expressão «dupla originalidade», mas tão-só «originalidade».

²²⁹ Para uma crítica ao regime português de fiscalização concreta da constitucionalidade, v. Maria Lúcia do Amaral, “Problemas...”, *passim*, em especial pp. 87 e ss., “Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, *passim*, em especial pp. 17 e ss., e “Justiça Constitucional e trinta anos de Constituição”, in *Themis: Revista de Direito*, ed. especial, Almedina, Coimbra, novembro, 2006, *passim*, em especial pp. 150 e ss. [v., também, in *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n.º 2, Renovar, Rio de Janeiro, abril/junho, 2006, *passim*, em especial pp. 399 e ss.]; Jorge Reis Novais, “Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in *Themis: Revista de Direito*, ano VI, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2005, *passim*.

Para uma defesa do nosso regime, v. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 983 e ss.; e, em breves termos, Maria Fernanda Palma, “Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional”, in *Themis: Revista de Direito*, ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2000, p. 30. Por todos, v. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 54-55, e, mais desenvolvidamente, Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 281-295. Este Autor, já há muito propenso ao sistema «europeu» de reenvio prejudicial, tem cada vez mais suavizado as suas críticas ao ponto de atualmente reconhecer “que o sistema misto, já com mais de 38 anos (contando o tempo da Comissão Constitucional), tem funcionado de modo globalmente positivo e que se tornou paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa. A introduzirem-se reformas de fundo na fiscalização da constitucionalidade há outras áreas em que elas se mostram mais prementes” (*ibidem*, p. 286). Para uma análise geral da fiscalização concreta em Portugal, v. Rui Medeiros, *A decisão...*, *passim*.

²³⁰ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 598, para quem a concentração da fiscalização concreta da constitucionalidade no Tribunal Constitucional se deve a duas razões: a primeira, de ordem lógico-sistemática, pois não seria coerente excluir o Tribunal Constitucional – em benefício do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Administrativo - do exercício da fiscalização concreta quando ao mesmo órgão compete o exercício da fiscalização abstrata preventiva (art.º 278.º, CRP), sucessiva (art.º 281.º, CRP) e por omissão (art.º 283.º, CRP); a segunda, de ordem processual, haja vista as vantagens em termos de economia processual e unidade jurisprudencial que advêm com a intervenção do Tribunal Constitucional na fiscalização concreta.

Capítulo 4

O caráter «difuso» da fiscalização concreta da constitucionalidade

1. O «acesso direto dos juízes à Constituição» (art.º 204.º, CRP)

A «norma constitucional chave»²³¹ e, portanto, o «ponto de partida necessário»²³² da fiscalização concreta da constitucionalidade é o artigo 204.º da CRP, o qual dispõe que “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”. Esta norma representa, antes de mais, a concretização de dois princípios estruturantes da ordem jurídico-constitucional portuguesa consagrados nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º da CRP, respetivamente, a subordinação do Estado à Constituição e a consequente exigência – como requisito de validade – de conformidade constitucional das leis e dos demais atos dos poderes estaduais e de quaisquer outras entidades públicas²³³.

Assim, além de estarem vinculados à Constituição, os tribunais atuam como garantes da sua prevalência ou primazia no ordenamento jurídico português por meio do exercício do direito-dever de exame da inconstitucionalidade das normas jurídicas aplicáveis aos «feitos submetidos a julgamento»²³⁴. Daqui advém, por conseguinte, a garantia da conformidade constitucional das decisões judiciais proferidas nos casos concretos²³⁵, o que, no ordenamento jurídico-constitucional português não só pressupõe que o juiz da causa examine a questão de inconstitucionalidade, como também que ele decida o caso *sub judice*

²³¹ Assim, Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 831.

²³² Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 244.

²³³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 518; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 63. Afinal, a vinculação constitucional dos poderes públicos e a conformidade constitucional dos atos jurídico-políticos constituem expressões do princípio da constitucionalidade em sentido amplo e restrito, respetivamente (cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 121-125).

²³⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 518. Em sentido organizatório fundamental, o princípio da fiscalização judicial da constitucionalidade expresso no artigo 204.º da CRP significa que “como garantes da constituição, os tribunais são todos iguais e todos têm o mesmo peso na fiscalização judicial da constitucionalidade” (*ibidem*, 519).

²³⁵ Ora, se uma norma materialmente, formalmente e/ou procedimentalmente desconforme com a Constituição é nula, então os juízes, antes de a aplicarem ao caso concreto *sub judice*, têm o direito e o dever de examinar se ela viola (ou não) as normas constitucionais (cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 983; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 940).

em consonância com o seu próprio juízo sobre a questão invocada²³⁶ (art.ºs 204.º e 280.º, n.º 1, CRP). Logo, no sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade, todos os juízes – sem qualquer exceção – são «juízes constitucionais»²³⁷, pois, para além do direito-dever de exame da questão de inconstitucionalidade, é-lhes ainda reconhecido o direito-dever de decisão no caso concreto, ao qual é inerente o direito-dever de desaplicação de normas jurídicas relevantes em caso de decisão de acolhimento de inconstitucionalidade²³⁸. Tal solução consubstancia a máxima expressão do princípio da primazia da constituição²³⁹.

Consequentemente, diz-se que os juízes ordinários têm «acesso direto à Constituição», dispondo de competência para, eles próprios, apreciarem e decidirem as questões de inconstitucionalidade porventura suscitadas no caso concreto submetido a julgamento²⁴⁰; esta competência, específica dos sistemas de *judicial review*, afigura-se, porém, como uma competência vinculada, haja vista estar condicionada a que a questão de inconstitucionalidade incida sobre normas jurídicas aplicáveis ao caso *sub judice*, recusando-se a aplicação daquelas julgadas inconstitucionais²⁴¹. Desse modo, quando o juiz

²³⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 519; António Rocha Marques, “O Tribunal...”, p. 457.

²³⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 519; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 244. O mesmo é dizer: “[...] todos os tribunais, sem exceção, são órgãos da justiça constitucional” (Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões”, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989, p. 942). Cf., também, J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 364; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 824; A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, p. 202; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 78; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 599; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 909. Note-se, porém, que os tribunais não se identificam com os juízes, na medida em que são órgãos complexos que englobam as funções de outros agentes (Ministério Público, advogados, oficiais de justiça, etc.) para além daquelas destinadas aos juízes; no entanto, há decisões e atos que somente estes últimos podem praticar e que compõem a assim denominada «reserva de juiz» (cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 506).

²³⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 519.

²³⁹ Neste sentido, cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 824.

²⁴⁰ Neste preciso sentido, cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 169/92 (salvo qualquer especificação em contrário, todos os acórdãos citados *infra* respeitam ao Tribunal Constitucional). Na doutrina, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 983, e “Fiscalização...”, p. 364, onde, em seguida, o Autor afirma que se trata, portanto, de “um verdadeiro sistema de *judicial review* e não de um sistema de «mero incidente» de inconstitucionalidade”; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 941; A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, p. 202; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 78; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 22. Subjacente à formulação do juízo de inconstitucionalidade está a liberdade decisória dos juízes – independentes e apenas sujeitos à lei (art.º 203.º, CRP) – associada ao princípio da irresponsabilidade pelas suas decisões – ressalvadas as exceções previstas na lei (art.º 216.º, n.º 2, CRP) –, o que significa que os juízes apreciam livremente a questão de inconstitucionalidade (cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 52).

²⁴¹ Neste preciso sentido, cf. Acórdão n.º 169/92. Cf., também, A. Monteiro Diniz, “A fiscalização...”, p. 203.

a quo desaplica uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade, tal decisão não exerce qualquer influência sobre a vigência abstrata da norma em causa, a qual continua em vigor e pode, inclusive, ser aplicada noutro processo, caso seja este o entendimento do tribunal competente²⁴². Por conseguinte, aos juízes ordinários é-lhes apenas vedada a declaração de inconstitucionalidade em termos abstratos e com efeitos gerais²⁴³.

Sendo assim, “o *quid specificum* do sistema de fiscalização concreta que vigora em Portugal reside, justamente, na competência decisória que, em sede de controlo da constitucionalidade dos atos normativos, incluindo os atos normativos hierarquicamente mais relevantes, é atribuída aos tribunais em geral”²⁴⁴. Portanto, “diferentemente do que sucede nos sistemas de tipo «austríaco» – em que, por via de regra, os tribunais comuns não dispõem do poder de recusar a aplicação de normas por inconstitucionalidade, devendo remeter ou reenviar para o Tribunal Constitucional as questões de [in]constitucionalidade que sejam suscitadas –, mas em conformidade com o sistema de *judicial review* americano, os tribunais portugueses decidem eles mesmos sobre a constitucionalidade das normas que são chamados a aplicar, afastando as que considerem inconstitucionais”²⁴⁵.

1.1. O problema da interpretação da referência a «tribunais»

Na ausência de uma definição por parte da Constituição, discute-se na doutrina e na jurisprudência a interpretação da referência do artigo 204.º da CRP a «tribunais» e,

²⁴² Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 829. Tendo a norma julgada inconstitucional sido desaplicada no caso concreto, então o juiz da causa deverá aplicar a norma que anteriormente regulava a matéria ou uma norma subsidiariamente aplicável ao caso ou, ainda, diretamente uma norma constitucional. No caso, porém, de não se verificar nenhuma das três hipóteses mencionadas, caberá ao juiz da causa, como *ultima ratio*, decidir o caso de acordo com os princípios hermenêuticos de integração-interpretação de normas jurídicas – art.ºs 8.º, n.º 1 e 10.º, Código Civil (doravante, «CC»). Contudo, em matéria penal e sancionatória em geral, deve-se ter em atenção o princípio constitucional da proibição de aplicação de pena mais gravosa do que a prevista na lei vigente no momento da conduta (art.º 29.º, n.º 4, CRP), pelo que, neste caso, a norma inconstitucional (norma penal mais favorável) servirá de limite ao alcance da aplicação da norma reprimida (cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 520; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 71 e 247).

²⁴³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 519.

²⁴⁴ Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 51.

²⁴⁵ Vital, Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 824.

transversalmente, a relevância que se deve atribuir à referência – também ela do mesmo artigo – a «feitos submetidos a julgamento»²⁴⁶.

Geralmente associado aos conceitos de «função jurisdicional» (art.º 202.º, n.º 2, CRP) e de «juiz» (art.º 216.º, CRP)²⁴⁷, tem-se entendido que «tribunais» para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade são “todos os órgãos jurisdicionais aos quais é atribuída, como função principal, a atividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à constituição e à lei”²⁴⁸. Todavia, tal definição suscita dois problemas prévios quanto à qualificação das autoridades judiciais, é dizer, o problema da natureza judicial do órgão e o problema da natureza jurisdicional da atividade que ele desenvolve²⁴⁹.

Desde logo, relativamente ao problema da natureza judicial do órgão, constitui entendimento pacífico que o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 204.º da CRP abrange todos os tribunais, independentemente da sua categoria na organização judiciária e ainda que a sua existência seja meramente facultativa (art.º 209.º, CRP)²⁵⁰. Naturalmente, o próprio Tribunal Constitucional – porque especificamente competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art.º 221.º, CRP) – também é destinatário da norma do artigo 204.º da CRP, conhecendo incidentalmente da inconstitucionalidade das normas que tenha de aplicar quando funcione como tribunal de instância no exercício de competências que a Constituição e a lei lhe atribuem para além da fiscalização da constitucionalidade (e da legalidade) das normas (art.ºs 223, n.º 1 e 277.º e ss., CRP)²⁵¹. Duvidoso é, porém, se o conceito de «tribunais» para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade no âmbito do artigo 204.º da CRP compreende certos órgãos

²⁴⁶ Por último e em sentido próximo, cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 56.

²⁴⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 506.

²⁴⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984. Cf., também, Acórdãos n.ºs 211/86 e 238/86.

²⁴⁹ Neste preciso sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984.

²⁵⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, p. 521; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 55; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 224-225 e 244; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984, e “Fiscalização...”, pp. 364-369; António Rocha Marques, “O Tribunal...”, p. 457; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 34; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 599.

²⁵¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 521; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 55; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 224 e 246. Todavia, este Autor considera que o Tribunal Constitucional também é competente para, ainda que no exercício de competências de fiscalização, conhecer a inconstitucionalidade tanto das respetivas normas processuais – na esteira de J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira – quanto de normas cuja ilegalidade, e apenas ela, tenha sido suscitada (cf. *Manual...*, VI, p. 246). Note-se, contudo, que J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira parecem atualmente desconsiderar aquela hipótese. Assim, comparar *Constituição...*, II, p. 521, e *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., 1993, p. 797.

independentes e imparciais não contemplados nas categorias de tribunais previstas no artigo 209.º da CRP (meros órgãos de composição de conflitos)²⁵²⁻²⁵³.

Já no que tange ao problema da natureza jurisdicional da atividade desenvolvida²⁵⁴, alguma doutrina entende que o imperativo do artigo 204.º da CRP – dever de recusa da aplicação de normas inconstitucionais – é extensível a todos os casos em que os «tribunais» apliquem normas infraconstitucionais, independentemente de exercerem ou não funções jurisdicionais, sendo este um corolário imediato do princípio da subordinação à lei e, por maioria de razão, à Constituição²⁵⁵. Em contrapartida, há quem considere que a fiscalização concreta da constitucionalidade se afigura indissociável da função jurisdicional, justificando tal entendimento com base no argumento literal do artigo 204.º da CRP («feitos submetidos

²⁵² Tal possibilidade foi reconhecida – embora, na nossa opinião, em termos vagos e inconclusivos – no Acórdão n.º 211/86, em que o Tribunal Constitucional admitiu interpretar extensivamente o atual artigo 204.º da CRP (e, igualmente, o n.º 1 do artigo 280.º) de modo a abranger, “para além dos atos jurisdicionais próprios, todos aqueles casos em que uma entidade imparcial, com estatuto de juiz, tenha de decidir um certo caso concreto que lhe foi apresentado para apreciação através da aplicação de normas jurídicas, devendo a decisão proferida ser acatada obrigatoriamente pelas partes ou entidades a que diga respeito”. Em sentido contrário à extensão do conceito de «tribunais» para efeitos do artigo 204.º da CRP, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 364, e *Direito...*, p. 984.

²⁵³ Controvérsia diferente, mas paralela, é a que se põe acerca da admissibilidade ou não de um controlo não jurisdicional da constitucionalidade das normas, principalmente por parte dos órgãos administrativos. Contudo, por razões ligadas à delimitação do tema da presente dissertação, esta não se nos afigura a seara ideal para abordarmos a questão, não obstante o particular interesse que ela nos suscita. Para uma análise geral da sua discussão na doutrina, v., por todos, Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 227-234; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 63-66. Mais desenvolvidamente, cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 149 e ss.. Relevante, para o que aqui se discute, é o entendimento segundo o qual, “em rigor, no que se refere à extensão do poder de rejeição das normas inconstitucionais, ao menos na perspectiva daqueles que admitem mais ou menos amplamente – mesmo à margem de um estreita interpretação extensiva ou de uma aplicação analógica do artigo 204.º – um controlo não jurisdicional da constitucionalidade das leis [...], forçoso é reconhecer, por maioria de razão, atenta a sua natureza e as funções que são chamados a desempenhar, a competência dos órgãos independentes e imparciais sem natureza jurisdicional para recusar a aplicação de normas inconstitucionais nos casos que lhes são submetidos a apreciação” (Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 56-57).

²⁵⁴ Este problema pôs-se logo no início da atividade do Tribunal Constitucional, mais precisamente no já citado Acórdão n.º 211/86. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional constatou que, “com efeito, não é seguro se o poder-dever de desaplicação de normas havidas por inconstitucionais apenas existe naqueles casos em que os tribunais exercem funções jurisdicionais ou se, para além deles, ainda subsiste quando as funções exercidas não possam assim ser qualificadas”. Problema diverso, embora estreitamente conexo, é o de saber se qualquer decisão de um tribunal – simplesmente pelo facto de o ser – é recorrível para o Tribunal Constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 280.º da CRP. Analisaremos este problema *infra*, a propósito do recurso de constitucionalidade.

²⁵⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 521.

a julgamento»²⁵⁶⁻²⁵⁷; o que, porém, não obsta a que aquilo que se entenda por função jurisdicional possa – em razão do disposto no n.º 2 do artigo 202.º da CRP – ser interpretado em sentido amplo, tendo em conta os elementos formais característicos dos seus atos²⁵⁸. Assim, considera-se que a existência de um «feito submetido a julgamento» não está condicionada à verificação de uma controvérsia jurídica entre as partes (processos de jurisdição contenciosa), mas tão-somente de um caso ou interesse juridicamente tutelado a ser decidido pelo juiz²⁵⁹, pelo que a função jurisdicional passa a compreender, por exemplo, os processos de jurisdição voluntária (art.ºs 986.º e ss., Código de Processo Civil²⁶⁰) e a fiscalização jurídico-financeira do Tribunal de Contas (art.º 214.º, CRP)²⁶¹.

Neste diapasão, Jorge Miranda e Rui Medeiros denotam que, na doutrina e na jurisprudência, por vezes, se verifica “uma dupla tendência: por um lado, sugere-se a interpretação extensiva ou a aplicação analógica do artigo 204.º de modo a abarcar as decisões proferidas por órgãos independentes e imparciais não integrados nas categorias de tribunais previstas na Constituição; por outro lado, associa-se a fiscalização concreta difusa

²⁵⁶ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 224 e 245; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 78. Assim, Jorge Miranda considera que também o Tribunal Constitucional – tal como os demais tribunais – só pode (e deve) conhecer incidentalmente da inconstitucionalidade de normas quando exerça competências jurisdicionais, mas já não no exercício de competências não jurisdicionais como, por exemplo, as previstas nas alíneas *a*), *b*) e *d*) do n.º 2 do artigo 223.º da CRP (cf. *Manual...*, VI, p. 246 e nota 3).

²⁵⁷ Obviamente, o exercício da fiscalização da constitucionalidade encontra-se excluído dos instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos que a lei, nos termos do n.º 4 do artigo 202.º da CRP, porventura institucionalize (cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 225). É o caso, por exemplo, da mediação, regulada pela Lei n.º 29/2013, de 19 de abril.

²⁵⁸ Neste exato sentido, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 245.

²⁵⁹ Neste sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984, e “Fiscalização...”, p. 369.

²⁶⁰ Doravante, «CPC».

²⁶¹ Neste sentido, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 245-246. Referindo-se aos processos declaratórios, mas também aos processos de jurisdição voluntária, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 369, e *Direito...*, p. 984, onde o Autor acrescenta ainda os processos de providência cautelar. Relativamente a esses processos, o Tribunal Constitucional asseverou, no Acórdão n.º 151/85, que “não terá o juiz da causa, para decidir sobre a concessão ou não de tal providência, de esclarecer exaustiva e definitivamente essa questão de constitucionalidade, mas apenas de apreciá-la de modo perfunctório e interino. Concretamente: o que ao juiz caberá formular (nesse momento ou nessa fase processual) é tão-só um juízo sobre a probabilidade séria da ocorrência de inconstitucionalidade, de harmonia com o qual decretará ou não a pretendida suspensão. Crê-se, de resto, que isto se poderá generalizar, afirmando que nos procedimentos cautelares não cabe senão este tipo de decisão «provisória», relativamente à questão da constitucionalidade de normas de que substantivamente dependa a resolução da questão a decidir no processo principal e, portanto, a concessão da providência (outro poderá ser o caso, evidentemente, se a inconstitucionalidade respeitar a aspetos diferentes desse, *v. g.*, à tramitação do procedimento em causa)”. Conforme veremos *infra*, este entendimento tem consequências quanto à admissibilidade do recurso de constitucionalidade de decisões proferidas em processos de providência cautelar.

Já sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional relativamente às decisões do Tribunal de Contas enquadráveis no exercício da sua competência de fiscalização jurídico-financeira, *v. infra*, a propósito do recurso de constitucionalidade.

ao exercício da função jurisdicional, não se admitindo que um tribunal *proprio sensu* invoque o disposto no artigo 204.º para recusar a aplicação de normas inconstitucionais quando não atue no âmbito de uma atividade jurisdicional”²⁶².

Não concordamos, em parte, com essa dupla tendência.

Creemos, no que respeita à natureza judicial do órgão, que o âmbito subjetivo do artigo 204.º da CRP abrange apenas aquelas categorias de tribunais previstas no artigo 209.º da CRP, bem como os tribunais militares, quando e na medida em que estes sejam constituídos (art.ºs 213.º e 209.º, n.º 4, CRP). Isso porque, embora não tenha definido o que são «tribunais», a Constituição de 1976 consagrou um elenco taxativo de tribunais que não deve ser menosprezado, dado não haver qualquer outra indicação constitucional em sentido contrário. Sendo assim, entendemos que a referência do artigo 204.º da CRP a «tribunais» deva ser interpretada restritivamente, de modo a compreender tão-somente aqueles tribunais constitucionalmente consagrados.

Já no que tange à natureza jurisdicional da atividade desenvolvida, concordamos com o entendimento, exposto *supra*, de que a fiscalização concreta da constitucionalidade se afigura indissociável da função jurisdicional (entendida em sentido amplo), seja em razão do argumento literal, seja porque é essa a função principal que os tribunais desempenham. O contrário seria permitir aos tribunais (só porque assim o são) desaplicar normas por motivos de inconstitucionalidade mesmo quando estivessem a exercer atividades meramente administrativas, em flagrante contradição com o disposto na norma do artigo 204.º da CRP.

2. O incidente de inconstitucionalidade

A fiscalização concreta da constitucionalidade dá-se «nos feitos submetidos a julgamento» (art.º 204.º, CRP), isto é, incidentalmente – e não a título principal – no decurso

²⁶² Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 56.

de um processo comum (civil, penal, administrativo, etc.)²⁶³. A fiscalização concreta é, portanto, uma fiscalização incidental²⁶⁴.

Logo, na ausência da consagração de uma ação ou um recurso direto de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico-constitucional português, a questão de inconstitucionalidade só pode surgir incidentalmente a propósito de uma outra questão de direito submetida à apreciação judicial²⁶⁵. Consequentemente, a questão de inconstitucionalidade apresenta-se como um mero incidente da instância²⁶⁶, muito embora a sua natureza jurídica seja bastante controvertida na doutrina²⁶⁷.

²⁶³ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 244; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 58.

²⁶⁴ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 603; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 35.

²⁶⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 520. Note-se, porém, que a impossibilidade de alguém se dirigir a tribunal para requerer – a título principal – a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não obsta a que o incidente de inconstitucionalidade possa ser provocado mediante a propositura de uma ação declarativa (de simples apreciação, de condenação ou constitutiva) cuja procedência esteja dependente de uma decisão positiva (ou de acolhimento) de inconstitucionalidade (cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 59 e 244). No mesmo sentido, cf. António Rocha Marques, *O Tribunal...*, p. 459. Cf., ainda, António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 35. Neste caso, a questão principal refere-se ao direito constitucionalmente garantido, enquanto a questão surgida a título incidental no processo diz respeito à inconstitucionalidade normativa (cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 59-60).

²⁶⁶ Cf. Vitalino Canas, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986, p. 37. Todavia, “quando se fala em incidente de inconstitucionalidade, é apenas em contraposição a um processo constitucional próprio, não porque exista um incidente salientado pela lei para se desenrolar com certos sujeitos, perante este ou aquele juiz, em certos termos, exigindo ou dispensando certas provas e com certos efeitos” (Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, reimpressão 1.ª ed. 1968, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 260).

²⁶⁷ Trata-se de uma questão incidental ou prejudicial? Não sendo o nosso intuito desenvolver tal controvérsia nesta seara – a qual nos obrigaria a enveredar por conceitos atinentes ao direito processual, mormente do direito processual civil –, limitar-nos-emos a aludir brevemente à divergência doutrinária. No entendimento de Jorge Miranda – já há muito defendido pelo Autor –, “a inconstitucionalidade constitui objeto de uma questão prejudicial – eis como deve ser antes de mais caracterizada. Se as questões acessórias que surjam no decorrer de um processo [...] podem ser ou de natureza substantiva ou de natureza adjetiva, revela-se muito claro que a inconstitucionalidade é uma questão prejudicial, e nunca incidental. Na verdade, perante uma questão de inconstitucionalidade, o juiz coloca-se, não no Direito processual, mas sim no Direito constitucional”. Todavia, continua o Autor, “é uma questão imprópria [...]. Tendo sido suscitada a questão da inconstitucionalidade, ela acrescenta-se, cumula-se com a questão objeto do processo, e para julgá-la é competente o próprio juiz junto do qual se fez a arguição: o juiz da causa. Não se devolve, portanto, para qualquer outro processo ou para qualquer outro tribunal” (*Contributo...*, pp. 258-259). Mais recentemente, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 58 e 245; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 58-59, embora aqui os Autores reconheçam que “seja controverso se a qualificação como questão prejudicial também se justifica quando a questão de [in]constitucionalidade respeita às normas processuais aplicáveis no processo principal” (*ibidem*, p. 58). Em sentido próximo, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 601-614, principalmente pp. 609 e ss.. No entendimento deste Autor, a questão de inconstitucionalidade constitui “uma questão prejudicial heterogénea, desprovida de caráter devolutivo e que emerge a título incidental, no âmbito de um processo principal” (*ibidem*, p. 609). Em sentido contrário, cf. Vitalino Canas, *Os processos...*, pp. 37-38, nota 26, para quem “não é de excluir que a questão da [in]constitucionalidade redunde numa questão

2.1. O objeto da questão de inconstitucionalidade

No direito constitucional português atualmente em vigor, o controlo da constitucionalidade – designadamente, a fiscalização concreta (art.º 280.º, CRP) e, de igual modo, a fiscalização abstrata sucessiva (art.º 281.º, CRP) – incide apenas sobre normas, mas sobre todas as normas, independentemente da sua natureza, forma, fonte ou hierarquia²⁶⁸; assim, diversamente do que sucede noutros sistemas jurídicos, o objeto de fiscalização da constitucionalidade e, em particular, o objeto da questão de inconstitucionalidade não está limitado, entre nós, aos atos normativos primários (leis ou atos equiparáveis), estendendo-se a todos os atos jurídico-normativos em vigor no ordenamento jurídico português, o que inclui os atos normativos secundários e terciários (por exemplo, regulamentos e despachos normativos, respetivamente)²⁶⁹.

Problemática é, contudo, a determinação do conceito de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade²⁷⁰. Na esteira do entendimento anteriormente expresso pela Comissão Constitucional, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem, desde o Acórdão n.º 26/85, constantemente desenvolvido um conceito funcional de norma para efeitos dos artigos 277.º e seguintes da Constituição, é dizer, “um conceito funcionalmente

adjetiva”; António Rocha Marques, “O Tribunal...”, p. 461, que fundamenta a sua posição na ideia subjacente à prejudicialidade da incompetência do juiz da causa para, em primeira linha, decidir a questão suscitada, o que, por sua vez, não se verifica quanto à questão de inconstitucionalidade. Este argumento é, porém, rebatido por Carlos Blanco de Moraes, para quem a noção de separação de competências não assume caráter relevante na configuração da prejudicialidade (cf. *Justiça...*, II, pp. 605-608). Aparentemente também em sentido contrário, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 835; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 940.

²⁶⁸ Apesar de lhes serem imprescindíveis, as «normas» não se confundem com os «preceitos» que as contêm, o que, desde logo, se afigura evidente em virtude de ser frequente extrair diversas «normas» de um único «preceito» ou, ainda, de uma «norma» poder ser fruto da conjugação de dois ou mais «preceitos» (cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 80, nota 103). Contudo, a correlação entre «norma» e «preceito» não se aplica às normas consuetudinárias, as quais também podem ser objeto de fiscalização da constitucionalidade nos domínios e na medida em que sejam admitidas como fonte de direito interno – art.ºs 3.º, n.º 1 e 348.º, CC (cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 70, e “Relatório Geral...”, p. 70). O mesmo sucede nos casos em que, não sendo possível integrar uma lacuna através da analogia, o juiz decide, nos termos do n.º 3 do artigo 10.º do CC, “segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema” (cf. Jorge Miranda, *Manual...*, pp. 193-194). Sobre a não correspondência biunívoca entre preceitos (ou disposições) e normas, v. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 1203-1206.

²⁶⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 932; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, pp. 898 e 943. Cf., ainda, António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 36. Apenas por último, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 68 e, comparativamente com outros ordenamentos jurídicos, “Relatório Geral...”, p. 69, e “A justiça...”, pp. 53-54.

²⁷⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 898. Cf., também, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 932.

adequado ao sistema de fiscalização da constitucionalidade aí instituído e consonante com a sua justificação e sentido²⁷¹. Trata-se, portanto, de “um conceito que toma como critério ou ponto de vista determinante a natureza e o sentido da função que o Tribunal se quis atribuir, a saber, a de controlo da conformidade constitucional do ordenamento jurídico objetivo estabelecido pelo Estado, *lato sensu*, enquanto quadro em que vai desenvolver-se a atuação jurídica das entidades públicas e dos particulares”²⁷².

Neste sentido, o Tribunal Constitucional estabeleceu, naquela ocasião, que o carácter normativo de um ato do poder público e, por conseguinte, a sua sujeição à fiscalização da constitucionalidade residem no facto de ele conter uma regra de conduta para os particulares ou para a Administração, um critério de decisão para esta última ou para o juiz ou, em termos gerais, um padrão de valoração de comportamentos²⁷³. Tal critério normativo possibilitou ao Tribunal Constitucional afastar, ao menos para o efeito em causa, a exigência de generalidade e abstração inerente aos conceitos tradicionais de norma, de modo que medidas legislativas concretas ou normas de conteúdo individual – ainda que revistam eficácia consuntiva (ou seja, que dispensem um ato de publicação) – pudessem ser objeto de fiscalização da constitucionalidade²⁷⁴.

Porém, em seguida, o Tribunal Constitucional viu-se defrontado – especialmente no âmbito da fiscalização concreta – com atos normativos emitidos por outras entidades diversas do Estado ou dos entes públicos, nomeadamente por entidades privadas no exercício de poderes normativos, tendo progressivamente elaborado um conjunto de tópicos relevantes ou «critérios de descoberta»²⁷⁵ do conceito funcionalmente adequado de norma para efeitos

²⁷¹ Acórdão n.º 26/85. Seguindo a mesma linha jurisprudencial, cf., por exemplo, Acórdãos n.ºs 80/86, 150/86, 168/88, 255/92 e 152/93.

²⁷² José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 34-35.

²⁷³ Cf. Acórdão n.º 26/85.

²⁷⁴ Cf. *idem*. Na doutrina, cf., em geral, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 35, nota 36; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 68-69, “A justiça...”, p. 36, e, comparativamente com outros ordenamentos jurídicos, “Relatório Geral...”, pp. 69-70; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 714; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 37; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso de constitucionalidade (espécies e respetivos pressupostos)”, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993, p. 433; J. C. Vieira de Andrade, “A fiscalização da constitucionalidade das «normas privadas» pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3921, ano 133.º, abril, 2011, pp. 357-358; Licínio Lopes Martins, “O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Coimbra, 1999, p. 606; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 26-27.

²⁷⁵ Assim, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 934.

de fiscalização da constitucionalidade²⁷⁶. Além do já mencionado critério principal da normatividade – referente aos atos do poder público como atos de criação normativa em sentido amplo, o que abrange os atos modificativos ou revogatórios (parcial ou totalmente) de normas, por oposição a atos de aplicação normativa –, foram estabelecidos os seguintes critérios adicionais: a) imediação, caracterizada pela existência de violação direta da Constituição, significando que as normas e princípios constitucionais constituem o parâmetro imediato de fiscalização; b) heteronomia, expressa na determinação de um padrão de comportamento dotado de vinculatividade independentemente da vontade dos seus destinatários; c) reconhecimento estatal, isto é, o reconhecimento jurídico-político da vinculatividade heterónima dos atos normativos, que se impõem a terceiros ou a destinatários não intervenientes no seu processo de elaboração²⁷⁷.

De fora do conceito funcional de norma e, por conseguinte, do âmbito de fiscalização da constitucionalidade ficam, em síntese e em princípio, os atos jurídico-públicos de mera aplicação ou execução normativa – a saber, os atos políticos em sentido estrito (atos de governo)²⁷⁸, os atos administrativos propriamente ditos²⁷⁹ e as decisões

²⁷⁶ Cf. J. C. Vieira de Andrade, “A fiscalização...”, p. 358.

²⁷⁷ Cf. Declaração de voto do Conselheiro José de Sousa Brito apensa ao Acórdão n.º 172/93, cujo esforço teórico assume aqui especial importância. Cf., também, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 902; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 934; J. C. Vieira de Andrade, “A fiscalização...”, p. 358. Para uma análise dos «critérios de descoberta» do conceito funcional de norma, v. Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 90-98; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 436-485. Este último Autor alude a um problema interessante sob o ponto de vista dogmático: o conflito que pode surgir no âmbito da fiscalização concreta entre as distintas aceções de norma jurídica presentes nas jurisprudências administrativa e constitucional, com as consequências que daí podem advir quanto à qualificação da natureza do ato em causa – ora ato administrativo, ora ato normativo de conteúdo individual, de acordo com a fase processual em curso (cf. *ibidem*, pp. 441-452).

²⁷⁸ Cf. Acórdãos n.ºs 195/94 e 667/99. Favoravelmente à inclusão, em certos casos, de atos de natureza política no âmbito da fiscalização da constitucionalidade, cf. Vital Moreira, “Princípio...”, pp. 187-189; Licínio Lopes, “O conceito...”, pp. 612-614; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 197-198, e “Nos dez...”, pp. 101-103; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 714; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 513-514. Cf., ainda, Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 77.

²⁷⁹ Já não será assim, contudo, em relação aos atos materialmente administrativos incorporados em diplomas legais. Cf. Acórdão n.º 26/85.

judiciais²⁸⁰ –, bem como os atos provenientes da autonomia privada, haja vista não preencherem os critérios da heteronomia e do reconhecimento estatal²⁸¹⁻²⁸².

2.2. A legitimidade para invocar a inconstitucionalidade e o sentido da apreciação oficiosa pelo juiz

Diversamente do previsto na Constituição de 1911, mas na esteira da Constituição de 1933, a norma do artigo 204.º da CRP é clara ao não fazer depender a competência dos tribunais para fiscalizar a constitucionalidade das normas da prévia impugnação da sua validade por qualquer das partes²⁸³. Daqui resulta, por conseguinte, que a questão de inconstitucionalidade pode ser suscitada tanto a instâncias de parte quanto *ex officio* pelo juiz da causa ou, ainda, pelo Ministério Público, mas apenas nos casos em que este figure como parte processual²⁸⁴, é dizer, quando a sua intervenção no processo ocorra a título

²⁸⁰ A este propósito, a jurisprudência do Tribunal Constitucional é vastíssima. Não obstante o entendimento inicialmente expresso no Acórdão n.º 2/82, cf., em termos bastante elucidativos, Acórdãos n.ºs 44/85 e 178/95. Mais recentemente, cf. Acórdãos n.ºs 235/08 e 549/11.

²⁸¹ Note-se que a distinção entre normas de natureza pública e privada nem sempre é isenta de dificuldades práticas. Cf., em geral, Licínio Lopes, “O conceito...”, pp. 615-642. Assim, por exemplo, a jurisprudência constitucional tem qualificado como normas públicas aquelas emitidas por entidades privadas no exercício de uma faculdade normativa decorrente da atribuição de poderes ou funções públicas com o intuito de estas prosseguirem, em lugar e como que em nome do Estado, certos fins de interesse geral, certos fins públicos. Cf. Acórdãos n.ºs 472/89 e 730/95, referentes a normas contidas em regulamentos da Federação Portuguesa de Futebol. Mais controversa é, no entanto, a questão da qualificação das convenções coletivas de trabalho como normas públicas para efeitos de fiscalização da constitucionalidade. Aqui, afloram divergências tanto na jurisprudência do Tribunal Constitucional quanto na doutrina. Em sentido contrário à fiscalização da constitucionalidade das convenções coletivas de trabalho, cf. Acórdãos n.ºs 172/93, 209/93, 250/97, 637/98, 697/98, 284/99, 492/00, 10/03, 92/03 e 224/05. Em sentido favorável, cf. Acórdãos n.ºs 214/94, 368/97, 229/98, 580/04 e 174/08. Na doutrina, cf. J. C. Vieira de Andrade, “A fiscalização...”, pp. 359 e ss., que defende, com fundamento na acentuação do critério da heteronomia em detrimento do critério do reconhecimento estadual, a fiscalização da constitucionalidade de normas privadas que regulem as esferas económicas e sociais em domínios de concorrência ou complementaridade entre a atividade pública e a atividade privada ou, ainda, em domínios privados que o Estado não queira regular ou não queria regulá-los completamente, deixando-os à autorregulação dos grupos. Para um resumo da divergência doutrinária existente acerca desta questão, v. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 204-206; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 937-938.

²⁸² Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 35; J. C. Vieira de Andrade, “A fiscalização...”, p. 359; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, pp. 23 e 39; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, pp. 433-434. Comparativamente com outros ordenamentos jurídicos, cf. Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, pp. 73-75. Mais desenvolvidamente, cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, pp. 905-908; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 939-946; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 712-715; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 76-80; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, I, pp. 417-435 e 512-516.

²⁸³ Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 53.

²⁸⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 984 e 985, e “Fiscalização...”, p. 369. Cf., ainda, Nuno Rolo, “A fiscalização...”, 1998, p. 77.

principal, no exercício de uma função de representação do Estado ou de entidades a quem o Estado tenha o dever de proteger, ou, subsidiariamente, a título acessório, no desempenho de uma função de assistência em processos em que haja interesse público²⁸⁵. Por um lado, se a legitimidade processual ativa das partes para invocar a questão de inconstitucionalidade se traduz num meio adequado para a defesa dos seus interesses subjetivos, por outro lado, a legitimidade processual ativa do juiz *a quo* e do Ministério Público justifica-se pela vinculação dos órgãos jurisdicionais aos princípios da unidade da ordem jurídica e da constitucionalidade²⁸⁶.

Desse modo, “o primado da Constituição não está na disponibilidade das partes, devendo os tribunais, que se encontram subordinados à Constituição, controlar *ex officio* a constitucionalidade das normas aplicáveis ao caso”²⁸⁷. Trata-se, assim, de um «reforço objetivista da garantia»²⁸⁸ da Constituição, evitando-se que a arguição da inconstitucionalidade esteja ao arbítrio das partes, as quais, embora possuindo pretensões contrapostas no processo, sempre poderiam amparar-se numa norma inconstitucional, independentemente de a interpretarem (ou não) no mesmo sentido²⁸⁹.

Neste contexto, a apreciação oficiosa implica que o juiz não tenha de aplicar normas que julgue inconstitucionais²⁹⁰. Desta «atitude ativa do juiz para com a Constituição»²⁹¹ decorre que, no decurso de um processo, ele não está obrigado a aplicar uma norma apenas porque nenhuma das partes impugnou a sua constitucionalidade, bem como não está sujeito a aplicar uma norma num processo e desaplicá-la noutra só porque, naquele, nenhuma das partes arguiu a sua inconstitucionalidade, não obstante o juiz considerá-la inconstitucional²⁹².

Ademais, a apreciação oficiosa acarreta que o juiz não está adstrito à norma constitucional invocada pelas partes como parâmetro, podendo julgar com base noutra

²⁸⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 991.

²⁸⁶ Cf. *ibidem*, p. 985.

²⁸⁷ Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 53.

²⁸⁸ Assim, cf. Jorge Miranda, *Contributo...*, p. 254.

²⁸⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 247, e *Contributo...*, p. 255.

²⁹⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 246.

²⁹¹ Assim, cf. Jorge Miranda, *Contributo...*, p. 255.

²⁹² Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 247, e *Contributo...*, p. 255.

norma que considere mais apropriada ao caso; por maioria de razão, no caso de uma das partes arguir a inconstitucionalidade, mas não especificar qualquer norma, o juiz é igualmente competente para verificar qual a norma constitucional que possa ter sido infringida²⁹³. Em todo o caso, o juiz não está limitado apenas ao vício alegado pelas partes, sendo competente para conhecer officiosamente de qualquer outro vício ou tipo de inconstitucionalidade (material, formal ou orgânica)²⁹⁴.

Ressalta-se, por último, que a questão de inconstitucionalidade pode ser invocada em qualquer fase do processo e em qualquer instância judicial²⁹⁵, ou seja, tanto em primeira instância quanto em recurso, o que se afigura coerente com o reconhecimento a todos os juízes – inclusive àqueles dos tribunais de recurso – da competência para apreciar officiosamente a inconstitucionalidade das normas que aplicam «nos feitos submetidos a julgamento»²⁹⁶; com efeito, sendo a questão de inconstitucionalidade de conhecimento officioso de qualquer juiz, o facto de ela só ser suscitada, pela primeira vez, em sede de recurso ordinário não significa que a inconstitucionalidade constitua uma nova questão de direito e que, por isso, o juiz do tribunal de recurso não possa conhecê-la em razão de o seu poder jurisdicional estar limitado, relativamente à matéria, pelas questões de direito invocadas e decididas em primeira instância²⁹⁷. Em suma, “a natureza officiosa do conhecimento da questão de inconstitucionalidade prevalece sempre em face do argumento da «questão nova»”²⁹⁸.

2.3. A relevância e a procedência da questão de inconstitucionalidade

²⁹³ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 247, e, apenas por último, *Contributo...*, p. 254.

²⁹⁴ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 247 e, *Contributo...*, p. 254.

²⁹⁵ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 831.

²⁹⁶ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 245, com referência a diversos acórdãos do Tribunal Constitucional. Cf., por exemplo, Acórdão n.º 222/95.

²⁹⁷ Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 53-54, os quais acrescentam que, “no plano legal, a questão específica da possibilidade de os tribunais administrativos conhecerem officiosamente da constitucionalidade da norma aplicada por um ato administrativo impugnado jurisdicionalmente pelo lesado com outros fundamentos encontra hoje resposta no disposto no artigo 95.º, n.º 2, do CPTA [Código de Processo nos Tribunais Administrativos – doravante, «CPTA»]”.

²⁹⁸ Acórdão n.º 222/95.

Arguida, a título incidental, no decurso de um processo comum (civil, penal, administrativo, etc.), a questão de inconstitucionalidade não se confunde com a questão subjacente ao processo principal²⁹⁹. Na verdade, ela constitui o objeto de um mero incidente suscitado num processo cuja finalidade consiste em solucionar um caso concreto³⁰⁰. Aqui, a causa diz respeito a uma outra questão (de fundo, de mérito) cuja solução depende da validade ou da invalidade da norma a ser aplicada pelo juiz *a quo*³⁰¹.

Ora, esta relação de dependência significa que o juiz da causa só pode (e deve) conhecer e decidir a questão de inconstitucionalidade quando entre ela e a questão principal objeto do processo houver um nexo indissolúvel³⁰². Daqui resulta, por conseguinte, que a questão de inconstitucionalidade deve ser relevante para a decisão do «feito submetido a julgamento»³⁰³. No entanto, a noção de «questão relevante» não é unívoca e varia entre dois sentidos diferentes: no primeiro, a questão é relevante quando a sua prévia resolução se verifica decisiva para a decisão do caso (regra da indispensabilidade)³⁰⁴; no segundo, a questão é relevante quando a aplicação da norma arguida de inconstitucionalidade se afigura necessária à decisão do caso ou, ainda, de aplicação previsível pelo juiz *a quo* (regra da prejudicialidade)³⁰⁵.

²⁹⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986. No entanto, Carlos Blanco de Moraes assevera: “não se exclui, que excecionalmente, a questão de [in]constitucionalidade acabe por constituir o objeto principal do processo-pretexo, já não sendo possível falar neste caso, em termos substanciais, de um incidente em sentido próprio, ou em sentido perfeito do termo” (*Justiça...*, II, p. 604). No mesmo sentido, Jorge Miranda e Rui Medeiros consideram que “a afirmação de que o controlo concreto da constitucionalidade não constitui, em sede de fiscalização difusa, o objeto principal do processo não pode ser absolutizada. Isto mesmo pode ser ilustrado com o regime de acesso à justiça administrativa previsto nos n.ºs 4 e 5 do artigo 268.º da Constituição” (*Constituição...*, III, p. 59). Contrariamente, cf. António Rocha Marques, “Os tribunais...”, p. 459, para quem “a questão de inconstitucionalidade tem, no processo em que surge, natureza incidental [,] nunca surgindo como objeto principal do processo”. Cf., ainda, António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 35. Apesar do interesse que esta questão nos suscita, não nos será possível desenvolvê-la nesta seara em razão da delimitação do objeto de estudo da presente dissertação.

³⁰⁰ Cf. Vitalino Canas, *Os processos...*, p. 37.

³⁰¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986.

³⁰² Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 244-245.

³⁰³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986. Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, cf., por todos, Acórdão n.º 169/92.

³⁰⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 986-987.

³⁰⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 987, e “Fiscalização...”, p. 369. Cf., também, Acórdão n.º 169/92. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional ainda denotou que, “por isso, se determinada norma jurídica não for aplicável ao caso submetido a julgamento (isto é: se a decisão do caso *sub iudicio* não convocar a sua aplicação), o tribunal da causa não deve pronunciar-se sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessa norma. Se o fizer, profere ele uma decisão sem interesse para o julgamento da causa. E mais: nessa hipótese, se o julgamento proferido for no sentido da inconstitucionalidade, não há desaplicação dessa norma, justamente porque ela não era aplicável ao caso; e, por este mesmo motivo, se julgar tal norma não inconstitucional, também não existe aplicação dela”.

Diante de uma «questão relevante» nos termos expostos, o juiz *a quo* deve pronunciar-se sobre a procedência da questão de inconstitucionalidade, pelo que, por se tratar de uma verdadeira fiscalização concreta, a sua pronúncia não se reduz a um mero juízo acerca da manifesta ou evidente improcedência do incidente, mas implica também um juízo a respeito do seu fundamento ou da sua justeza³⁰⁶. Assim, o juiz da causa é competente para decidir – mediante uma sentença e não um simples despacho interlocutório – o incidente de inconstitucionalidade, não estando, porém, impedido de, em conformidade com os princípios gerais do processo, apreciar o eventual carácter inexistente ou manifestamente improcedente da questão de inconstitucionalidade³⁰⁷.

O juiz *a quo* conhece e decide a questão de inconstitucionalidade em qualquer fase do processo, pelo que a sua decisão pode não coincidir com a decisão final do caso concreto – é o caso, por exemplo, da decisão de reclamação³⁰⁸. Assim, tendo decidido que a questão de inconstitucionalidade é fundada, ele desaplica a norma inconstitucional no caso concreto³⁰⁹. Desse modo, a decisão de inconstitucionalidade tem efeitos restritos à causa submetida a julgamento (eficácia *inter partes*) e não vincula nem o próprio tribunal que a

³⁰⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 988. Suscitada a questão de inconstitucionalidade, o juiz da causa está, portanto, obrigado a decidi-la, mas somente caso ela tenha interesse para a decisão do caso concreto (cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 831). Todavia, perante um *non liquet* da questão de inconstitucionalidade, o juiz não pode abster-se de decidi-la, remetendo-a diretamente para o Tribunal Constitucional, haja vista a interposição de recurso de constitucionalidade da decisão proferida pelo tribunal *a quo* constituir, em sede de fiscalização concreta, difusa e incidental, o único meio constitucionalmente admissível para aceder ao órgão exclusivamente competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art.ºs 204.º, 221.º e 280.º, CRP). Então, como os juízes devem decidir os casos em que não obtêm um juízo conclusivo acerca da inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade da norma aplicável à lide concreta? É saber: será que, ante um *non liquet* da questão de inconstitucionalidade, a presunção de constitucionalidade das leis, associada ao princípio da legalidade, conduz obrigatoriamente a um juízo de não inconstitucionalidade? Ao que parece, nem todas as situações em que a dúvida de inconstitucionalidade persista devem ser solucionadas mediante a aplicação absoluta e incondicionada de uma presunção geral e inderrogável de constitucionalidade, havendo domínios em que se torna imperiosa a realização de uma espécie de *strict scrutiny test* (refira-se, a título exemplificativo, as hipóteses em que o princípio da igualdade – artigo 13.º da CRP – constitui o parâmetro de fiscalização da constitucionalidade). Em todo o caso, tende-se a aceitar, como princípio indicativo, que o ónus da demonstração da violação de princípios fundamentais de um Estado de Direito material recai sobre quem pretenda argui-la, o que é compreensível em razão da presunção de justeza inerente, num Estado de Direito democrático-constitucional, ao direito criado pelas instâncias para tal legitimadas (cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 51-52; Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 232-236).

³⁰⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 988-989.

³⁰⁸ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 245. Cf., por todos, Acórdão n.º 159/90, referente a uma reclamação para o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça de despacho que não admitiu recurso na qual é suscitada uma questão de inconstitucionalidade, tendo o Tribunal Constitucional, após enquadrá-la no conceito *lato sensu* de recurso ordinário para efeitos do n.º 2 do artigo 70.º da LTC, admitido o recurso de constitucionalidade da decisão do Presidente do Supremo Tribunal de Justiça sobre aquela reclamação.

³⁰⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 369.

proferiu nem os demais tribunais que, porventura, tenham de julgar questões similares no futuro³¹⁰.

Todavia, as decisões dos tribunais ordinários em matéria de constitucionalidade são sempre suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional³¹¹. Logo, a última palavra quanto à inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos casos submetidos a julgamento não pertence, em regra, aos tribunais ordinários, pois das suas decisões cabe recurso – em regra direto e, às vezes, obrigatório para o Ministério Público – para o Tribunal Constitucional³¹², o qual pode revogá-las no que tange à questão de inconstitucionalidade³¹³. Portanto, na fiscalização concreta da constitucionalidade das normas, o Tribunal Constitucional assume as vestes de tribunal superior de recurso em relação a todos os demais tribunais, independentemente da categoria ou ordem judicial em que se inserem³¹⁴. Trata-se, enfim, de “um elemento de concentração a cargo de uma jurisdição constitucional especial”³¹⁵.

Verificado o incidente de inconstitucionalidade, ou seja, tendo o juiz *a quo* desaplicado uma norma por motivo de inconstitucionalidade – decisão positiva de inconstitucionalidade – ou aplicado uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada durante o processo – decisão negativa de inconstitucionalidade –, seguir-se-ão as regras do recurso de constitucionalidade³¹⁶.

³¹⁰ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 831.

³¹¹ Cf. *ibidem*, p. 831.

³¹² Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 54 e, ainda, pp. 742-743. Neste sentido, António Rocha Marques afirma que, “assim, se sobre aquela questão [a questão de inconstitucionalidade] a primeira palavra cabe aos outros tribunais (às instâncias), é ao TC [Tribunal Constitucional] que, em princípio, cabe a última e decisiva” (“O Tribunal...”, p. 458). Cf., também, Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 432.

³¹³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, pp. 940-941.

³¹⁴ Cf. *ibidem*, p. 521.

³¹⁵ Cf. *ibidem*, p. 941.

³¹⁶ Cf. *ibidem*, pp. 520-521.

Capítulo 5

O caráter «concentrado» da fiscalização concreta da constitucionalidade

1. O recurso de constitucionalidade

Das decisões dos tribunais cabe recurso para o Tribunal Constitucional, embora restrito à questão de inconstitucionalidade (art.º 280.º, proémio do n.º 1 e n.º 6, CRP; art.ºs 70.º, proémio do n.º 1 e 71.º, n.º 1, LTC)³¹⁷. Daqui se infere que, em sede de fiscalização concreta, a competência do Tribunal Constitucional consiste no poder de revisão, por intermédio da interposição de recurso, das decisões judiciais que incidam sobre a questão de inconstitucionalidade de uma norma³¹⁸. O recurso de constitucionalidade pressupõe, assim, a existência de uma prévia decisão judicial sobre a questão de inconstitucionalidade³¹⁹.

1.1. A admissibilidade do recurso

Problemática é, desde logo, a interpretação da referência do artigo 280.º da CRP a «decisões dos tribunais». Aqui, o problema coloca-se nos mesmos moldes em que se verificou acerca da referência do artigo 204.º da CRP a «tribunais», ou seja, quanto à

³¹⁷ Note-se que o recurso de constitucionalidade independe do valor ou da importância da causa submetida ao tribunal *a quo*. Cf. Acórdão n.º 19/83. Cf., também, Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 432; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 248; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 635; Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário de Direito Processual Constitucional (Recurso de Constitucionalidade)*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 15.

³¹⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 72.

³¹⁹ Cf. António Rocha Marques, “O Tribunal...”, pp. 457-458. Donde decorre, por conseguinte, a natureza instrumental dos recursos de constitucionalidade. Conforme afirmam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “os recursos de constitucionalidade (ou de legalidade) estão incindivelmente ligados aos processos que lhes deram origem. Eles são recursos instrumentais em relação à decisão da causa em que o incidente de constitucionalidade (ou de legalidade) surgiu. Se porventura o julgamento da questão de [in]constitucionalidade (ou de [i]legalidade) deixar de ter interesse para a decisão da causa, o recurso caduca por inutilidade superveniente [...]” (*Constituição...*, II, p. 959). Para uma análise crítica dos conceitos de instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade, v. Victor Calvete, “Interesse e relevância da questão de inconstitucionalidade, instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade – quatro faces de uma mesma moeda”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra, 2003, passim*, especialmente pp. 418 e ss..

natureza judicial do órgão que profere a decisão e quanto à natureza jurisdicional da decisão proferida.

O primeiro problema – a natureza judicial do órgão que profere a decisão – não suscita muitas dúvidas no que tange à exclusão das decisões proferidas por qualquer outra autoridade, ainda que judiciária, como é o caso, por exemplo, dos despachos do Ministério Público³²⁰; o mesmo, porém, já não sucede em relação a certos órgãos jurisdicionais³²¹ (não contemplados nas categorias de tribunais do artigo 209.º da CRP) aos quais é atribuída, como função principal, a atividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à Constituição e à lei – é dizer, a meros órgãos de composição de conflitos, tal como o Conselho de Justiça da Federação Portuguesa de Futebol –, em que o Tribunal Constitucional não exclui a possibilidade de reconhecê-los como «tribunais» para efeitos de recurso de constitucionalidade³²².

Tal orientação não é, todavia, acolhida por alguma doutrina, que defende não ser possível recorrer diretamente para o Tribunal Constitucional senão de decisões de órgãos judiciais, pelo que, quando se trate de decisões de órgãos de composição de conflitos ou de aplicação de direito, se deve recorrer primeiro para o tribunal competente antes de interpor recurso para o Tribunal Constitucional³²³.

Consensual é que, em princípio, são passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional as decisões proferidas por todos os órgãos constitucionalmente consagrados como tribunais, sejam eles ordinários ou especiais (art.º 209.º, CRP), o que, por um lado,

³²⁰ Cf. Acórdãos n.ºs 367/05 e 454/06.

³²¹ Neste sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 74, nota 94.

³²² Em termos gerais, cf. Acórdão n.º 211/86, bem como a declaração de voto junta por Vital Moreira, onde o então conselheiro considera esta possibilidade inaceitável, haja vista a Constituição se referir explicitamente a «decisões dos tribunais». Especificamente em relação ao Conselho de Justiça da Federação Portuguesa de Futebol, cf. Acórdãos n.ºs 473/98, 488/98, 391/05 e 597/05. Neste último, o reconhecimento de tal possibilidade é bastante explícito pelo Tribunal Constitucional, assim como o entendimento contrário do Ministério Público: “pode discutir-se a possibilidade de reconduzir o Conselho de Justiça da Federação Portuguesa de Futebol a um tribunal, para efeitos de recurso para o Tribunal Constitucional (o que, em caso de resposta negativa, tornaria indispensável o recurso ordinário a que a reclamante pretendeu ter renunciado). Tal fundamento foi invocado na decisão recorrida e também explicado na posição assumida pelo Exmo. Procurador-Geral Adjunto em funções neste Tribunal: sem pronúncia de um tribunal, que a entidade reclamada não é, não poderia haver recurso para o Tribunal Constitucional, que só syndica as decisões dos tribunais que apliquem norma arguida de inconstitucionalidade, ou a desapliquem com esse fundamento. Seja como for, existem outras razões só por si bastantes para que o recurso [em causa] para o Tribunal Constitucional não pudesse ser admitido”.

³²³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 942; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 18.

inclui os tribunais arbitrais, embora apenas quando estes não decidam *ex aequo et bono*, mas, por outro lado, exclui, obviamente, o próprio Tribunal Constitucional, que constitui o órgão de recurso em última instância³²⁴.

Ora, com vista a uma interpretação sistemática da Constituição, entendemos que apenas as decisões dos tribunais constitucionalmente consagrados são passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional, na medida em que, conforme dissemos *supra*, são os únicos abrangidos pelo âmbito subjetivo do artigo 204.º da CRP e, portanto, competentes para aplicar ou desaplicar normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada.

Relativamente ao segundo problema enunciado – a natureza jurisdicional da decisão proferida –, põe-se a questão de saber se todas as decisões dos tribunais – simplesmente pelo facto de serem proferidas pelos tribunais contemplados no artigo 209.º da CRP – são suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional³²⁵. A questão em causa suscita, contudo, algumas dificuldades³²⁶, haja vista existirem três interpretações possíveis da referência do n.º 1 do artigo 280.º da CRP a «decisões dos tribunais»³²⁷: a primeira, uma interpretação restritiva, de acordo com a qual apenas as decisões dos tribunais proferidas no exercício da função jurisdicional seriam suscetíveis de recurso para o Tribunal Constitucional, o que pressuporia “necessariamente a destriça entre as decisões dos tribunais que são jurisdicionais tanto do ponto de vista subjetivo ou orgânico, como do ponto de vista objetivo ou material, daquelas que só o são sob o ponto de vista orgânico”³²⁸; a segunda, uma interpretação intermédia, segundo a qual a expressão «decisões dos tribunais» compreenderia “não apenas os atos materialmente jurisdicionais, mas também os atos a eles equiparados, isto é, os atos que, embora não enquadráveis no âmbito das funções jurisdicionais, apresentam com estas fortes analogias”³²⁹; por último, uma terceira interpretação, mais lata, na qual todas as «decisões dos tribunais» – independentemente de

³²⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, pp. 941-942. Cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 248; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 22; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 17-18.

³²⁵ Neste sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984. Cf., ainda, Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 57; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 433.

³²⁶ Neste sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 74, nota 94.

³²⁷ Cf. Acórdão n.º 14/91.

³²⁸ Cf. *idem*.

³²⁹ Cf. *idem*. Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 57-58; Jorge Miranda. Cf. *Manual...*, VI, pp. 245-246 e 248.

terem sido ou não proferidas no exercício de uma função jurisdicional – seriam passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional, pois “a Constituição, com aquela locução, teria em vista todas as decisões que emanassem de um tribunal, bastando-se, assim, com um juízo orgânico ou subjetivo sobre a função exercida”³³⁰.

Sobre esta questão, o Tribunal Constitucional já se pronunciou em diversos acórdãos, mormente quanto a determinadas decisões do Tribunal de Contas, tais como a recusa da emissão de parecer e a recusa da prática de um ato de nomeação, as quais foram inicialmente consideradas não jurisdicionais e, portanto, julgadas irrecorríveis para o Tribunal Constitucional³³¹. No entanto, esta jurisprudência foi posteriormente revertida em relação ao «visto» (emissão de parecer) no Acórdão n.º 214/90, em que o Tribunal Constitucional, abstendo-se de discutir a questão da natureza jurídico-material do ato em causa (jurisdicional ou administrativa), entendeu que o facto de se estar perante o exercício de uma competência atribuída pela própria Constituição e, portanto, de uma competência

³³⁰ Acórdão n.º 14/91. Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 942.

³³¹ Cf. Acórdãos n.ºs 211/86 e 266/86 (relativos à decisão de recusa de emissão de parecer) e 238/86 (relativo à decisão de recusa da prática de um ato de nomeação). Cf., ainda, Acórdão n.º 605/99, relativo a um outro tipo de decisão do Tribunal de Contas, que também foi considerada irrecorrível para o Tribunal Constitucional por não se enquadrar numa competência de natureza jurisdicional. Cf., também, J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 984; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 433; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 74, nota 94; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 56; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 20.

Aqui, faz-se mister aludir novamente à declaração de voto de Vital Moreira junta ao Acórdão n.º 211/86. Após considerar inaceitável a ideia, expressa no acórdão em causa, da admissibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional de decisões de outros órgãos que não os tribunais, o então conselheiro acrescenta: “mas, por outro lado, e contraditoriamente, o acórdão conclui que nem todas as decisões dos tribunais são suscetíveis de recurso, procedendo a uma espciosa destriça entre as decisões jurisdicionais e as decisões não jurisdicionais dos tribunais. Esta solução é tanto ou mais inaceitável do que a anterior”. Isso porque, “em primeiro lugar, ela não está conforme ao teor do preceito constitucional, que fala em decisões dos tribunais, sem distinguir quanto à sua natureza. Não fala por exemplo, em «decisões judiciais» ou «decisões jurisdicionais», como se pretende no acórdão. Não existe nenhuma razão fundada para supor ou concluir que as «decisões dos tribunais» a que se refere o artigo 280.º são apenas as decisões proferidas no exercício da «função jurisdicional» definida no artigo 206.º [atualmente artigo 202.º], e cujos contornos sempre serão mais ou menos imprecisos. [...] Portanto, nada justifica que tais decisões dos tribunais sejam excluídas do âmbito do recurso de inconstitucionalidade. O acórdão distingue onde a Constituição não distingue. Em segundo lugar, não há nenhuma razão para distinguir. As razões que justificam os recursos de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional nos casos das decisões de natureza jurisdicional — suposto que é possível conceber um critério inequívoco para a caracterização destas — valem, de todo em todo, para as demais decisões dos tribunais. Trata-se de submeter ao controlo do Tribunal Constitucional — como órgão específico de fiscalização da Constituição — as decisões dos demais tribunais que tenham decidido uma questão de inconstitucionalidade. A esta luz, não tem qualquer sentido distinguir entre decisões de natureza jurisdicional e decisões sem natureza jurisdicional. Em qualquer caso, o que se verifica é que um tribunal, no exercício de uma competência legal, se recusa a aplicar uma norma por motivo de inconstitucionalidade (ou aplica norma arguida de inconstitucionalidade no processo). O recurso de inconstitucionalidade existe para que tal decisão não fique sem ser submetida ao controlo do Tribunal Constitucional”.

típica do Tribunal de Contas, é, por si só, suficiente para se concluir que o «visto» constitui uma verdadeira decisão para efeitos do disposto no artigo 280.º da CRP³³².

Em consonância, também aqui, com o que dissemos *supra* acerca do artigo 204.º da CRP, aderimos àquela interpretação intermédia, segundo a qual o recurso de constitucionalidade está adstrito às decisões dos tribunais proferidas no exercício da função jurisdicional, entendida em sentido amplo. Todavia, afigura-se-nos menos problemático, em caso de dúvidas quanto à natureza jurisdicional da decisão do tribunal recorrido, partir de uma espécie de presunção do exercício da atividade jurisdicional pelos tribunais, haja vista ser essa a principal função que eles desempenham. Logo, quando não se tenha a certeza de que a decisão recorrida haja sido proferida no exercício de uma função meramente administrativa, mais vale admitir o recurso de constitucionalidade e conhecer a respetiva questão de inconstitucionalidade. Evitar-se-ia, assim, que determinadas decisões de inconstitucionalidade proferidas por tribunais ordinários («decisões de fronteira») pudessem ser irrecorríveis para o Tribunal Constitucional.

Neste diapasão, são recorríveis para o Tribunal Constitucional, em secção³³³, tanto as decisões que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua

³³² Cf. Acórdão n.º 214/90, entretanto seguido de outros, como, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 251/90, 253/90 e 14/91. Cf., também, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 74, nota 94; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 56; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 20.

³³³ Diversamente das demais modalidades de fiscalização da constitucionalidade, a competência para julgar os recursos de constitucionalidade cabe, em princípio, às secções do Tribunal Constitucional (art.º 70.º, n.º 1, LTC *ex vi* art.º 224.º, n.º 2, CRP). Contudo, o plenário do Tribunal Constitucional pode intervir nos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade em duas hipóteses. A primeira está prevista no artigo 79.-A da LTC e consiste na faculdade de o Presidente, com a anuência do Tribunal, determinar que o julgamento decorra com a intervenção do plenário, por considerá-lo necessário para evitar divergências jurisprudenciais ou porque tal se justifica em virtude da natureza da questão a decidir, sendo esta solução igualmente aplicável às reclamações dos despachos que indefiram a admissão do recurso. Já a segunda hipótese está prevista no artigo 79.-D da LTC e refere-se ao recurso para o plenário – o qual é obrigatório para o Ministério Público quando intervier no processo como recorrente ou recorrido – das decisões do Tribunal Constitucional que, em secção, julguem uma questão de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade) em sentido divergente do anteriormente adotado quanto à mesma norma por qualquer uma das outras secções, o mesmo aplicando-se aos casos de divergência jurisprudencial verificada no âmbito do recurso previsto na al. i) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC. Importa ainda ressaltar que, de acordo com Fernando Alves Correia, “os artigos 79.-A e 79.-D da Lei do Tribunal não impõem aos juízes a obrigação de seguirem, no futuro, em casos semelhantes, no âmbito das secções, as soluções adotadas nos arestos tirados pelo plenário do Tribunal Constitucional. Todavia, tendo em conta os objetivos que se pretendem atingir com a intervenção do plenário nos processos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade – a «prevenção» de divergências jurisprudenciais, a conveniência em fazer participar todos os juízes na decisão de questões de especial importância ou de grande complexidade e a necessidade de ultrapassar divergências entre decisões das secções sobre questões de [in]constitucionalidade ou de [i]legalidade respeitantes à mesma norma jurídica –, natural é que os juízes (incluindo os que emitiram votos discordantes) venham a adotar, no futuro, nos processos semelhantes de fiscalização concreta da constitucionalidade ou legalidade, a solução vertida nos acórdãos

inconstitucionalidade quanto as decisões que apliquem uma norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou uma norma já julgada inconstitucional anteriormente pelo próprio Tribunal Constitucional (art.º 280.º, n.ºs 1, alíneas *a*) e *b*), e 5, CRP; art.º 70.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*), *g*) e *h*), LTC). Pressuposto básico do recurso de constitucionalidade é, porém, que a norma em causa tenha sido efetivamente desaplicada (por motivos de inconstitucionalidade) ou aplicada (não obstante a arguição da sua inconstitucionalidade) na decisão judicial recorrida³³⁴, é dizer, que o juízo sobre a sua constitucionalidade constitua a *ratio decidendi* – e não um mero *obiter dictum* – da decisão do tribunal *a quo*³³⁵. Isto não significa, na verdade, que a aplicação ou desaplicação da norma tenha de ser expressa, bastando que seja implícita, conforme jurisprudência incontroversa do Tribunal Constitucional³³⁶⁻³³⁷.

Irrecorríveis são, em princípio, aquelas decisões que não disponham de caráter «definitivo», ou seja, que se apresentem como meramente provisórias³³⁸, tais como os

proferidos nos termos dos dois apontados artigos da Lei do Tribunal Constitucional. Tem sido esta, aliás, a prática seguida pelo Tribunal Constitucional [...]” (*Direito...*, pp. 96-97, nota 128).

³³⁴ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 73, nota 93, com referência a diversos acórdãos do Tribunal Constitucional; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 987.

³³⁵ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 73. No mesmo sentido, embora restritivamente às decisões de desaplicação ou recusa de aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 96-97; Armindo Ribeiro Mendes, “Recurso para o Tribunal Constitucional: pressupostos (Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional de 3 de novembro de 1983)”, in *Revista Jurídica*, n.º 3, janeiro/fevereiro, 1984, p. 95. Em sentido não de todo coincidente, porque atribui à norma, e não ao juízo de constitucionalidade, a exigência de constituir a *ratio decidendi* da decisão judicial recorrida, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 987. Para uma análise crítica deste pressuposto, v. Victor Calvete, “Interesse...”, *passim*.

³³⁶ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 73, nota 93; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 987, ambos com referência a diversos acórdãos do Tribunal Constitucional. No mesmo sentido, embora restritivamente às decisões de desaplicação ou recusa de aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 96-97; Guilherme Fonseca, “Fiscalização...”, pp. 455-456 e 457. Em termos gerais, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 194.

³³⁷ Ora, “situação próxima da de desaplicação implícita, ou uma modalidade dela, será, entretanto, a dos casos de interpretação em conformidade com a Constituição, de uma certa norma, feita pelo tribunal da causa, com afastamento de outra possibilidade interpretativa” (José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 73, nota 93). Isto porque, denota este Autor, após uma fase inicial aparentemente inconclusiva, a orientação atualmente consolidada na jurisprudência do Tribunal Constitucional é a de equivaler, para efeitos de admissão do recurso, tal situação à da recusa implícita de aplicação de uma norma sempre que o tribunal da causa tenha claramente rejeitado, por motivos de inconstitucionalidade, uma dada interpretação da norma questionada, normalmente a sua interpretação literal ou mais evidente (cf. *ibidem*, pp.73-74, nota 93, com referência à jurisprudência do Tribunal Constitucional).

³³⁸ Neste sentido, cf. Acórdãos n.ºs 151/85 e 267/91. Em sentido divergente, cf. Acórdão n.º 92/87, embora não unânime. Cf., também, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 74-75, que acrescenta a norma do n.º 5 do artigo 70.º da LTC como fundamento parcial da irrecorribilidade de decisões não definitivas; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 942; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 433; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 765. Para uma análise da interpretação

despachos de admissão de recurso obrigatório, ainda que proferidos por via de reclamação³³⁹, e, embora mais controversamente, as decisões proferidas em processos de providência cautelar quando estejam em causa normas que simultaneamente (e eventualmente) fundamentem tanto o processo cautelar quanto o processo principal³⁴⁰. Todavia, já são consideradas «decisões definitivas» os despachos dos presidentes dos tribunais superiores sobre reclamações contra a não admissão de recurso³⁴¹, os quais são inclusive qualificados como recurso ordinário para efeitos do disposto no n.º 2 do artigo 70.º da LTC, conforme atualmente expresso no n.º 3 do mesmo artigo³⁴².

1.2. O objeto do recurso e os poderes de cognição do Tribunal Constitucional

que a jurisprudência constitucional tem feito acerca deste requisito de admissibilidade do recurso de constitucionalidade, v. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 21-26.

³³⁹ Cf. Acórdãos n.ºs 267/91 e 205/04. Cf., também, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 75, nota 96; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23.

³⁴⁰ Já não será assim quando estiverem em causa normas exclusivamente aplicáveis no processo cautelar. Cf. Acórdão n.º 151/85 e, por todos, Acórdão n.º 235/01, embora com declarações de voto juntas pelos Conselheiros Maria Fernanda Palma e Paulo Mota Pinto, para quem, tratando-se de uma decisão de deferimento de providência cautelar com fundamento exclusivo na recusa de aplicação de uma norma por motivo de inconstitucionalidade sujeita à interposição de recurso de constitucionalidade obrigatório pelo Ministério Público (art.ºs 70.º, n.º 1, al. a), e 72.º, n.º 3, LTC *ex vi* art.º 280.º, n.º 1, al. a), e n.º 3, CRP), o Tribunal Constitucional deveria ter tomado conhecimento do recurso a fim de impedir que aquela invalidação, que se consubstancia numa alteração do direito vigente, subsistisse por um período temporal sem a devida fiscalização deste tribunal e que, por conseguinte, operasse a produção de efeitos jurídicos. Mais recentemente, cf. Acórdão n.º 457/07 (unânime), relativo a uma providência cautelar administrativa. Contrariamente à orientação jurisprudencial predominante, ou seja, admitindo o recurso de constitucionalidade de uma decisão proferida em processo de providência cautelar, cf. Acórdão n.º 466/95, onde se conclui, embora não unanimemente, que, no caso em apreço – a propósito de uma decisão de não restituição provisória da posse –, “a decisão provisória é capaz de no seu espaço de aplicação produzir efeitos definitivos na esfera do titular do direito ou interesse em causa [e, portanto,] não pode afirmar-se a irrecorribilidade para o Tribunal Constitucional dessa mesma decisão. Não pode porque não está assegurada a consumpção dos efeitos da sentença provisória nos efeitos da sentença definitiva. Para mais é o próprio teor dos enunciados relativos aos pressupostos do recurso para o Tribunal Constitucional da Lei n.º 28/82 de 15 de Novembro a não distinguir entre sentenças provisórias e definitivas em ordem à tutela do princípio da constitucionalidade”. Cf., ainda, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 75, nota 96, que assinala ser aquela orientação jurisprudencial apenas maioritariamente firmada pelo Tribunal Constitucional, apesar de persistente; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 765-766; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 251.

³⁴¹ Cf. Acórdãos n.ºs 316/85 e 159/90.

³⁴² Tal já era a orientação da jurisprudência do Tribunal Constitucional anteriormente à atual redação do n.º 3 do artigo 70.º dada pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro. Assim, cf. Acórdãos n.ºs 283/89, 323/94 (com referência a outros acórdãos anteriores) e 506/94. Cf., ainda, Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, p. 433; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 23.

Em sentido processual, o objeto do recurso de constitucionalidade consiste na decisão do tribunal *a quo*, mas apenas na parte em que este se pronuncia sobre a questão de inconstitucionalidade³⁴³ (art.º 280.º, n.ºs 1 e 6, CRP; art.ºs 70.º, n.º 1, alíneas *a*), *b*), *g*) e *h*), e 71.º, n.º 1, LTC). Por outras palavras, o objeto do recurso não é a decisão do tribunal *a quo* acerca do mérito da questão principal, é dizer, a decisão judicial em si mesma, mas tão-somente o segmento relativo à questão de inconstitucionalidade em que o juiz da causa desaplica uma norma por motivo de inconstitucionalidade ou aplica uma norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada³⁴⁴. No recurso de constitucionalidade, o que se requer ao Tribunal Constitucional não é a apreciação da constitucionalidade da decisão do tribunal *a quo* quanto à questão de fundo subjacente ao processo principal, mas antes o seu exame no que tange à inconstitucionalidade (ou não) de uma ou mais normas relevantes para a decisão do caso submetido a julgamento³⁴⁵.

Contudo, em sentido substantivo e não meramente processual, o objeto do recurso de constitucionalidade desloca-se da própria decisão judicial para a norma à qual a questão de inconstitucionalidade diz respeito³⁴⁶. Isto permite, ao menos em princípio, delinear a fronteira entre um puro controlo normativo e o que já seria uma espécie de «recurso de amparo» ou «queixa constitucional», de espectro mais amplo³⁴⁷.

No entanto, a distinção entre «norma» – questão de inconstitucionalidade normativa – e «decisão» – questão de inconstitucionalidade imputada a decisões judiciais – nem sempre se apresenta tão nítida³⁴⁸, haja vista o Tribunal Constitucional reconhecer e admitir, em jurisprudência constante e reiterada, que a questão de inconstitucionalidade possa respeitar tanto a uma norma ou uma parte dela considerada em si mesma quanto – e aqui têm início as dificuldades práticas – a uma dada interpretação normativa nos moldes em que ela foi

³⁴³ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 79.

³⁴⁴ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 989.

³⁴⁵ Cf. Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 836.

³⁴⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 989; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 79-80, embora este Autor pareça limitar esta perspetiva substantiva do objeto do recurso às hipóteses de aplicação de normas cuja inconstitucionalidade haja sido arguida.

³⁴⁷ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 80.

³⁴⁸ Cf. *ibidem*, p. 81e nota 104, onde consta um elenco não exaustivo de diversos acórdãos do Tribunal Constitucional suscetíveis de revelar as inúmeras dificuldades práticas em torno daquela distinção; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 40; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 32; Jorge Reis Novais, “Em defesa...”, p. 104; Rui Medeiros, “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 188.

aplicada (ou desaplicada³⁴⁹) na decisão recorrida³⁵⁰. Ademais, “esta deslocação/dissipação tendencial de fronteiras fica ainda mais descontrolada quando o Tribunal Constitucional dá mais um passo adiante e admite apreciar já não apenas a inconstitucionalidade de uma dada interpretação de uma norma positivada, mas também a inconstitucionalidade de normas construídas (interpretativamente, por analogia, por integração de lacunas) ou, até, supostamente construídas pelo juiz comum quando decide casos concretos”³⁵¹.

Como orientação geral, o objeto do recurso de constitucionalidade, quando relativo a uma interpretação normativa, deve referir-se ao critério normativo utilizado na decisão recorrida e abstratamente enunciado com vista a uma sua potencial aplicação genérica³⁵², sem, entretanto, intentar sindicatizar o ato de julgamento em si mesmo, enquanto operação

³⁴⁹ O Tribunal Constitucional tem discutido, em numerosos acórdãos, a questão da recorribilidade das decisões dos tribunais que, a coberto de uma interpretação conforme à Constituição, se tenham recusado a aplicar uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Embora não seja uniforme, a orientação jurisprudencial atualmente dominante – de aplicação bastante cautelosa – é a de que estas decisões são recorríveis para o Tribunal Constitucional, nos termos da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição. Neste preciso sentido, cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 325. Sendo assim, o Tribunal Constitucional considera “que tais situações são, na prática, equiparáveis àquelas em que tenha havido uma pura e simples recusa de aplicação da norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade” (Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 954). Cf., ainda, António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, pp. 924-925.

Na doutrina, após concluir pela recorribilidade daquelas decisões, Rui Medeiros assevera, contudo, que “não é necessário que a interpretação conforme à Constituição adotada pelo tribunal *a quo* seja uma interpretação ab-rogante ou corretiva da lei ou uma interpretação restritiva contrária ao entendimento que a doutrina e a jurisprudência, secundadas por uma prática constante, deram à norma em causa” (*A decisão...*, p. 331). Em sentido contrário, cf. Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, pp. 96-97, nota 110, citando o Acórdão n.º 636/94. Todavia, isto não significa, no entendimento daquele Autor, que não haja limites à interposição de recursos de decisões interpretativas dos tribunais em geral. Assim, “o primeiro [limite], igualmente reconhecido pelo Tribunal Constitucional, reside no facto de o juízo de inaplicabilidade de uma interpretação inconstitucional só valer como recusa de aplicação de norma para efeitos do disposto na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição nos casos em que se fundar, única ou primacialmente, no princípio da interpretação conforme à Constituição”, enquanto “o segundo limite, ignorado em contrapartida pelo Tribunal Constitucional, respeita à não aplicação nestes casos do regime do recurso obrigatório para o Ministério Público previsto no n.º 3 do artigo 280.º da Constituição” (Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 331-332). Ignorando este segundo limite, cf. Acórdão n.º 43/14. Admitindo, em termos gerais, a recorribilidade daquelas decisões, cf., J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 1313.

³⁵⁰ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 80-81; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 31-32; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 193. Na jurisprudência, cf., entre outros, Acórdão n.º 18/96.

³⁵¹ Jorge Reis Novais, “Em defesa...”, p. 104, que em seguida critica a imprecisão e a insegurança jurídicas resultantes deste desenvolvimento jurisprudencial (cf. *ibidem*, pp. 105-113). Para uma análise dos diversos aspetos da distinção em causa, v. Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 336-352. Sobre o problema metodológico e as dificuldades práticas que ele provoca, v. Paulo Mota Pinto, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, in *Themis: Revista de Direito*, ed. especial (30 anos da Constituição Portuguesa – 1976-2006), 2006, pp. 210-216.

³⁵² Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 32; Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 339; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 193.

subsuntiva efetuada pelo juiz no caso concreto³⁵³. Relevante é, portanto, que a interpretação normativa pressuponha – contrariamente ao que sucede na delimitação do conceito funcional de norma – um caráter de generalidade e abstração na enunciação do critério normativo que lhe dá suporte para que este possa autonomizar-se da mera atividade subsuntiva, a qual está sempre associada às especificidades do caso concreto³⁵⁴.

Todavia, algumas incertezas afloram nos casos referentes à interpretação e ao preenchimento de conceitos indeterminados ou de cláusulas gerais de primeiro e segundo graus, as quais implicam a valoração pelo juiz de um vasto conjunto de circunstancialismos presentes no caso *sub judice* e que dão azo a uma pluralidade de interpretações possíveis da norma em causa³⁵⁵. Sobre este tema, a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem considerado que, em princípio, a interpretação e concretização de conceitos legais indeterminados possa constituir uma norma para efeitos de fiscalização concreta³⁵⁶, salvo quando esteja em causa a densificação de cláusulas gerais de segundo grau – tais como as de abuso de direito e de boa-fé –, pois, nesses casos, “de certa forma pode dizer-se que a cláusula geral aplicada numa decisão judicial implica, pela consideração das circunstâncias do caso à luz do padrão valorativo a considerar, em cada caso um sentido normativo concreto, que não se distingue para efeitos de controlo da constitucionalidade da concretização efetuada na decisão judicial”³⁵⁷.

Mais controversos são, porém, os casos de interpretação extensiva ou analógica de conceitos legais em domínios onde vigora o princípio da legalidade (penal e fiscal)³⁵⁸. Em causa está, portanto, a questão da qualificação da alegada violação daquele princípio pela interpretação judicial, o que tem sido particularmente debatido pelo Tribunal Constitucional

³⁵³ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 32. “No entanto – e a propósito de uma interpretação desmesuradamente formal e acentuadamente imprevisível de normas adjetivas que criem para as partes determinados ónus ou preclusões –, tem a jurisprudência recente do Tribunal Constitucional admitido alguma flexibilidade no que toca a uma rígida distinção dogmática entre o controlo normativo e o amparo, julgando certas interpretações, impositivas de um ónus formal desproporcionado [...], colidentes com o direito a um processo equitativo ou com os princípios da proporcionalidade e da confiança – cf., os Acórdãos n.ºs 278/98, 485/00, 260/02 e, muito em particular, o Acórdão n.º 413/02 [...]” (*ibidem*, p. 11). Mais recentemente, cf. Acórdão n.º 442/15. Esta não é, contudo, uma orientação jurisprudencial constante. Assim, em sentido divergente, cf. Acórdão n.º 749/14.

³⁵⁴ Cf. *ibidem*, pp. 32-33.

³⁵⁵ Cf. *ibidem*, p. 37.

³⁵⁶ Cf. *idem*. Cf., por exemplo, Acórdão n.º 380/96, relativo ao conceito de justo impedimento.

³⁵⁷ Acórdão n.º 655/99, relativo à cláusula de abuso de direito (embora não unânime). No mesmo sentido, inclusive citando aquele acórdão, cf. Acórdão n.º 532/04, relativo à cláusula de boa-fé. Cf., também, Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 37-38.

³⁵⁸ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 39.

e constitui objeto de divergência jurisprudencial³⁵⁹. No entanto, o entendimento que tem tendencialmente prevalecido na jurisprudência constitucional é o de que “apenas deteriam natureza normativa os recursos em que o recorrente questionasse diretamente a constitucionalidade do resultado interpretativo alcançado pelo tribunal *a quo* – tomado em si mesmo, com total abstração do processo interpretativo da lei que conduziu ao mesmo –, tratando-se, afinal, de determinar se uma eventual e hipotética consagração legislativa do regime jurídico em que se consubstancia tal resultado interpretativo colide ou não com a Constituição, por fundamento diverso e autónomo da violação do princípio da tipicidade ou da legalidade”³⁶⁰.

Todavia, tal entendimento é questionado por alguma doutrina.

Assim, Rui Medeiros denota que, “sobretudo, num cenário em que se reconhece que a fiscalização de normas extravasa, em larga medida, do controlo da atividade legislativa e em que não se contesta que se está perante uma solução abstratamente enunciada para uma aplicação genérica e não simplesmente perante o controlo da concreta decisão de um caso jurídico, é duvidoso que se justifique – sem incorrer em concetualismo excessivo – a transformação da especificidade metodológico-dogmática do problema no argumento central para recusar a competência do Tribunal Constitucional”³⁶¹.

Em termos mais incisivos, Carlos Lopes do Rego considera não haver “qualquer razão válida para excluir da fiscalização [concreta] de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional o processo interpretativo seguido pelo tribunal *a quo*, expresso na adoção de um critério normativo de índole geral e abstrata (por perfeitamente dissociado das específicas particularidades do caso concreto e da concreta subsunção realizada) e que, por se autoqualificar expressamente como traduzindo feitura de uma interpretação atualista e

³⁵⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 81, nota 104, onde o Autor elenca diversos acórdãos relativos a esta questão.

³⁶⁰ Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 41. Assim, cf., em especial, Acórdão n.º 674/99, mas também Acórdãos n.ºs 196/03 e 197/03, estes últimos tirados em plenário e relativos à sindicabilidade de interpretações normativas alegadamente violadoras do princípio da legalidade tributária. Diversamente, cf. Acórdão n.º 205/99, em que o Tribunal Constitucional concluiu estar diante de uma questão de inconstitucionalidade normativa em razão de o objeto do recurso de constitucionalidade incidir tão-somente sobre “o conteúdo final da interpretação, ou dito de outro modo, o resultado interpretativo pelo qual se atinge a norma que decide o caso”, o qual “não é apenas determinado pelo caso concreto, mas é referido com elevada abstração, na base de uma linha jurisprudencial anterior que utilizou a mesma perspetiva interpretativa para casos idênticos”. Seguindo esta mesma linha jurisprudencial, cf., entre outros, Acórdãos n.ºs 285/99, 122/00 e 395/03.

³⁶¹ “A força...”, p. 194.

inovatória, dispensa o Tribunal Constitucional de fixar previamente o preciso sentido das palavras e conceitos utilizados na *fattispecie*, como operação preliminar indispensável ao apuramento da existência de violação do princípio da legalidade³⁶².

No entanto, esta questão voltou a ser submetida à apreciação do plenário do Tribunal Constitucional em virtude da divergência jurisprudencial emergente dos Acórdãos n.ºs 110/07 e 524/07. Nesta ocasião, o Tribunal Constitucional – partindo de uma distinção metodológica do referente normativo entre normas que se referem a factos concretos, a realidades típicas não configuradas pelo legislador e a meras categorias normativas fixadas por lei – concluiu, contudo, ser competente para conhecer das eventuais violações do princípio da legalidade nos casos em que o possível referente da norma seja uma outra norma geral e abstratamente fixada por lei³⁶³.

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional deparou-se, a propósito do Acórdão n.º 587/14, com a questão de saber se uma interpretação analógica levada a cabo pelo tribunal *a quo* e que culmina com a incriminação do arguido respeita o princípio da legalidade criminal. Na esteira do Acórdão n.º 186/13, o Tribunal Constitucional entendeu que, “na verdade, se a Constituição consagra, no seu artigo 29.º, n.º 1, o princípio da legalidade criminal, extraindo-se do âmbito de proteção de tal normativo a proibição de aplicação analógica de normas incriminadoras, uma interpretação sistemática do texto constitucional aconselha a que esse momento hermenêutico se converta num «pedaço» de normatividade integrante do objeto de controlo. Daqui não resulta que o Tribunal Constitucional haja de escrutinar qualquer processo hermenêutico que, em matéria penal ou processual penal, venha a ser adotado a nível infraconstitucional. O *iter* metodológico seguido pelo tribunal recorrido no apuramento do sentido normativo da norma permanece insindicável, não cabendo ao Tribunal Constitucional repassá-lo, mas apenas verificar se foram ultrapassados os limites

³⁶² *Os Recursos...*, p. 49.

³⁶³ Cf. Acórdão n.º 183/08 (não unânime). Assim, Carlos Lopes do Rego assevera que, “em aplicação deste recente entendimento, tem o Tribunal Constitucional admitido sindicatizar a interpretação feita acerca de figuras processuais abstratas normativamente previstas (no caso, a declaração de contumácia), configurável como objeto idóneo da fiscalização concreta, mas já não quando o que está em causa é saber se determinadas realidades empíricas ou factos jurídicos concretos cabem ou não na hipótese delineada abstratamente pela norma sujeita ao princípio da tipicidade, no exercício de uma pura atividade subsuntiva – cf., v. g., os Acórdãos n.ºs 277/08 e 417/08” (*Os Recursos...*, pp. 49-50).

constitucionais a que esse *iter* está sujeito em matéria penal, concretamente, a proibição da analogia in *malam partem*³⁶⁴.

Menos duvidosos parecem ser, contudo, os casos de integração de lacuna nos termos do n.º 3 do artigo 10.º do CC, pois, “efetivamente, em sistemas em que o Tribunal Constitucional apenas pode fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas e não pode controlar a constitucionalidade da jurisprudência complementar do ordenamento jurídico, a única forma de assegurar a expurgação da norma assim criada passa pelo reconhecimento da competência de fiscalização do Tribunal Constitucional”³⁶⁵.

Delimitado, assim, o objeto do recurso de constitucionalidade, faz-se mister circunscrever, em termos bastante sucintos, o âmbito dos poderes cognitivos do Tribunal Constitucional³⁶⁶.

Desde logo, o Tribunal Constitucional só pode julgar inconstitucional a norma que a decisão recorrida tenha aplicado ou recusado a aplicação, podendo fazê-lo, porém, com fundamento na violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada (art.º 79.º-C, LTC). Isto é, o Tribunal Constitucional encontra-se vinculado ao objeto do recurso, mas não à causa de pedir³⁶⁷.

Desse modo, a apreciação do Tribunal Constitucional recai sobre uma pura questão de direito, ou seja, os seus poderes cognitivos não incluem a averiguação e a determinação dos factos da causa principal³⁶⁸. De igual modo, não abrangem o juízo sobre a relevância da subsunção da norma aos factos que integram a questão principal sempre que este juízo possa

³⁶⁴ Acórdão n.º 587/14.

³⁶⁵ Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 344-345. Neste sentido, cf. Acórdãos n.ºs 264/98 e 181/99. Cf., ainda, Rui Medeiros, “A força...”, pp. 188-189; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 79-80, embora aí o Autor pareça entender que o objeto de fiscalização já não seria a norma criada pelo juiz, mas a decisão judicial em si mesma.

³⁶⁶ Mais desenvolvidamente, v. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 271-277.

³⁶⁷ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 635; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 837; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 955; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 41; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 924.

³⁶⁸ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 81; António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, pp. 924-925.

e deva realizar-se independentemente de quaisquer considerações jurídico-constitucionais³⁶⁹.

Todavia, no âmbito dos poderes de cognição do Tribunal Constitucional já se encontra incluída a requalificação jurídica de valorações relativas aos factos sempre que esta se afigure absolutamente necessária para a formulação do juízo de constitucionalidade³⁷⁰, bem como a interpretação – para além da própria Constituição – do preceito questionado quando constitucionalmente relevante (art.º 80.º, n.º 3, LTC)³⁷¹.

Neste sentido, a jurisprudência constitucional tem afirmado, desde o Acórdão n.º 2/84, que, funcionando como última instância de recurso para a apreciação de questões de inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional “não pode, de modo algum, ser cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado, proferida no processo a que o recurso respeita”³⁷², pois “isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição, em sede de fiscalização concreta”³⁷³, pelo que, “para decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade, necessariamente se imporá ao Tribunal Constitucional proceder à interpretação da norma cuja constitucionalidade se pretende atribuir ou arredar”³⁷⁴.

1.3. A legitimidade para interpor o recurso³⁷⁵

Podem recorrer para o Tribunal Constitucional tanto o Ministério Público quanto as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, tenham legitimidade para dela interpor recurso (art.º 72.º, n.º 1, LTC), o que compreende,

³⁶⁹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 81-82.

³⁷⁰ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 630-632. Cf., ainda, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 82.

³⁷¹ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 82; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 632-634. Cf., ainda, Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 261.

³⁷² Acórdão n.º 2/84.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ *Idem.*

³⁷⁵ Para a distinção entre legitimidade e interesse processual, v. Miguel Teixeira de Sousa, “Legitimidade e interesse no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 948-950.

para além das partes principais que tenham ficado vencidas³⁷⁶, as partes acessórias e os terceiros direta e efetivamente prejudicados pela decisão da qual se recorre (art.º 631.º, n.ºs 1 e 2, CPC)³⁷⁷. Em todo o caso, o direito de interpor recurso para o Tribunal Constitucional é irrenunciável, conforme disposto no artigo 73.º da LTC.

Duvidosa é, no entanto, a determinação da legitimidade processual ativa do Ministério Público quando este seja parte no processo³⁷⁸, em particular, parte acessória³⁷⁹. Especificamente em relação ao recurso de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (art.º 280.º, n.º 1, al. b), CRP; art.º 70.º, n.º 1, al. b), LTC), a jurisprudência constitucional tem uniforme e reiteradamente entendido que o Ministério Público carece de legitimidade para recorrer quando, ainda que tenha suscitado a questão de inconstitucionalidade durante o processo, não intervém a título principal ou como representante de qualquer das partes no processo, mas tão-só como parte acessória, pois, na hipótese em apreço, apenas goza de legitimidade processual ativa quem é titular de um interesse direto em recorrer, ou seja, a parte vencida³⁸⁰.

Todavia, esta orientação jurisprudencial não é isenta de divergências na doutrina³⁸¹. Por um lado, há quem entenda que o Ministério Público não goza de legitimidade para recorrer sempre que estejam em causa decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo³⁸². Por outro lado, há quem

³⁷⁶ Em casos de decisão de inconstitucionalidade parcial ou de natureza interpretativa, pode suceder que ambas as partes tenham ficado vencidas, pelo que cada uma delas terá legitimidade para recorrer na parte que lhe seja desfavorável (cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 186).

³⁷⁷ Por último, cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, p. 693; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 745-746; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 990. Cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 943; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 79. Cf., também, Acórdãos n.ºs 17/95 e 373/02.

³⁷⁸ Neste sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 990-991.

³⁷⁹ Neste sentido, cf. Miguel Teixeira de Sousa, “Legitimidade...”, p. 952.

³⁸⁰ Cf. Acórdãos n.ºs 636/94, 171/95, 1187/96, 368/97 (“na verdade, a tese de que o Ministério Público possuirá, no presente processo, legitimidade para interpor o recurso de constitucionalidade assenta numa confusão entre os poderes que lhe são conferidos como assistente e a sua função de fiscalização e defesa da legalidade democrática”) e 242/98. Cf., ainda, Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, p. 18; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 174-175; Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, pp. 697-698 e 746-747; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, pp. 12-13; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 79; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 763-764; Miguel Teixeira de Sousa, “Legitimidade...”, p. 952.

³⁸¹ Citando como exemplo a norma do n.º 1 do artigo 141.º do CPTA, Miguel Teixeira de Sousa entende que “esta jurisprudência do Tribunal Constitucional é compreensível nos regimes processuais em que a atuação da parte acessória deva ficar dependente da conduta da parte principal [...], mas não parece resolver todos os problemas que se podem suscitar nesta matéria” (“Legitimidade...”, pp. 952-953).

³⁸² Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 745.

defenda, em sentido diametralmente oposto, que o Ministério Público possa – ou quiçá deva, na medida em que seria duvidoso que lhe fosse legalmente possível efetuar um juízo de oportunidade – interpor recurso para o Tribunal Constitucional, ainda que não tenha levantado ou secundado a arguição da questão de inconstitucionalidade, sendo-lhe suficiente, para tanto, que esteja em perigo um interesse público e que aquela questão tenha sido suscitada por alguma das partes durante o processo³⁸³. Uma *via di mezzo* é, contudo, proposta por Mário Torres, que, partindo da rejeição de um conceito estrito de «parte»³⁸⁴, considera que o Ministério Público dispõe de legitimidade para interpor recurso de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo sempre que ele próprio tenha suscitado a questão de inconstitucionalidade no decurso do processo³⁸⁵.

Seja como for, não se pode ignorar que, à luz do princípio da igualdade de armas, o Ministério Público, quando seja parte processual, não está dispensado dos ónus inerentes à interposição de recurso em causa³⁸⁶.

Desde logo, que tenha suscitado a questão de inconstitucionalidade durante o processo (art.º 280.º, n.º 1, al. *b*), CRP; art.º 70.º, n.º 1, al. *b*), LTC), pois só assim é possível ao juiz *a quo* apreciá-la e decidir o litígio concreto em conformidade com o seu juízo sobre a questão suscitada³⁸⁷. Note-se, contudo, que a fórmula «questão suscitada durante o processo» tem dado azo a uma vasta jurisprudência do Tribunal Constitucional, o qual tem interpretado esse requisito processual de forma predominantemente funcional e não

³⁸³ Cf. Vitaliano Canas, *Os processos...*, pp. 42-45, em especial esta última. Em bom rigor, a qualidade de «parte processual» do Ministério Público seria, de acordo com este entendimento, completamente indiferente para efeitos de legitimidade para interpor o referido recurso de constitucionalidade.

³⁸⁴ Segundo este Autor, a noção de «parte» presente no n.º 4 do artigo 280.º da CRP e n.º 2 do artigo 72.º da LTC “deve ser entendida como abrangendo todo e qualquer interveniente processual que, de acordo com as regras próprias de cada tipo de processo (civil, criminal, laboral, fiscal, administrativo, etc.), tenha legitimidade para suscitar perante o tribunal *a quo* a questão da inconstitucionalidade da norma que veio a ser aplicada na decisão recorrida”. Isto porque, continua o Autor, “a adoção de um conceito estrito de «parte», reduzindo-a na prática às figuras de autor e réu da ação declarativa [...], deixaria de fora, para além dos restantes intervenientes, os «atores principais» dos processos sem partes”, o que acabaria por excluir qualquer possibilidade de interposição do recurso previsto na al. *b*) do n.º 1 do artigo 280.º da CRP nesse tipo de processo (“Legitimidade para o Recurso de Constitucionalidade (Natureza da Intervenção do Ministério Público no Contencioso Administrativo)”, in *Revista de Direito Público*, n.º 13, ano VII, janeiro/junho, 1993, pp. 20-21).

³⁸⁵ Cf. “Legitimidade...”, pp. 20-21. Partilhando o mesmo entendimento, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 266, nota 4, onde o Autor expressamente refere a sua recente mudança de opinião. De forma não explícita e, portanto, aparentemente, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 991 e 994; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta...», pp. 834-835.

³⁸⁶ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 747; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 175.

³⁸⁷ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 985-986.

unicamente formal: a questão de inconstitucionalidade tem de ser suscitada enquanto não se houver esgotado o poder jurisdicional do juiz *a quo* sobre a matéria a que tal questão respeite – em geral, antes da prolação da sentença³⁸⁸. Excetuam-se, porém, os casos em que os interessados não tenham tido a devida oportunidade processual para invocar a questão de inconstitucionalidade antes da prolação da sentença ou tenham sido surpreendidos pela aplicação imprevisível e invulgar de uma norma ou de uma sua determinada interpretação, de modo que não lhes fosse exigível contestá-la antecipadamente³⁸⁹, bem como os casos de incompetência absoluta do tribunal, desde que a decisão não tenha transitado em julgado³⁹⁰.

Mas não é só. Exige-se também que a questão de inconstitucionalidade tenha sido suscitada de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer (art.º 72.º, n.º 2, LTC *ex vi* art.º 280.º, n.º 4, CRP). Ora, tratando-se de um requisito processual que comporta diversos aspetos e que constitui “uma natural decorrência da necessidade de suscitação prévia da inconstitucionalidade, importa deixar dito que tal exigência não pode reconduzir-se, naturalmente, à necessidade (formalística) da utilização de um certo e determinado tipo de enunciado para invocar a inconstitucionalidade e, sobretudo, há-de perspetivar-se, claro é, pelo lado do juiz *a quo* (e não pelo lado do Tribunal Constitucional), pelo que, se aquele houver entendido determinada «alegação» (ainda que menos canónica ou perfeitamente formulada, mas produzida em momento processual ajustado) como invocação duma certa inconstitucionalidade normativa, e a houver apreciado como tal, a exigência deve considerar-se satisfeita [...]”³⁹¹.

³⁸⁸ Neste sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986. Cf., ainda, J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 370; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 948 José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 76 e nota 98; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 97; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta» ...”, p. 835; Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, p. 46. De acordo com José Manuel M. Cardoso da Costa, “[...] possibilitar o recurso com base numa invocação da inconstitucionalidade unicamente *ex post factum* (depois de proferida a decisão) representaria abrir o caminho à fácil conversão do recurso para o Tribunal Constitucional num mero expediente processual dilatatório” (*A Jurisdição...*, p. 78).

³⁸⁹ Neste preciso sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 77-78, nota 99, para quem, tratando-se de situações excecionais e, portanto, pouco recorrentes, fez bem o legislador português em não tentar codificá-las aquando da revisão da LTC promovida pela Lei n.º 13-A/98, de 26 de fevereiro. Cf., também, J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 370; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 948-949; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 986; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta» ...”, p. 835.

³⁹⁰ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 997; Guilherme Fonseca, “Fiscalização...”, p. 456; Nuno Rolo, “A fiscalização...”, p. 79.

³⁹¹ José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 76-77, nota 98. Cf., por exemplo, o disposto no n.º 2 do artigo 75.º-A da LTC. Para uma análise mais desenvolvida destes requisitos ou conjunto

Note-se, ainda, que os recursos de decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo “apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso caibam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência” (art.º 70.º, n.º 2, LTC). Tais recursos encontram-se, portanto, sujeitos à regra ou princípio da exaustão dos recursos ordinários³⁹², em razão da necessidade de filtragem dos recursos e de se evitar a sobrecarga do Tribunal Constitucional³⁹³. Entende-se haver esgotamento dos recursos ordinários nos casos em que “tenha havido renúncia, haja decorrido o respetivo prazo sem a sua interposição ou os recursos interpostos não possam ter seguimento por razões de ordem processual” (art.º 70.º, n.º 4, LTC)³⁹⁴. Acrescenta-se que “são equiparados aos recursos ordinários as reclamações para os presidentes dos tribunais superiores, nos casos de não admissão ou de retenção do recurso, bem como as reclamações dos despachos dos juízes relatores para a conferência” (art.º 70.º, n.º 3, LTC).

Para além de ter legitimidade para recorrer nos termos gerais, quando seja parte no processo, o Ministério Público é ainda obrigado a interpor recurso de constitucionalidade nas hipóteses previstas nos n.ºs 3 e 5 do artigo 280.º da CRP e no n.º 3 do artigo 72.º da LTC³⁹⁵ – é dizer, de decisões que tenham recusado a aplicação, por motivos de inconstitucionalidade, de norma que conste de convenção internacional, ato legislativo ou decreto regulamentar³⁹⁶ e, ainda, de decisões que tenham aplicado norma já anteriormente julgada inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional ou pela Comissão

de requisitos processuais, v. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 753-775; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 75-106; Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, pp. 45-59; Jorge Miranda, *Manual...*, Tomo VI, pp. 252-257; Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 755-762; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, pp. 15-21; Inês Domingos / Margarida Menéres Pimentel, “O recurso...”, pp. 442 e ss..

³⁹² Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 953; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 775. Cf., ainda, Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 272.

³⁹³ Neste sentido, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 272. Cf., também, Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 838.

³⁹⁴ Para uma análise da interpretação que a jurisprudência constitucional tem feito sobre este requisito processual, v. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 113-124.

³⁹⁵ Conforme denota Miguel Teixeira de Sousa, “esta legitimidade do Ministério Público para interpor obrigatoriamente recurso de certas decisões não é afastada pela circunstância de ele ser parte na causa [...]” (“Legitimidade...”, p. 951). Cf., a propósito, art.º 79.º-D, n.º 1, LTC.

³⁹⁶ Nesta hipótese, o Ministério Público está obrigado a recorrer imediatamente para o Tribunal Constitucional, independentemente de a causa ainda admitir recurso ordinário (cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 994 e 995, nota 13). É isto o que se infere da leitura conjugada do n.º 2 do artigo 70.º com o n.º 3 do artigo 72.º, ambos da LTC.

Constitucional, nos precisos termos em que seja requerida a sua apreciação a este tribunal³⁹⁷⁻
³⁹⁸. Se, por um lado, a obrigatoriedade do recurso previsto no n.º 3 do artigo 280.º da CRP e na 1.ª parte do n.º 3 do artigo 72.º da LTC é justificada pelo princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos com valor equivalente, a obrigatoriedade do recurso estabelecido no n.º 5 do artigo 280.º da CRP e na parte final do artigo 72.º da LTC justifica-se, por outro lado, em razão da prevalência do Tribunal Constitucional em questões de inconstitucionalidade, ao que subjaz ainda uma ideia de uniformização da jurisprudência³⁹⁹.

³⁹⁷ Esta última hipótese abrange, seguramente, as normas julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional em sede de fiscalização concreta, bem como aquelas nos casos em que o próprio Tribunal Constitucional decidiu matérias alheias à fiscalização da constitucionalidade, como, por exemplo, em recursos eleitorais. Duvidoso é, porém, se as normas julgadas inconstitucionais em sede de fiscalização preventiva também se encontram abrangidas por este tipo de recurso. Assim, cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 954. Relativamente a este último caso, cf. a doutrina divergente em Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 257, para quem “não se justifica recurso de uma decisão judicial contrária à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade, em fiscalização preventiva”. Cf., também, Acórdão n.º 289/02, em que o Tribunal Constitucional admitiu conhecer o recurso interposto ao abrigo da alínea g) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC de uma decisão do tribunal *a quo* que aplicava uma interpretação normativa anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Atente-se que, conforme denota Carlos Lopes do Rego, este tipo de recurso “pressupõe uma estrita e perfeita coincidência entre a norma ou interpretação normativa já precedentemente julgada inconstitucional e a norma (ou uma interpretação dela) efetivamente aplicada à dirimição do caso pelo tribunal *a quo*: esta situação torna-se particularmente evidente nos casos em que o precedente juízo de inconstitucionalidade incidiu apenas sobre determinada parcela, segmento ou interpretação na norma (como ocorre nas decisões de inconstitucionalidade parcial, quantitativa ou qualitativa) [...]” (*Os Recursos...*, p. 147). Sobre a situação paralela de aplicação por um tribunal ordinário de norma já declarada inconstitucional com eficácia *erga omnes* pelo Tribunal Constitucional, v. José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 41-42, nota 44, e as referências jurisprudenciais e doutrinárias aí citadas.

³⁹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 943; Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, p. 17. Acrescenta-se, ainda, a hipótese de recurso obrigatório para o Ministério Público regulada no artigo 79.º-D da LTC (recurso para o plenário para uniformização de jurisprudência) *ex vi* n.º 3 do artigo 224.º da CRP.

³⁹⁹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 994. Após considerar que, em bom rigor, o princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos com valor equivalente excluiria a obrigatoriedade de recurso no caso dos decretos regulamentares (por não serem atos legislativos), este Autor justifica tal obrigatoriedade com fundamento na articulação do princípio da presunção de constitucionalidade com o reconhecimento decorrente do ato de promulgação pelo Presidente da República, o que se consubstanciaria numa presunção de atos já promulgados (cf. *idem*). Em sentido próximo, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 43, nota 45. Obviando o problema acerca dos decretos regulamentares, Carlos Blanco de Moraes assevera “que a obrigatoriedade do recurso se justifica à luz do princípio da presunção da constitucionalidade de certas normas e da legalidade das leis [...]” (*Justiça...*, II, p. 733). Criticando a conceção dominante de que a obrigatoriedade de interposição de recurso pelo Ministério Público constitui um sistema de defesa da lei ou um corolário da ideia do *favor legislatoris*, Rui Medeiros propõe, por sua vez, uma leitura do n.º 3 do artigo 280.º da CRP coerente com a lógica do atual sistema de fiscalização da constitucionalidade das normas em que justifica o recurso obrigatório do Ministério Público com base na presunção qualificada de não inconstitucionalidade dos atos normativos promulgados (ratificados ou assinados) pelo Presidente da República. Ainda segundo este Autor, tal presunção não se aplicaria nos casos de decisões que apliquem normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional – art.º 280.º, n.º 5, CRP; art.º 72.º, n.º 4, LTC (cf. *A decisão...*, pp. 70-89; cf., também, Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, pp. 751-753). Diversamente, Jorge Miranda considera que, em ambas as hipóteses, a obrigatoriedade do recurso tem por fundamento a supremacia do Tribunal Constitucional, de modo a atribuir necessariamente a este tribunal a decisão final acerca da inconstitucionalidade das normas que constam dos atos normativos mais

Neste diapasão, denota-se, por fim, que a atribuição de legitimidade processual ativa ao Ministério Público confere ao recurso um caráter misto, na medida em que ele não apenas dispõe de uma finalidade subjetiva de defesa de direitos e interesses das pessoas (art.º 20.º, CRP), mas também de uma finalidade objetiva de defesa da integridade do ordenamento jurídico, a qual é reforçada nas hipóteses em que o recurso é obrigatório para o Ministério Público⁴⁰⁰.

2. As decisões do Tribunal Constitucional

Como órgão especificamente competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional (art.º 221.º, CRP), cabe ao Tribunal Constitucional pronunciar a «última palavra» acerca dos incidentes de inconstitucionalidade que, por via de recurso, lhe sejam levados a julgamento (art.º 280.º, CRP)⁴⁰¹. Daqui decorre, por conseguinte, a competência do Tribunal Constitucional para, tal como os tribunais ordinários, proferir decisões positivas e negativas de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta⁴⁰².

2.1. O conteúdo das decisões

Em termos gerais, a Constituição de 1976 apenas alude ao conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional que concluem pela existência de inconstitucionalidade, atribuindo-lhes uma terminologia variada consoante o tipo de fiscalização da constitucionalidade em causa⁴⁰³. Isso significa que, nos casos em que não conclua pela existência de inconstitucionalidade, as decisões do Tribunal Constitucional assumem um

importantes na hierarquia das fontes do ordenamento jurídico português, para além da própria Constituição (cf. *Manual...*, VI, pp. 268-271).

⁴⁰⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 266. Sobre a extensão do recurso, v. art.º 74.º da LTC.

⁴⁰¹ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 618.

⁴⁰² Cf. *ibidem*, p. 821.

⁴⁰³ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, pp. 951-952. Em sentido próximo, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 372.

caráter meramente negativo, pois, na ausência de previsão constitucional expressa, não cabe ao Tribunal Constitucional emitir juízos positivos de constitucionalidade⁴⁰⁴. Esse entendimento tem consequências tanto para a formulação do pedido quanto para a fórmula da decisão que incide sobre a questão de inconstitucionalidade⁴⁰⁵.

Assim, diversamente das fórmulas utilizadas na fiscalização abstrata preventiva (art.º 279.º, n.ºs 1 e 4, CRP) e sucessiva (art.º 281.º, n.ºs 1 e 3, CRP), bem como na fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art.º 283.º, n.º 2, CRP), as decisões do Tribunal Constitucional proferidas em sede de fiscalização concreta traduzem-se, quando no sentido da inconstitucionalidade de uma determinada norma, num «julgamento de inconstitucionalidade» (decisão positiva ou de acolhimento), e, quando no sentido oposto, num «não julgamento de inconstitucionalidade» (decisão negativa ou de rejeição) – art.ºs 280.º, n.º 5, e 281.º, n.º 3, CRP⁴⁰⁶.

Não obstante a maioria das decisões do Tribunal Constitucional se enquadrar, ao menos em termos formais, no âmbito das duas alternativas decisórias apresentadas, certo é que a jurisprudência constitucional tem desenvolvido técnicas de decisão intermédias, embora nem sempre o tenha feito sob a égide de uma disposição legal e/ou constitucional habilitante⁴⁰⁷. Por conseguinte, o conteúdo das decisões do Tribunal Constitucional não se esgota no «esquema binário acolhimento/rejeição»⁴⁰⁸.

Neste diapasão, para além dos denominados tipos «simples» ou «extremos» – em que o Tribunal Constitucional julga uma determinada norma, na sua totalidade, inconstitucional (decisão positiva ou de acolhimento) ou, pelo contrário, não a julga, *in totum*, inconstitucional (decisão negativa ou de rejeição) –, revestem-se de particular importância, na jurisprudência constitucional portuguesa, as decisões interpretativas, as decisões de inconstitucionalidade parcial e as decisões aditivas⁴⁰⁹.

⁴⁰⁴ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 952; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 917; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 99, e, em termos comparativos, “Relatório Geral...”, p. 90, onde o Autor denota que o mesmo não ocorre no Chile e no Brasil.

⁴⁰⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 917.

⁴⁰⁶ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 952; J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 372; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 98-99, e, em termos comparativos, “Relatório Geral...”, pp. 89-90.

⁴⁰⁷ Neste sentido, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 99, e, ainda, “Relatório Geral...”, p. 90.

⁴⁰⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 372.

⁴⁰⁹ Neste sentido, cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 286.

2.1.1. *Decisões interpretativas*

As decisões interpretativas implicam, frequentemente, uma interpretação conforme à Constituição, consistindo numa técnica de decisão em que o Tribunal Constitucional, diante de uma norma que admita mais de uma interpretação, rejeita aquela ou aquelas que conduziriam à sua inconstitucionalidade e acolhe a interpretação que for compatível com a Constituição⁴¹⁰.

Na sua formulação básica, o princípio da interpretação conforme à Constituição impõe que, em caso de normas polissémicas ou plurissignificativas, o Tribunal Constitucional escolha a interpretação que lhes dê um sentido em conformidade com a Constituição⁴¹¹. Trata-se, portanto, de uma forma de o Tribunal Constitucional (e os demais tribunais) neutralizar violações constitucionais, optando pela interpretação normativa que possibilite a emissão de um juízo de conformidade constitucional⁴¹². Todavia, a aplicação desse princípio comporta, como é evidente, determinados limites, os quais estão adstritos, por um lado, ao teor literal do preceito – o conteúdo da norma interpretada não pode ser totalmente redefinido – e, por outro lado, à vontade do legislador – o objetivo pretendido pelo legislador não pode ser, na sua essência, ignorado⁴¹³.

Nestes termos, o Tribunal Constitucional cedo reconheceu que, para proceder à interpretação conforme à Constituição, lhe compete determinar quais as interpretações possíveis da norma que a invalidam e aquelas que lhe garantem subsistência válida no ordenamento jurídico, julgando, expressa ou implicitamente, algumas interpretações inconstitucionais e outras não inconstitucionais⁴¹⁴.

Dito isso, importa ressaltar que, no sistema português de fiscalização concreta, as decisões interpretativas têm a sua origem e fundamento não só na aplicação jurisprudencial

⁴¹⁰ Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 100, e “Relatório Geral...”, p. 91.

⁴¹¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 1126.

⁴¹² Cf. *ibidem*, pp. 958-959.

⁴¹³ Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 100.

⁴¹⁴ Cf. Acórdãos n.ºs 128/84 e 39/86.

do princípio da interpretação conforme à Constituição, mas igualmente em disposição legal expressa, mais precisamente na norma do n.º 3 do artigo 80.º da LTC⁴¹⁵.

Neste contexto, o facto de a fiscalização concreta poder recair sobre determinadas interpretações normativas, efetivamente utilizadas pelo tribunal *a quo* como critério de decisão do caso concreto, tem conduzido a um progressivo aumento do número de decisões em que o Tribunal Constitucional julga ou não uma norma inconstitucional na medida em que ou quando seja interpretada num certo sentido⁴¹⁶. Sendo assim, não obstante se configurarem como decisões intermédias entre as decisões de inconstitucionalidade (positivas ou de acolhimento) e as decisões de não inconstitucionalidade (negativas ou de rejeição), a verdade é que as decisões interpretativas acabam sempre por corresponder a uma ou outra modalidade de decisão «simples» ou «extrema»⁴¹⁷, designando-se, consoante o caso, por decisões interpretativas de acolhimento ou de rejeição⁴¹⁸.

2.1.2. *Decisões de inconstitucionalidade parcial*

Considerando que, em face do direito constitucional português, o objeto da fiscalização concreta da constitucionalidade é constituído por normas e não pelos preceitos ou diplomas que as contêm⁴¹⁹, é perfeitamente plausível configurar uma decisão positiva ou de acolhimento de inconstitucionalidade que não afete a totalidade da norma questionada, mas tão-somente uma sua parte⁴²⁰. Aliás, pode mesmo ocorrer que a decisão de

⁴¹⁵ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 953; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 287.

⁴¹⁶ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 287.

⁴¹⁷ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 953.

⁴¹⁸ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 1002; Paulo Otero, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, Lisboa, 1993, p. 115. Diversamente, cf. Vitalino Canas, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional (Conteúdo, Objeto, Efeitos)*, 2.ª ed. revista, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994, pp. 85-86.

⁴¹⁹ De acordo com J. J. Gomes Canotilho, “deve distinguir-se entre enunciado (formulação, disposição) da norma e norma. A formulação da norma é qualquer enunciado que faz parte de um texto normativo (de «uma fonte de direito»). Norma é o sentido ou significado adstrito a qualquer disposição (ou a um fragmento de disposição, combinação de disposições, combinações de fragmentos de disposições). Disposição é parte de um texto ainda a interpretar; norma é a parte de um texto interpretado” (*Direito...*, pp. 1201-1202).

⁴²⁰ Cf. António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 945; Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 955.

inconstitucionalidade incida sobre uma parte da norma que nem sequer tenha correspondência num segmento semântico autónomo do preceito que a contém, figurando apenas como um seu segmento ou secção ideal⁴²¹.

Neste sentido, a jurisprudência constitucional logo reconheceu, a propósito do Acórdão n.º 12/84, a distinção entre inconstitucionalidade parcial «horizontal» ou «quantitativa» e inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa». Conforme o entendimento do Tribunal Constitucional, “a divisibilidade da norma não tem necessariamente de ser expressa, bastando que tal resulte claramente do diploma em que ela se insere, pelo que é possível distinguir entre os casos de normas com partes nitidamente diferenciadas, traduzidas no enunciado linguístico do preceito que as contém (inconstitucionalidade parcial horizontal) e os casos de normas em que a inconstitucionalidade reside na parte – embora apenas ideal – em que se prevê a respetiva aplicabilidade a certas situações ou categorias (inconstitucionalidade parcial vertical)”⁴²².

Desse modo, fala-se, por um lado, em inconstitucionalidade parcial «horizontal» quando um determinado preceito contém uma norma com partes distintas, mas apenas uma delas padece de inconstitucionalidade, operando-se a cisão ou expurgação da expressão verbal afetada, e, por outro lado, em inconstitucionalidade parcial «vertical» quando a norma

⁴²¹ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 912. Conforme assevera J. J. Gomes Canotilho, “o recurso ao «texto» para se averiguar o conteúdo semântico da norma constitucional não significa a identificação entre texto e norma. Isto é assim mesmo em termos linguísticos: o texto da norma é o «sinal linguístico»; a norma é o que se «revela» ou «designa»” (*Direito...*, p. 1218).

⁴²² Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 956. Importa aqui transcrever alguns enxertos da declaração de voto junta pelo Conselheiro Jorge Campinos ao Acórdão n.º 12/84, para quem “deveria o Tribunal Constitucional, em vez de se embrenhar em discutíveis vias que o conduziram à inconstitucionalidade, ter procedido, quanto ao preceito em causa, a uma interpretação conforme a Constituição [...]. Isto porque, o acórdão que ora se aprova vem decidir, sem mesmo fixar previamente (ou por isso...) o âmbito ou o alcance do preceito em apreço, que ele é, ao mesmo tempo, inconstitucional e constitucional! É «inconstitucional» quando cria uma incapacidade eleitoral passiva em relação a funcionários que não estão em condição de exercer qualquer influência sobre o eleitorado; é, pelo contrário, «constitucional» quando a incapacidade eleitoral passiva ferir funcionários em condições de exercer influência sobre o eleitorado! Prestando vénia a tanta ousadia interpretativa, pensamos que não cabe ao Tribunal Constitucional distinguir onde a lei não distingue. A norma em apreço – toda e qualquer norma, aliás – é ou não é inconstitucional. Entre a inconstitucionalidade e a constitucionalidade não há matizes, graus, tonalidades que conduzam ao «cada vez mais constitucional» ou, *mutatis mutandis*, ao «cada vez menos inconstitucional». Apenas cabe ao Tribunal Constitucional declarar ou não a inconstitucionalidade de quaisquer normas. Não lhe cabe desmembrar um preceito que não partilha, «inventar» alíneas, tornar uma norma cada vez menos geral e cada vez menos abstrata. [...] Tanto mais que, neste caso, não estamos sequer perante um caso de declaração de «inconstitucionalidade parcial quantitativa», de que a relativamente longa experiência jurisprudencial da Comissão Constitucional apenas oferece um único exemplo [...]; na melhor das hipóteses – e mesmo assim com variadas dúvidas – estaríamos perante o primeiro exemplo, no nosso recente sistema de fiscalização, de uma declaração de «inconstitucionalidade parcial qualitativa» [...].”

em causa abarca uma variedade de situações ou categorias de destinatários, mas a inconstitucionalidade apenas recai sobre uma situação ou categoria não autonomizada no seu conteúdo normativo; em qualquer caso, só haverá inconstitucionalidade parcial quando a norma em causa não seja indivisível ou incindível⁴²³⁻⁴²⁴. Questionável é, contudo, se a parte da norma que não foi julgada inconstitucional deve ser sempre preservada, independentemente de se concluir que ela, por si só, não corresponde à vontade do legislador, que teria, assim, prescindido de editá-la nestes moldes⁴²⁵.

Assaz frequentes na jurisprudência constitucional portuguesa, as decisões de inconstitucionalidade parcial «horizontal» ou «quantitativa» e «vertical» ou «qualitativa» caracterizam-se, assim, por julgar uma norma inconstitucional «enquanto», «na parte em que», «na medida em que» ou «no segmento em que» incorpora um certo conteúdo normativo aplicativo⁴²⁶. Desse modo, tais decisões conduzem inevitavelmente a uma modificação do conteúdo originário da norma e, por conseguinte, ao risco de transformar o

⁴²³ Cf. Armino Ribeiro Mendes, “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, in *I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América. Os órgãos de fiscalização da Constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no Sistema Constitucional perante os demais poderes do Estado (Lisboa, Sala do Senado da Assembleia da República, 10-14 de outubro de 1995)*.

⁴²⁴ Alguma doutrina não distingue, porém, as decisões de inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa» das decisões interpretativas de acolhimento. É o caso, por exemplo, de Carlos Blanco de Moraes, que enquadra as decisões interpretativas de acolhimento na categoria das decisões redutivas do conteúdo normativo emergente do preceito (cf. *Justiça...*, II, pp. 402-406 e 868-871). No entendimento deste Autor, as decisões interpretativas de acolhimento “restringem sempre o conteúdo normativo, real ou hipotético, emergente de uma determinada disposição, eliminando uma norma inconstitucional que nela se encontra contida”, pois, “se um determinado enunciado legal se pauta pela divisibilidade, nele emergindo uma pluralidade [de] relações de sentido alternativas, a declaração de nulidade de uma delas contrai, invariavelmente, o conteúdo normativo possível do preceito” (*ibidem*, p. 403). Igualmente equiparando ambas as decisões, cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 288 e 292-295. Em sentido contrário a tal equiparação, cf. Vitalino Canas, *Introdução...*, pp. 89-90 e 92, invocando o teor literal do preceito como limite à interpretação conforme à Constituição; Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 317-318, para quem, diversamente do que sucede nas decisões de inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa», o recurso à interpretação conforme à Constituição não invalida, ainda que parcialmente, a norma, limitando-se a afastar determinadas interpretações. Embora não seja o nosso intuito desenvolver esta discussão na presente seara, também temos para nós que ambas as decisões não coincidem. Isto porque – e aqui aproximamo-nos do entendimento de Rui Medeiros – elas não incidem sobre o mesmo objeto: enquanto a decisão interpretativa de acolhimento recai sobre uma determinada interpretação normativa, a decisão de inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa» incide sobre parte de uma norma não autonomizada no preceito, ou seja, sobre uma sua secção ou segmento normativo ideal. Na primeira, o caráter divisível ou indivisível da norma é irrelevante; já na segunda, a sua divisibilidade (e não do seu enunciado legal) é um requisito fundamental. Sendo assim, a divisibilidade de uma norma não se confunde com as diversas interpretações que ela possa acolher.

⁴²⁵ Assim, cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 912. Para uma análise crítica dos pressupostos da decisão de inconstitucionalidade total fundada numa inconstitucionalidade normativa parcial, v., em termos gerais, Rui Medeiros, *A decisão...*, pp. 418 e ss..

⁴²⁶ Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 103, e, ainda, “Relatório Geral...”, p. 92. Na jurisprudência, cf., por exemplo, Acórdãos n.ºs 12/84 (inconstitucionalidade «vertical» ou «quantitativa») e 29/84 (inconstitucionalidade «horizontal» ou «quantitativa»), ambos em sede de fiscalização concreta.

Tribunal Constitucional num «ilegítimo legislador», muito embora a atividade criativa e manipuladora do juiz constitucional seja mais intensa nas decisões de inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «quantitativa», as quais se afiguram, por isso, mais polémicas do que as suas congéneres⁴²⁷.

2.1.2.1. *Decisões redutivas e aditivas*

Ao privarem uma determinada norma de parte do seu conteúdo normativo, as decisões de inconstitucionalidade parcial modificam o conteúdo originário da norma através da alteração do seu significado normativo⁴²⁸. Tal modificação ou manipulação dá-se, portanto, no plano normativo, sendo indiferente se a decisão de inconstitucionalidade parcial acarreta qualquer alteração do enunciado linguístico do preceito (inconstitucionalidade parcial «horizontal» ou «quantitativa») ou se, pelo contrário, o mantém intacto (inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa»)⁴²⁹.

Relevante é, a nosso ver, o efeito que as decisões de inconstitucionalidade parcial produzem no conteúdo originário da norma. Isto porque, conforme se constata da jurisprudência constitucional, a alteração do significado normativo tem, nalguns casos, um efeito restritivo do âmbito aplicativo da norma, pelo que se estaria diante de uma decisão de inconstitucionalidade parcial com efeitos redutivos, quer «horizontal» ou «quantitativa»⁴³⁰, quer «vertical» ou «qualitativa»⁴³¹. Noutros casos, porém, a alteração do sentido normativo goza de um efeito inverso, ou seja, ampliativo, pelo que se estaria diante de uma decisão de inconstitucionalidade parcial com efeitos aditivos, quer «horizontal» ou «quantitativa»⁴³², quer «vertical» ou «qualitativa»⁴³³. Aqui, o critério distintivo consiste, afinal, no sentido da

⁴²⁷ Cf. Vitalino Canas, *Introdução...*, p. 91. Este risco de transformação do Tribunal Constitucional num «ilegítimo legislador» já havia sido alertado pelo Conselheiro Jorge Campinos na sua declaração de voto junta ao Acórdão n.º 12/84.

⁴²⁸ Cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 487.

⁴²⁹ Cf. *idem*.

⁴³⁰ V., entre outros, Acórdão n.º 29/84.

⁴³¹ V., entre outros, Acórdão n.º 12/84.

⁴³² V., entre outros, Acórdão n.º 180/99. Trata-se de uma decisão «demolitória», de acordo com a nomenclatura utilizada por Carlos Blanco de Moraes (cf. *Justiça...*, II, pp. 891 e ss.).

⁴³³ V., entre outros, Acórdão n.º 1221/96. Trata-se de uma decisão «aditiva em sentido estrito», de acordo com a nomenclatura utilizada por Carlos Blanco de Moraes (cf. *Justiça...*, II, p. 894 e ss.).

modificação do conteúdo originário da norma pela decisão de inconstitucionalidade parcial proferida pelo Tribunal Constitucional, estando-se perante uma decisão redutiva ou aditiva consoante os seus efeitos restrinjam ou ampliem, respetivamente, o âmbito de previsão normativa originário.

Em termos gerais, pode dizer-se que, nas decisões redutivas, a norma dispunha mais do que devia, enquanto nas decisões aditivas, a norma dizia menos do que deveria⁴³⁴. Daqui resulta, portanto, que as decisões aditivas concluem pela inconstitucionalidade de uma norma na parte em que esta não prevê algo ou restringe expressamente o seu âmbito de aplicação⁴³⁵. Consequentemente, embora estruturalmente ambas sejam decisões de inconstitucionalidade parcial⁴³⁶, as decisões aditivas distinguem-se das decisões redutivas “na medida em que o [seu] respetivo efeito consiste na «emissão de uma norma» que estende a aplicação de certa regulamentação explicitamente resultante de uma dada disposição a hipóteses nela não previstas”⁴³⁷.

Sendo assim, para além de uma parte ablativa, as decisões aditivas apresentam uma parte reconstrutiva, a qual “contém a solução conforme à Constituição que, de acordo com o Tribunal Constitucional, se passa a aplicar aos casos inicialmente abrangidos pela norma considerada inconstitucional [...]”⁴³⁸. Todavia, a distinção entre partes ablativa e reconstrutiva afigura-se irrelevante naqueles casos – mais frequentes na jurisprudência constitucional portuguesa⁴³⁹ – em que o efeito modificativo constitui uma consequência imediata da supressão de uma norma de exclusão⁴⁴⁰. Aqui, a parte ablativa e a parte reconstrutiva da decisão aditiva não se autonomizam. Consequentemente, a decisão de inconstitucionalidade parcial apresenta-se inseparável da extensão de um determinado regime a situações antes não abrangidas por ele⁴⁴¹.

⁴³⁴ Cf. Vitalino Canas, *Introdução...*, p. 93.

⁴³⁵ Cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 456.

⁴³⁶ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 959; Fernando Alves Correia, “Relatório Geral...”, p. 93, embora este Autor refira-se apenas às decisões de inconstitucionalidade parcial «vertical» ou «qualitativa».

⁴³⁷ Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 961.

⁴³⁸ Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 478.

⁴³⁹ Cf. António de Araújo (*et al.*), “As relações...”, p. 948; Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 103-104, onde o Autor denota que as decisões aditivas são normalmente proferidas em decorrência da violação do princípio da igualdade.

⁴⁴⁰ Cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 479.

⁴⁴¹ Cf. *ibidem*, p. 480.

2.2. A vinculatividade e a execução das decisões

Diversamente do que sucede em relação à fiscalização abstrata (art.^{os} 279.º e 282.º, CRP), a Constituição de 1976 não determina expressamente os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional proferidas em sede de fiscalização concreta⁴⁴², os quais devem, portanto, ser deduzidos do regime do recurso de constitucionalidade consagrado no artigo 280.º da CRP e nos artigos 69.º e seguintes da LTC⁴⁴³.

Sendo o recurso de constitucionalidade restrito à questão de inconstitucionalidade (art.º 280.º, n.º 6, CRP; art.º 71.º, n.º 1, LTC), a decisão do recurso faz caso julgado no processo quanto à questão de inconstitucionalidade suscitada (art.º 80.º, n.º 1, LTC). A doutrina diverge, porém, em relação à interpretação desta norma, havendo quem entenda que aquela decisão constitui apenas caso julgado formal⁴⁴⁴, enquanto outros sustentam que se trata tão-somente de caso julgado material, embora com especificidades próprias do processo constitucional⁴⁴⁵, e outros, ainda, de caso julgado formal e material, simultaneamente⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷.

Seja como for, o que importa ressaltar é que a vinculatividade da decisão do Tribunal Constitucional é restrita ao processo em que tenha sido proferida, conforme

⁴⁴² Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 955; J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 999.

⁴⁴³ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 999.

⁴⁴⁴ Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 845-847; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 72; Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 299; António Rocha Marques, “O Tribunal...”, p. 463; Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade de um Recurso Autónomo para o Tribunal Constitucional por Violação de Caso Julgado”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, p. 484.

⁴⁴⁵ Cf. Vitalino Canas, *Introdução...*, pp. 75-77.

⁴⁴⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 1000, embora restrito às decisões positivas ou de acolhimento de inconstitucionalidade; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 839; António de Araújo / Joaquim Pedro Cardoso da Costa, “III Conferência...”, p. 42; Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 123, e, em termos comparativos, “Relatório Geral...”, p. 96-97, onde o Autor denota que também em Espanha se apresenta “problemático o efeito de caso julgado material das sentenças do Tribunal Constitucional espanhol [...]. Dúvidas não há quanto à negação do efeito de caso julgado material das decisões de inadmissibilidade do recurso de inconstitucionalidade ou da questão de inconstitucionalidade e, em geral, daquelas em que não há uma decisão de fundo. Mas dúvidas já existem sobre a questão de saber se a eficácia de caso julgado material deve aplicar-se a todas as sentenças ou só às decisões de não acolhimento ou de rejeição”.

⁴⁴⁷ Conforme explica Paulo Otero, “enquanto decisão judicial, o caso julgado assume-se como ato de autoridade do poder jurisdicional do Estado, podendo traduzir dois tipos de decisão: por um lado, a decisão que incide sobre a própria relação material controvertida, tendo uma força obrigatória dentro e fora do respetivo processo (= caso julgado material); por outro lado, a decisão que recai apenas sobre a relação processual, assumindo uma mera força obrigatória dentro do processo em que foi proferida (= caso julgado formal)” (*Ensaio...*, pp. 42-43). No processo civil declarativo, os efeitos do caso julgado formal e material estão previstos nos artigos 619.º e 620.º do CPC.

indubitavelmente resulta do disposto no n.º 1 do artigo 80.º da LTC⁴⁴⁸. Isto é, “o efeito de caso julgado, decorrente da apreciação do mérito do recurso de fiscalização concreta, está, pois, circunscrito ao âmbito do «processo-base» em que se enxertou o recurso para o Tribunal Constitucional”⁴⁴⁹. Logo, “se a decisão for de inconstitucionalidade, não pode a norma ser aplicada no processo em causa, quer pelo tribunal *a quo*, quer por qualquer outro tribunal que o venha ainda a apreciar. Se, pelo contrário, a decisão for de não inconstitucionalidade, não pode a norma deixar de ser aplicada no processo, com fundamento na sua inconstitucionalidade”⁴⁵⁰.

Fora do processo em que teve origem, a decisão do Tribunal Constitucional não constitui sequer caso julgado *inter partes*⁴⁵¹, bem como muito menos vincula o próprio Tribunal no que diz respeito às decisões que, em sede de fiscalização concreta ou abstrata, venha a proferir sobre questões idênticas⁴⁵². De igual modo, tal decisão não produz qualquer efeito vinculativo em relação às decisões futuras dos tribunais ordinários⁴⁵³, pelo que a questão de inconstitucionalidade pode ser reproposta exatamente nos mesmos termos e pelas mesmas partes – e, por maioria de razão, por terceiros – noutra processo, não estando nem o tribunal *a quo* nem o Tribunal Constitucional vinculados a pronunciarem-se em sentido idêntico ao das suas decisões anteriores⁴⁵⁴.

Sendo assim, as decisões do Tribunal Constitucional, quer no sentido da inconstitucionalidade quer no sentido da não inconstitucionalidade, gozam de eficácia

⁴⁴⁸ Cf. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade...”, p. 484; Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 965; Vitalino Canas, *Introdução...*, pp. 75 e 77.

⁴⁴⁹ Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 299.

⁴⁵⁰ Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, pp. 964-965. No mesmo sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 374; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 958, onde os Autores denotam que “podem, porém, surgir dúvidas, se a norma vier a ser arguida de inconstitucionalidade por motivos diferentes dos que foram considerados na primeira decisão e na do TC [Tribunal Constitucional] (v. g., arguir a inconstitucionalidade material, quando antes só havia sido considerada a orgânica)”. Em sentido negativo, cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 278-279, nota 4; Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade...”, pp. 483-484. Em sentido afirmativo, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 909-910. Aparentemente neste mesmo sentido, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, p. 1002; Vitalino Canas, *Introdução...*, p. 75-77.

⁴⁵¹ Aparentemente em sentido diverso, cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, p. 123, e “Relatório Geral...”, p. 96, onde o Autor afirma: “[...] na fiscalização concreta, a decisão do Tribunal [Constitucional] constitui caso julgado material entre as partes do recurso, quanto à questão de inconstitucionalidade suscitada [...]”.

⁴⁵² Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 965.

⁴⁵³ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 918.

⁴⁵⁴ Neste preciso sentido, cf. Vitalino Canas, *Introdução...*, p. 77. Cf., ainda, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade...”, p. 484.

limitada ao caso concreto⁴⁵⁵, isto é, *inter partes*⁴⁵⁶. Por outras palavras, “as decisões em apreço são unicamente obrigatórias no caso em que são proferidas, nelas não se emitindo qualquer declaração genérica, com eficácia *erga omnes*, sobre a validade da norma”⁴⁵⁷.

Todavia, isto não obsta a que as decisões de inconstitucionalidade (positivas ou de acolhimento) possam produzir efeitos indiretos fora do processo a que dizem respeito: por um lado, constituem o Ministério Público na obrigação de interpor recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais que apliquem norma julgada anteriormente inconstitucional pelo próprio Tribunal Constitucional (art.º 280.º, n.º 5, CRP); por outro lado, sempre que uma norma tenha sido julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional em três casos concretos, qualquer dos seus juízes ou o Ministério Público podem requerer a apreciação da constitucionalidade da mesma norma em sede de fiscalização abstrata sucessiva, a fim de que a sua inconstitucionalidade seja declarada com força obrigatória geral (art.º 281.º, n.º 3, CRP; art.º 82.º, LTC)⁴⁵⁸.

Note-se que subjacente ao efeito indireto da passagem da fiscalização concreta à fiscalização abstrata está a imposição de um princípio de segurança jurídica e igualdade de tratamento, assim como de um princípio de economia processual que visa evitar a multiplicação de decisões do Tribunal Constitucional em fiscalização concreta⁴⁵⁹. No entanto, a generalização da inconstitucionalidade não se produz automaticamente, pelo que o julgamento de inconstitucionalidade de uma norma em três casos concretos constitui apenas um pressuposto da instauração de um processo autónomo de fiscalização abstrata da constitucionalidade da norma em causa, o qual depende da iniciativa oficiosa de qualquer juiz do Tribunal Constitucional ou do Ministério Público⁴⁶⁰⁻⁴⁶¹. Não se trata, portanto, de

⁴⁵⁵ Cf. Fernando Alves Correia, *Direito...*, pp. 110-111. Em termos comparativos, este Autor assevera que, em Espanha, “as sentenças de inconstitucionalidade proferidas em controlo concreto de normas com valor de lei («questão de inconstitucionalidade») têm eficácia obrigatória geral” (“A justiça...”, p. 60) e que “o mesmo parece acontecer na Venezuela, na Costa Rica e no Brasil” (Relatório Geral..., p. 95).

⁴⁵⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, “Fiscalização...”, p. 374; Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 72.

⁴⁵⁷ José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 89.

⁴⁵⁸ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 965; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, pp. 955 e 959; Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 840.

⁴⁵⁹ Cf. Guilherme da Fonseca, “Fiscalização...”, p. 463.

⁴⁶⁰ Cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 91, que denota: “[...] estando-se perante um processo autónomo, não há-de excluir-se que a decisão do plenário do Tribunal Constitucional possa inclusivamente não vir a ser a da declaração de inconstitucionalidade – embora isso tenda a ser bastante raro e a ocorrer apenas em situações muito específicas (v. os exemplos dos Acórdãos n.ºs 188/87 e n.º [sic] 175/93)” (*ibidem*, nota 122). Cf., também, Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 841.

⁴⁶¹ Verifica-se, aqui, uma exceção ao princípio do pedido em fiscalização abstrata sucessiva (art.º 281.º, n.º 2, CRP; art.º 51.º, LTC).

uma generalização automática, não havendo sequer a obrigatoriedade de, uma vez decidido o terceiro caso, instaurar-se o respetivo processo⁴⁶².

Decidindo a questão de inconstitucionalidade em sentido diverso ao da decisão recorrida, o Tribunal Constitucional concede, ainda que parcialmente, provimento ao recurso, pelo que o tribunal *a quo* fica obrigado, consoante o caso, a reformá-la ou a mandar reformá-la em conformidade com aquele juízo (art.º 80.º, n.º 2, LTC)⁴⁶³. Aqui, a competência do Tribunal Constitucional é puramente cassatória, tal como decorre da delimitação dos seus poderes cognitivos⁴⁶⁴.

Questionável é, contudo, se o Tribunal Constitucional dispõe de meios para controlar e assegurar o cumprimento da sua decisão pelos tribunais ordinários (especialmente pelos tribunais supremos), bem como se e em que medida caberá novo recurso para o Tribunal Constitucional com vista à apreciação do modo como o tribunal *a quo* aplicou a sua decisão⁴⁶⁵. Em termos bastante sintéticos⁴⁶⁶, constata-se que a orientação jurisprudencial atualmente dominante é favorável à faculdade de o Tribunal Constitucional sindicar o cumprimento das suas decisões transitadas em julgado, seja por força dos recursos de constitucionalidade previstos nas alíneas *b)*, *g)* e *h)* do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, seja mediante a aplicação supletiva ao processo constitucional do recurso extraordinário previsto no processo civil para os casos de violação do caso julgado (art.ºs 577.º, al. *i)*, e 578.º, CPC)⁴⁶⁷.

Diversamente, se o Tribunal Constitucional não tomar conhecimento do recurso ou não lhe der provimento, transitada em julgado a sua decisão, transita também a decisão

⁴⁶² Cf. Guilherme da Fonseca / Inês Domingos, *Breviário...*, p. 98, nota 114; Guilherme Fonseca, “Fiscalização...”, p. 463.

⁴⁶³ As decisões de provimento de um recurso podem incorporar tanto um julgamento de inconstitucionalidade quanto um não julgamento de inconstitucionalidade. O mesmo sucede em relação às decisões de não provimento. Neste sentido, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 821-824.

⁴⁶⁴ Neste preciso sentido, cf. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 88. Cf., também, Vital Moreira, “A «fiscalização concreta»...”, p. 839.

⁴⁶⁵ Assim, José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, pp. 88-89, nota 118.

⁴⁶⁶ Não obstante o interesse que o problema em causa nos suscita, não poderemos desenvolvê-lo aqui. Para tanto, v. Miguel Galvão Teles, “A competência da competência do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 112 e ss.; Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade...”, pp. 485 e ss.; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 945 e ss.

⁴⁶⁷ Neste sentido, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, p. 947.

recorrida, caso estejam esgotados os recursos ordinários, ou, senão, começam a correr os seus respetivos prazos (art.º 80.º, n.º 4, LTC).

2.2.1. O problema da vinculatividade das decisões interpretativas e aditivas

Enquanto a interpretação normativa sindicada pelo Tribunal Constitucional for tão-somente aquela que o tribunal *a quo* lhe atribuiu na decisão recorrida, as decisões interpretativas não suscitam quaisquer problemas; o mesmo, porém, já não sucede quando o Tribunal Constitucional concede à norma em causa uma interpretação diferente daquela adotada na decisão recorrida⁴⁶⁸. Esta modalidade de decisões interpretativas encontra-se expressamente prevista no n.º 3 do artigo 80.º da LTC, o qual estabelece que “no caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deve ser aplicada com tal interpretação, no processo em causa”⁴⁶⁹.

Nestes termos, sempre que o Tribunal Constitucional não julgue certa norma inconstitucional com fundamento numa sua determinada interpretação, é com base nesta interpretação que aquela norma deve ser aplicada pelos restantes tribunais intervenientes no processo em causa⁴⁷⁰. Trata-se, portanto, de uma modalidade de decisões interpretativas cuja sua particularidade se revela nitidamente no momento em que o Tribunal Constitucional, julgando uma norma não inconstitucional com fundamento numa interpretação diversa daquela que o tribunal *a quo* lhe conferiu, ordena que este reforme a sua decisão e aplique a norma em causa com essoutra interpretação que considerou compatível com a Constituição⁴⁷¹. Desse modo, o Tribunal Constitucional impede o tribunal *a quo* de adotar uma outra interpretação normativa porventura compatível com a Constituição, bem como de

⁴⁶⁸ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 287-288.

⁴⁶⁹ Para um elenco de acórdãos em que o Tribunal Constitucional fundamenta as suas decisões nesta norma, v. José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 90, nota 119, *in fine*; Mário de Brito, “Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 731-736.

⁴⁷⁰ Cf. Luís Nunes de Almeida, “O Tribunal...”, p. 953.

⁴⁷¹ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 228.

concluir que a interpretação indicada pelo Tribunal Constitucional não possa ser alcançada em conformidade com as regras gerais de interpretação⁴⁷².

Por conseguinte, a especificidade destas decisões interpretativas consiste no facto de o Tribunal Constitucional não se limitar a tomar a interpretação da norma de direito infraconstitucional, acolhida pelo tribunal *a quo*, como um mero dado, decidindo a questão de inconstitucionalidade nos moldes em que ela foi suscitada no processo em causa e apenas em função da concreta interpretação da norma aplicável na decisão recorrida⁴⁷³. Assim, coloca-se aqui o problema de saber se é constitucionalmente aceitável que o Tribunal Constitucional, para além de se pronunciar sobre a conformidade constitucional de diferentes interpretações normativas, possa impor ao tribunal *a quo* a sua própria interpretação de uma norma de direito infraconstitucional⁴⁷⁴.

Contrariamente à constitucionalidade da solução legal do n.º 3 do artigo 80.º da LTC, alguma doutrina argumenta que a possibilidade de o Tribunal Constitucional impor uma sua interpretação normativa ao tribunal recorrido atenta contra o princípio da independência interpretativo-decisória dos tribunais (art.º 203.º, CRP)⁴⁷⁵ ou, ainda, viola o princípio da conformidade funcional⁴⁷⁶, pois “radica na falta de uma competência qualificada do Tribunal Constitucional em matéria de interpretação da lei ordinária”⁴⁷⁷, pelo que, “quando o Tribunal Constitucional impõe ao tribunal *a quo* a adoção de uma determinada interpretação (conforme à Constituição), o Tribunal extravasa largamente do seu âmbito constitucional de competências”⁴⁷⁸.

Todavia, há quem não levante obstáculos à aceitação da constitucionalidade do n.º 3 do artigo 80.º da LTC⁴⁷⁹ e questione, entre outros pontos, se, não sendo esta norma um corolário da função específica do próprio Tribunal Constitucional, será ela uma decorrência

⁴⁷² Cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 787. Assim, Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, pp. 291-292.

⁴⁷³ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 289.

⁴⁷⁴ Neste sentido, cf. Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição...*, III, p. 787.

⁴⁷⁵ Cf. J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição...*, II, p. 957; Mário de Brito, “Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 62, ano 16.º, abril/junho, 1995, p. 64, e, ainda, “Ainda sobre...”, pp. 725 e 736-737.

⁴⁷⁶ Cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito...*, pp. 1003 e 1312-1314; Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 381.

⁴⁷⁷ Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 381.

⁴⁷⁸ *Idem*.

⁴⁷⁹ Neste sentido, mais ou menos tacitamente, cf. Vitaliano Canas, *Introdução...*, pp. 85-88; Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, “Admissibilidade...”, pp. 483-484; José Manuel M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, p. 90, nota 119.

impossível, bem como se o objeto da fiscalização concreta deve ser apreendido restritivamente e se a provável multiplicação dos recursos fundados em diversas interpretações da mesma norma não ocasionaria inconvenientes para a economia processual e conflitualidade entre os próprios tribunais⁴⁸⁰.

Uma posição intermédia é aquela que, negando a inconstitucionalidade da norma em apreço, não recusa, porém, a existência de limites jurídicos à vinculatividade da interpretação conforme à Constituição levada a cabo pelo Tribunal Constitucional⁴⁸¹. De acordo com este entendimento, a solução interpretativa carece de vinculatividade sempre que existam outras soluções verossímeis e não incompatíveis com a Constituição que, porventura, não tenham sido consideradas na decisão interpretativa negativa ou de rejeição de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional ou, ainda, sempre que, reconhecendo a pluralidade de soluções inconstitucionais, o Tribunal Constitucional imponha uma delas por razões de mérito que escapem à questão de inconstitucionalidade⁴⁸².

No meio desta celeuma, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram que a resposta mais compatível com o sentido do recurso de constitucionalidade e com a autonomia dos tribunais ordinários na aplicação do direito infraconstitucional é que, em princípio, a norma deva ser sindicada com o sentido concreto que a decisão recorrida lhe atribuiu, não devendo o Tribunal Constitucional desviar-se, senão excepcionalmente, da interpretação que o tribunal *a quo* fez da norma em causa⁴⁸³.

Sendo assim, a solução mais adequada parece ser aquela segundo a qual somente cabe àquele tribunal impor uma certa interpretação normativa de direito ordinário quando considere, previamente, que a interpretação adotada pelo tribunal *a quo* deva ser rejeitada, por motivos de inconstitucionalidade⁴⁸⁴.

Foi esta, afinal, a via metodológica sustentada pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 304/94, onde se afirma que, “sendo essa a interpretação da norma efetuada pelo tribunal *a quo*, é com essa interpretação que o Tribunal Constitucional a deve apreciar, só

⁴⁸⁰ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, VI, pp. 87-88.

⁴⁸¹ Cf. Carlos Blanco de Morais, *Justiça...*, II, p. 930-933.

⁴⁸² Cf. *ibidem*, p. 932.

⁴⁸³ Cf. *Constituição...*, II, pp. 913 e 957.

⁴⁸⁴ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 290. No mesmo sentido, cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 368, embora, como já vimos *supra*, este Autor defenda a inconstitucionalidade do n.º 3 do artigo 80.º da LTC.

podendo avançar para outra interpretação se tal for exigido para fazer respeitar o disposto na Lei Fundamental (interpretação conforme à Constituição)⁴⁸⁵. Seguindo esta mesma linha jurisprudencial, concluiu-se, no Acórdão n.º 238/02, que, “nas chamadas decisões interpretativas do Tribunal Constitucional [...], a interpretação imposta, conforme à Constituição, resulta não só de ela ser comportada pelo teor do preceito, como da rejeição – por inconstitucionalidade – da que foi acolhida na decisão recorrida; ou, se se tratar de um recurso previsto no artigo 70.º n.º 1 alínea a) da LTC (e não é o caso), da verificação de que a norma recusada comporta ainda um sentido não contrário à Constituição”⁴⁸⁶.

De notar, porém, que nem sempre foi este o critério seguido pela jurisprudência constitucional, havendo decisões em que o Tribunal Constitucional se limitou a indicar a interpretação normativa que considerou conforme à Constituição, sem, no entanto, apreciar previamente a inconstitucionalidade da norma na interpretação que lhe foi dada pelo tribunal *a quo*⁴⁸⁷.

Todavia, independentemente da questão acerca da constitucionalidade do n.º 3 do artigo 80.º da LTC e do rigor com que a jurisprudência constitucional tem aplicado o critério em causa, cremos que esse se apresente como a solução mais compatível com os poderes de cognição do Tribunal Constitucional e a que melhor se coaduna com o princípio da independência interpretativo-decisória dos tribunais ordinários (art.º 203.º, CRP), evitando, no limite, uma provável multiplicação de recursos fundados em diversas interpretações da mesma norma e uma eventual conflitualidade entre os próprios tribunais ordinários e entre estes e o Tribunal Constitucional.

Da mesma forma, a vinculatividade das decisões aditivas não deixa de suscitar divergências na doutrina, afigurando-se problemático que a decisão do Tribunal Constitucional possa determinar, com carácter vinculativo, a nova norma que deve ser aplicada pelo tribunal da causa⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Acórdão n.º 304/94.

⁴⁸⁶ Acórdão n.º 238/02.

⁴⁸⁷ Neste sentido, cf. Mário de Brito, “Sobre as decisões...”, pp. 74-75, que alude aos Acórdãos n.ºs 340/87 e 370/91, não obstante discordarmos quanto à referência ao último acórdão.

⁴⁸⁸ Por último, cf. Rui Medeiros, *A decisão...*, p. 477.

Assim, contrariamente à vinculatividade das decisões aditivas, alguma doutrina argumenta que se é evidente que a parte ablativa da decisão goza de eficácia própria das decisões de inconstitucionalidade em geral, o mesmo já não se pode dizer quanto à sua parte reconstitutiva, a qual, na ausência de fundamento constitucional, equivale a uma proposta hermenêutica com valor meramente persuasivo⁴⁸⁹. E isto sem prejuízo de a parte ablativa e a parte reconstitutiva da decisão aditiva apresentarem-se indivisíveis, pois, também aqui, a liberdade interpretativa dos juízes ordinários é inevitavelmente restringida, na medida em que a extensão automática do âmbito de aplicação normativo decorre, em simultâneo, da supressão de uma norma de exclusão⁴⁹⁰.

Tal não é, todavia, o entendimento de uma outra parte da doutrina que, considerando ser manifestamente impossível discriminar uma parte ablativa e outra reconstitutiva sem desvirtuar completamente o julgamento do Tribunal Constitucional, sustenta que a decisão aditiva constitui, na sua plenitude, caso julgado para o tribunal *a quo*⁴⁹¹.

Igualmente em defesa da vinculatividade das decisões aditivas, há também quem, recorrendo a um paralelismo com o n.º 3 do artigo 80.º da LTC, entenda que, diante de lacunas aparentes ou lacunas axiológicas, o Tribunal Constitucional possa, nos casos em que haja uma única solução verosímil determinada pela Constituição, impor o direito aplicável quando o mesmo resulte de normas constitucionais autoaplicativas e conformadoras de um critério juridicamente devido, devendo tal imposição ser motivada nas hipóteses em que aquela automaticidade não seja tão linear⁴⁹².

Refira-se, por fim, que há ainda quem, aduzindo argumentos diversos, defenda – embora em termos gerais – a vinculatividade das decisões em apreço simplesmente por considerar que “há imperativos materiais que se sobrepõem a considerações orgânico-funcionais”⁴⁹³.

Entendemos, afinal, que os efeitos aditivos resultantes do julgamento de inconstitucionalidade parcial de uma norma proferido pelo Tribunal Constitucional são vinculativos para o tribunal *a quo*, haja vista a parte reconstitutiva da decisão aditiva não se

⁴⁸⁹ Cf. *ibidem*, pp. 478-479.

⁴⁹⁰ Cf. *ibidem*, p. 480.

⁴⁹¹ Cf. Carlos Lopes do Rego, *Os Recursos...*, p. 300.

⁴⁹² Cf. Carlos Blanco de Moraes, *Justiça...*, II, pp. 887-889.

⁴⁹³ Jorge Miranda, *Manual...*, VI, p. 96.

autonomizar, nesses casos, da sua parte ablativa, a qual indiscutivelmente faz caso julgado no processo, sendo, por isso, vinculativa para o tribunal *a quo*. Assim, a parte reconstitutiva da decisão aditiva também goza, por maioria de razão, da mesma eficácia própria das decisões de inconstitucionalidade em geral.

CONCLUSÃO

Partindo da análise dos modelos tradicionais ou puros de controlo jurisdicional da constitucionalidade, constatámos, logo à partida, a originalidade do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade, o qual se caracteriza, por um lado, pelo «acesso direto dos juízes à Constituição», que dispõem de competência para apreciar e decidir as questões de inconstitucionalidade, e, por outro lado, pelo meio ou instrumento processual do recurso de constitucionalidade, como forma de concentração da fiscalização da constitucionalidade no Tribunal Constitucional, o qual, nos termos do artigo 221.º da CRP, é o órgão especificamente competente para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Neste contexto, procedemos ao exame do regime jurídico subjacente à fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal, tendo como ponto de partida o texto da Constituição de 1976 – em especial, artigos 204.º e 280.º – e da LTC – artigos 69.º e seguintes – e como ponto de chegada a prática jurisprudencial, colhendo, quando pertinente e sempre que possível, a análise crítica e o desenvolvimento da doutrina. Desse modo, dividimos o nosso objeto de estudo – à luz da sua originalidade – de acordo com o seu carácter «difuso» ou «concentrado».

Em razão da diversidade de divergências e questionamentos com os quais nos deparamos no decurso deste trabalho, limitar-nos-emos a tecer algumas breves considerações finais acerca daqueles que, na nossa opinião, são os principais problemas detetados, quer no âmbito do carácter «difuso» quer no âmbito do carácter «concentrado» da fiscalização concreta da constitucionalidade.

Relativamente ao carácter «difuso», aludimos ao problema da interpretação da referência do artigo 204.º da CRP a «tribunais», por considerá-lo central na determinação dos intervenientes na fiscalização concreta.

Embora seja entendimento pacífico que o âmbito subjetivo de aplicação do artigo 204.º da CRP abrange todos os tribunais, independentemente da sua categoria na organização judiciária e ainda que a sua existência seja meramente facultativa (art.º 209.º, CRP), constatámos, na esteira de Jorge Miranda e Rui Medeiros, que tanto a doutrina quanto a

jurisprudência revelam uma dupla tendência, caracterizada, por um lado, pela interpretação extensiva ou a aplicação analógica da norma em causa, de forma a nela incluir as decisões proferidas por órgãos independentes e imparciais não integrados em nenhuma das categorias previstas no artigo 209.º da CRP, e, por outro lado, por associar a fiscalização concreta difusa ao exercício da função jurisdicional.

Trata-se, contudo, de uma tendência com a qual apenas concordámos em parte, haja vista entendermos que o âmbito subjetivo do artigo 204.º da CRP abrange apenas as categorias de tribunais expressamente consagradas no artigo 209.º da CRP, bem como os tribunais militares, quando e na medida em que estes sejam constituídos (art.ºs 213.º e 209.º, n.º 4, CRP). Apesar de a Constituição de 1976 não ter definido o que são «tribunais», ela consagrou um elenco taxativo de tribunais que, na ausência de qualquer indicação constitucional em contrário, não deve ser menosprezado. Somos, assim, da opinião de que a referência a «tribunais» do artigo 204.º da CRP deve ser interpretada restritivamente, compreendendo apenas aqueles tribunais constitucionalmente consagrados (art.º 209.º, CRP).

Relativamente ao carácter «concentrado», destacamos, em primeiro lugar, o problema – correlato com o anteriormente mencionado – da interpretação da referência do n.º 1 do artigo 280.º da CRP a «decisões dos tribunais».

Sob o ponto de vista da natureza judicial do órgão que profere a decisão, apesar de ser consensual que, em princípio, as decisões proferidas por todos os órgãos constitucionalmente consagrados como tribunais, sejam eles ordinários ou especiais (art.º 209.º, CRP), são passíveis de recurso para o Tribunal Constitucional, a verdade é que a jurisprudência constitucional não exclui, contudo, a possibilidade de reconhecer certos órgãos jurisdicionais – aos quais é atribuída, como função principal, a atividade jurisdicional, exercida por um juiz, unicamente submetido à Constituição e à lei (meros órgãos de composição de conflitos) – como «tribunais» para efeitos de recurso de constitucionalidade.

Tal como alguma doutrina, não acolhemos, porém, esta orientação jurisprudencial e entendemos – com vista a uma interpretação sistemática da Constituição – que apenas as decisões dos tribunais previstos no art.º 209.º da CRP são recorríveis para o Tribunal Constitucional, na medida em que considerámos que aqueles tribunais são os únicos com

«acesso direto à Constituição» (art.º 204.º, CRP) e, portanto, competentes para aplicar ou desaplicar normas cuja inconstitucionalidade tenha sido impugnada no processo.

Referindo-se ainda ao mesmo problema, mas agora sob o ponto de vista da natureza jurisdicional da decisão proferida, aderimos – em consonância com o nosso entendimento acerca do artigo 204.º da CRP e diante dos diversos graus de interpretação (restritiva, intermédia e lata) que se possa fazer da referência do n.º 1 do artigo 280.º da CRP a «decisões dos tribunais» – à interpretação intermédia, de acordo com a qual o recurso de constitucionalidade está adstrito às decisões dos tribunais proferidas no exercício da função jurisdicional, entendida em sentido amplo.

No entanto, afigura-se-nos menos problemático, em caso de dúvidas quanto à natureza jurisdicional da decisão do tribunal recorrido, partir de uma espécie de presunção do exercício da atividade jurisdicional pelos tribunais, haja vista ser essa a principal função que eles desempenham. Logo, quando não se tenha a certeza de que a decisão recorrida tenha sido proferida no exercício de uma função meramente administrativa, mais vale admitir o recurso de constitucionalidade e conhecer a respetiva questão de inconstitucionalidade. Evitar-se-ia, assim, que determinadas decisões de inconstitucionalidade proferidas por tribunais ordinários – denominadas de «decisões de fronteira» – pudessem ser irrecorríveis para o Tribunal Constitucional.

Ainda no âmbito do carácter «concentrado» da fiscalização concreta, sublinhamos a relevância da questão acerca da vinculatividade das decisões interpretativas (art.º 80.º, n.º 3, LTC) e aditivas proferidas pelo Tribunal Constitucional.

Sobre as primeiras, vimos que o problema se põe em saber se é constitucionalmente aceitável que o Tribunal Constitucional, para além de se pronunciar sobre a conformidade constitucional de diferentes interpretações normativas, possa impor ao tribunal *a quo* a sua própria interpretação de uma norma de direito infraconstitucional. Criticada por alguma doutrina e (mais ou menos, explícita ou tacitamente) apoiada por outra, a verdade é que, como vimos, o Tribunal Constitucional fundamenta, nalguns arestos, a sua decisão na norma do n.º 3 do artigo 80.º da LTC. Sendo assim, abstraindo da questão acerca da sua constitucionalidade e do problema da «competência da competência» do Tribunal Constitucional, concluímos que a solução mais complacente com os seus poderes cognitivos e que melhor respeita o princípio da independência interpretativo-decisória dos tribunais

ordinários (art.º 203.º, CRP) parece ser aquela segundo a qual somente cabe àquele tribunal impor uma certa interpretação normativa de direito ordinário quando considere, previamente, que a interpretação adotada pelo tribunal *a quo* deva ser rejeitada, por motivos de inconstitucionalidade. Independentemente do rigor com que a jurisprudência constitucional tem aplicado o critério em causa, cremos que esta seja a via metodológica mais adequada e capaz de, no limite, evitar uma provável multiplicação de recursos fundados em diversas interpretações da mesma norma e uma eventual conflitualidade entre os próprios tribunais ordinários e entre estes e o Tribunal Constitucional.

Quanto às segundas, constatámos que o problema consiste em saber se a decisão do Tribunal Constitucional pode determinar, com carácter vinculativo, a nova norma que deve ser aplicada pelo tribunal da causa. Também aqui verificámos que doutrina está dividida quanto à vinculatividade das decisões aditivas proferidas pelo Tribunal Constitucional. Neste diapasão, não concordámos com o entendimento de que, mesmo quando não seja possível autonomizar as suas partes, as decisões aditivas equivalem apenas a uma proposta hermenêutica, com valor meramente persuasivo, pois, nesses casos, mais frequentes na jurisprudência portuguesa, a indissociabilidade das partes ablativa e reconstrutiva conduz inevitavelmente, segundo cremos, à extensão da eficácia própria das decisões de inconstitucionalidade à parte reconstrutiva da decisão.

Entendemos, ainda, ser necessário fazer uma última observação acerca da jurisprudência constitucional. Ao longo da feitura desta dissertação, não nos passaram despercebidas, como o leitor pôde verificar, determinadas situações em que a jurisprudência constitucional não se afigura uniforme e constante ou em que não estabelece critérios suficientemente claros e precisos. Um caso emblemático é, a nosso ver, o que sucede com a distinção entre questão de inconstitucionalidade normativa e questão de inconstitucionalidade imputada a decisões judiciais. Não é por acaso que seja este o fundamento mais recorrente nas hipóteses em que o Tribunal Constitucional não toma conhecimento do recurso por falta de um seu pressuposto processual, muito embora não seja a única razão para que isso aconteça (v. g. interposição de recursos com fins meramente dilatórios).

Em face de tudo até aqui exposto, podemos concluir, em termos gerais, que o regime jurídico da fiscalização concreta da constitucionalidade vai muito além do texto da Constituição de 1976 e da LTC, sendo este apenas o ponto de partida de um labor de aplicação e concretização realizado pela jurisprudência constitucional, bem como de análise crítica e desenvolvimento pela doutrina.

BIBLIOGRAFIA

- ABELLÁN, Marina Gascón, “La justicia Constitucional: Entre Legislación y Jurisdicción”, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, ano 14, n.º 41, maio/agosto, 1994.
- ALMEIDA, Luís Nunes de, “O Tribunal Constitucional e o conteúdo, a vinculatividade e os efeitos das suas decisões”, in *Portugal: O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1989.
- AMARAL, Maria Lúcia do, “Problemas da *Judicial Review* em Portugal”, in *Themis*, ano VI, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2005.
- ANDRADE, J. C. Vieira de, “A fiscalização da constitucionalidade das «normas privadas» pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3921, ano 133.º, abril, 2011.
- ARAÚJO, António de / COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, “III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha (Guatemala, Novembro de 1999): Relatório Português”, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 493, Lisboa, 2000.
- ARAÚJO, António de / COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da / BRITO, Miguel Nogueira de, “As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da ação das jurisdições europeias” (Relatório português à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus – Bruxelas, Maio de 2002), in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 62, Lisboa, dezembro, 2002.
- BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “Admissibilidade de um Recurso Autónomo para o Tribunal Constitucional por Violação de Caso Julgado”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002.
- BRITO, Mário de, “Ainda sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional”, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002.

- _____, “Sobre as decisões interpretativas do Tribunal Constitucional”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 62, ano 16.º, abril/junho, 1995.
- BRÜNNECK, Alexander Von, “Le Contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. IV, Economica/Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1988.
- CANAS, Vitalino, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional (Conteúdo, Objeto, Efeitos)*, 2.ª ed. revista, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1994
- _____, *Os processos de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*, Coimbra Editora, Coimbra, 1986.
- CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed. (4.ª reimpressão), Coimbra, Almedina, 2003.
- _____, “Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade”, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. IV, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- _____, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro, “Alcuni Precedenti Storici del Controllo Giudiziario di Costituzionalità delle Leggi”, in *Rivista di Diritto Processuale*, vol. XXI (II Série), CEDAM, Padova, 1966.
- _____, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado”, in *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1966.
- COMELLA, Victor Ferreres, “The European model of constitutional review of legislation: Toward decentralization?”, in *I-CON*, vol. 2, n.º 3, Oxford University Press/New York University School of Law, 2004.

- CORREIA, Fernando Alves, “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha. Encontros e divergências”, in *Separata da Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 7, n.º 2, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, 1998.
- _____, *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional): Programas, Conteúdos e Métodos de Ensino de um Curso de Mestrado*, Almedina, Coimbra, 2001.
- _____, “Relatório Geral: I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha: os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado (Lisboa, 10-14 de Outubro de 1995)”, in *Separata do Boletim Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 71/72, 1997.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da, “Algumas reflexões em torno da justiça constitucional”, in *Perspetivas do Direito no início do século XXI, Studia Iuridica 41 (Colloquia – 3)*, Coimbra, 1999.
- _____, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.
- _____, “Constituição e Justiça Constitucional”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. V, Coimbra, 2006.
- DAVID, René, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, trad. Hermínio A. Carvalho, 4.ª ed., Martins Fontes, São Paulo, 2002.
- DINIZ, A. Monteiro, “A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialético entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais)”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- DOMINGOS, Inês / PIMENTEL, Margarida Menéres, “O recurso de constitucionalidade (espécies e respetivos pressupostos)”, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993.

- FAVOREU, Louis, *Les Cours Constitutionnelles*, 3.^a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1986.
- _____, “Modèle américain et modèle européen de Justice Constitutionnelle”, in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, IV, Economica/Presses Universitaires D’Aix-Marseille, Paris/Aix-en-Provence, 1988.
- FONSECA, Guilherme, “Fiscalização concreta da Constitucionalidade e da Legalidade: Breves noções”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984.
- FONSECA, Guilherme da / DOMINGOS, Inês, *Breviário de Direito Processual Constitucional (Recurso de Constitucionalidade)*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- FROMONT, Michel, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Dalloz, Paris, 1996.
- GARNER, Bryan A. (ed.), *Black’s Law Dictionary*, 9.^a ed., West, 2009.
- GARRIDO, Diego López / GARROTE, Marcos Francisco Massó / PEGORARO, Lucio (org.), *Nuevo Derecho Constitucional Comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- GRANT, J. A. C., “Judicial Review of Legislation under the Austrian Constitution of 1920”, in *The American Political Science Review*, vol. XXVIII, n.º 4, agosto, 1934.
- GROPPPI, Tania, “A justiça Constitucional em Itália”, in *Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.ºs 20/21, janeiro/junho, 2001.
- _____, “Verso una giustizia costituzionale «mite»? Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni nell’esperienza italiana”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- KELSEN, Hans, “A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional)”, trad. Ana Bela Cabral (rev. António de Araújo / Miguel Nogueira de Brito), in *Revista Sub Judice: Justiça e Sociedade*, n.ºs 20/21, janeiro/junho, 2011.
- _____, “O controle judicial da constitucionalidade (Um estudo comparado das Constituições austríaca e americana), in *Jurisdição Constitucional* (rev. Sérgio Sérvulo da Cunha), Martins Fontes, São Paulo, 2003.

- _____, “Quem deve ser o guardião da Constituição?”, in *Jurisdição Constitucional* (rev. Sérgio Sérvulo da Cunha), Martins Fontes, São Paulo, 2003.
- LEAL, Roger Stiefelmann, “A Convergência dos Sistemas de Controle de Constitucionalidade: Aspetos Processuais e Institucionais”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.
- MARCUS, Maeva, “The Founding Fathers, *Marbury v. Madison* – And So What?”, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions* (ed. Eivind Smith), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995.
- MARQUES, António Rocha, “O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional”, in *Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Aequitas Editorial Notícias, Lisboa, 1993.
- MARTINS, Licínio Lopes, “O conceito de norma na jurisprudência do Tribunal Constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXV, Coimbra, 1999.
- MEDEIROS, Rui, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 1999.
- _____, “A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- MENDES, Armindo Ribeiro, “Recurso para o Tribunal Constitucional: pressupostos (Comentário ao Acórdão do Tribunal Constitucional de 3 de novembro de 1983)”, in *Revista Jurídica*, n.º 3, janeiro/fevereiro, 1984.
- _____, “Relatório do Tribunal Constitucional Português”, in *I Conferência de Justiça Constitucional da Ibero-América. Os órgãos de fiscalização da Constitucionalidade: funções, competências, organização e papel no Sistema Constitucional perante os demais poderes do Estado (Lisboa, Sala do Senado da Assembleia da República, 10-14 de outubro de 1995)*, disponível em

<http://www.cijc.org/conferencias/Lisboa1995/Documents/RELATORIOCONFERENCIALISBOA.pdf>

- MIRANDA, Jorge, “A Fiscalização da Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica”, in *Scientia Iuridica – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XLII, n.ºs 244/246, julho/dezembro, 1993.
- _____, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, reimpressão 1.ª ed. 1968, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- _____, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI (Inconstitucionalidade e garantia da Constituição), 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- _____, “Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.
- MIRANDA, Jorge / MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III (Organização do poder político; Garantia e revisão da Constituição; Disposições finais e transitórias), Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo I (Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de, *Justiça Constitucional*, Tomo II (O direito do contencioso constitucional), 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- MOREIRA, Vital, “A «fiscalização concreta» no quadro do sistema misto de justiça constitucional”, in *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, Coimbra, 2003.
- _____, “Princípio da Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.
- NOVAIS, Jorge Reis, “Em Defesa do recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)”, in *Themis: Revista de Direito*, ano VI, n.º 10, Almedina, Coimbra, 2005.

- ÖHLINGER, Theo, “La giurisdizione costituzionale in Austria”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982.
- OTERO, Paulo, *Ensaio Sobre o Caso Julgado Inconstitucional*, Lex, Lisboa, 1993.
- PIZZORUSSO, Alessandro, “I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982.
- REGO, Carlos Lopes do, *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2010.
- ROLO, Nuno, “A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em Direito Comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)”, in *Galileu. Revista de Economia e Direito*, vol. III, n.º 1, 1998 e vol. IV, n.º 1, 1999.
- ROUSSEAU, Dominique, *La justicia constitucional en Europa*, trad. Isabel Ortiz Pica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- SCHLAICH, Klaus, “Corte costituzionale e controllo sulle norme nella Repubblica Federale di Germania”, in *Quaderni Costituzionali*, ano II, n.º 3, dezembro, 1982.
- SEGADO, Francisco Fernández, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), México, 2004, disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1503>.
- SLAGSTAD, R., “The Breakthrough of Judicial Review in the Norwegian System”, in *Constitutional Justice Under Old Constitutions* (ed. Eivind Smith), Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1995.
- SOARES, Rogério Ehrhardt, “O conceito ocidental de Constituição”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 119.º, ano 1986-1987, n.ºs 3743-3744, Coimbra, 1987.
- SOUSA, Miguel Teixeira de, “Legitimidade e interesse no recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

- TELES, Miguel Galvão, “A concentração da competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis”, in *O Direito: Revista de Ciências Jurídicas e Administração Pública*, ano 103.º, 1971.
- TORRES, Mário, “Legitimidade para o Recurso de Constitucionalidade (Natureza da Intervenção do Ministério Público no Contencioso Administrativo)”, in *Revista de Direito Público*, n.º 13, ano VII, janeiro/junho, 1993.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, vol. I, 3.ª ed., Foundation Press, New York, 2000.
- URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional: Evolução Histórica e Modelos de Controlo de Constitucionalidade*, Almedina, Coimbra, 2012.
- VALDÉS, Roberto Blanco L., “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias”, in *Perspetivas Constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976* (org. Jorge Miranda), vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

Bibliografia complementar

- AMARAL, Maria Lúcia do, “Justiça Constitucional e trinta anos de Constituição”, in *Themis: Revista de Direito*, Edição Especial, Almedina, Coimbra, novembro, 2006 / in *Revista de Direito do Estado*, ano 1, n.º 2, Renovar, Rio de Janeiro, abril/junho, 2006.
- _____, “Justiça constitucional, proteção dos direitos fundamentais e segurança jurídica ou que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais?”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, ano II, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- CALVETE, Victor, “Interesse e relevância da questão de inconstitucionalidade, instrumentalidade e utilidade do recurso de constitucionalidade – quatro faces de uma mesma moeda”, in *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Coimbra, 2003.

- ESTEVES, Maria da Assunção, “Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra, 1995.
- HESSE, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Fabris, Porto Alegre, 1991.
- PALMA, Maria Fernanda, “Constitucionalidade e Justiça: novos desafios para a justiça constitucional”, in *Themis: Revista de Direito*, ano I, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2000.
- PINTO, Paulo Mota, “Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa”, in *Themis: Revista de Direito*, ed. especial (30 anos da Constituição Portuguesa – 1976-2006), 2006.
- TELES, Miguel Galvão, “A competência da competência do Tribunal Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional (Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de Maio de 1993)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.

Legislação consultada

- *Austrian Federal Constitutional Laws*, disponível em <https://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishverfassung.pdf>.
- Código Civil (Decreto-Lei n.º 47344/66, de 25 de Novembro, conforme posteriormente alterado pela Lei n.º 82/2014, de 30 de dezembro).
- Código de Processo Civil (Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho, conforme alterada pela Retificação n.º 36/2013, de 12 de agosto).
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, conforme posteriormente alterada pela Lei n.º 59/2008, de 11 de setembro).
- Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm.

- Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.
- Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril 1976.
- Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 22 de junho de 1890, disponível em <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=D EC&tipoTexto=PUB>
- Constituição Política da República Portuguesa, de 21 de agosto de 1911, disponível em <http://purl.pt/6925>.
- Constituição Política da República Portuguesa, de 22 de fevereiro de 1933, disponível em <https://dre.pt/application/file/210931>.
- *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp#declaration>.
- Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.
- Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de setembro, disponível em disponível em www.dre.pt.
- Lei do Tribunal Constitucional (Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, conforme posteriormente alterada pela Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30/11).
- Lei n.º 221, de 20 de novembro de 1894, disponível em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>.
- Lei n.º 1963, de 18 de dezembro de 1937, disponível em www.dre.pt.
- Lei n.º 3/71, de 16 de agosto, disponível em www.dre.pt.
- Lei n.º 29/2013, de 19 de abril, disponível em www.dre.pt.
- *The Constitution of the United States*, disponível em http://www.archives.gov/exhibits/charters/constitution_transcript.html.

Outros

- Relatório de Atividades de 2014 do Tribunal Constitucional, disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/content/files/tc_ebook_reactiv2014/index.html#ebookrelatividades.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdãos do Tribunal Constitucional:

(disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt)

- | | | |
|-----------------------|-----------------------|------------------------|
| - Acórdão n.º 2/82. | - Acórdão n.º 283/89. | - Acórdão n.º 636/94. |
| - Acórdão n.º 19/83. | - Acórdão n.º 472/89. | - Acórdão n.º 17/95. |
| - Acórdão n.º 2/84. | - Acórdão n.º 159/90. | - Acórdão n.º 171/95. |
| - Acórdão n.º 12/84. | - Acórdão n.º 214/90. | - Acórdão n.º 178/95. |
| - Acórdão n.º 29/84. | - Acórdão n.º 251/90. | - Acórdão n.º 222/95. |
| - Acórdão n.º 128/84. | - Acórdão n.º 253/90. | - Acórdão n.º 466/95. |
| - Acórdão n.º 26/85. | - Acórdão n.º 14/91. | - Acórdão n.º 730/95. |
| - Acórdão n.º 44/85. | - Acórdão n.º 267/91. | - Acórdão n.º 18/96. |
| - Acórdão n.º 151/85. | - Acórdão n.º 169/92. | - Acórdão n.º 380/96. |
| - Acórdão n.º 316/85. | - Acórdão n.º 255/92. | - Acórdão n.º 1187/96. |
| - Acórdão n.º 39/86. | - Acórdão n.º 152/93. | - Acórdão n.º 1221/96. |
| - Acórdão n.º 80/86. | - Acórdão n.º 172/93. | - Acórdão n.º 250/97. |
| - Acórdão n.º 150/86. | - Acórdão n.º 209/93. | - Acórdão n.º 368/97. |
| - Acórdão n.º 211/86. | - Acórdão n.º 195/94. | - Acórdão n.º 229/98. |
| - Acórdão n.º 238/86. | - Acórdão n.º 214/94. | - Acórdão n.º 242/98. |
| - Acórdão n.º 266/86. | - Acórdão n.º 304/94. | - Acórdão n.º 264/98. |
| - Acórdão n.º 92/87. | - Acórdão n.º 323/94. | - Acórdão n.º 473/98. |
| - Acórdão n.º 168/88. | - Acórdão n.º 506/94. | - Acórdão n.º 488/98. |

- Acórdão n.º 637/98.
- Acórdão n.º 697/98.
- Acórdão n.º 180/99.
- Acórdão n.º 181/99.
- Acórdão n.º 205/99.
- Acórdão n.º 284/99.
- Acórdão n.º 285/99.
- Acórdão n.º 605/99.
- Acórdão n.º 655/99.
- Acórdão n.º 667/99.
- Acórdão n.º 674/99.
- Acórdão n.º 122/00.
- Acórdão n.º 492/00.
- Acórdão n.º 235/01.
- Acórdão n.º 238/02.
- Acórdão n.º 289/02.
- Acórdão n.º 373/02.
- Acórdão n.º 10/03.
- Acórdão n.º 92/03.
- Acórdão n.º 196/03.
- Acórdão n.º 197/03.
- Acórdão n.º 395/03.
- Acórdão n.º 205/04.
- Acórdão n.º 532/04.
- Acórdão n.º 580/04.
- Acórdão n.º 224/05.
- Acórdão n.º 367/05.
- Acórdão n.º 391/05.
- Acórdão n.º 597/05.
- Acórdão n.º 454/06.
- Acórdão n.º 110/07.
- Acórdão n.º 457/07.
- Acórdão n.º 524/07.
- Acórdão n.º 174/08.
- Acórdão n.º 183/08.
- Acórdão n.º 235/08.
- Acórdão n.º 549/11.
- Acórdão n.º 186/13.
- Acórdão n.º 43/14.
- Acórdão n.º 587/14.
- Acórdão n.º 749/14.
- Acórdão n.º 442/15.

Outros

- *Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64 (1938), disponível em <https://supreme.justia.com>.
- *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803), disponível em <http://supreme.justia.com>.