
O SISTEMA PORTUGUÊS DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE: um estudo para a sua avaliação

PORTUGUESE SYSTEM OF THE CONSTITUTIONALITY EFFECTIVE OVERSIGHT: a study for the evaluation

ROSA MARIA FERNANDES GUERRA ¹

RESUMO: O presente estudo visa analisar o sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade, no âmbito de uma discussão doutrinária, há muito suscitada, quanto ao problema da operacionalidade desse sistema de controlo e da possibilidade de alteração do modelo existente, por um modelo concentrado de reenvio prejudicial com introdução do recurso de amparo, enquanto processo autónomo de defesa dos direitos fundamentais por via da Justiça Constitucional. O objetivo deste estudo consiste em aferir das vantagens ou desvantagens que o atual sistema de fiscalização concreta oferece, as implicações ou inconveniências da sua reformulação e as vantagens da existência de um instituto autónomo de defesa dos direitos fundamentais, num sistema de fiscalização difusa como o vigente em Portugal. Por isso é que, para se alcançar este objectivo, utilizámos como metodologia o estudo comparado, analisando para o efeito o ordenamento jurídico-constitucional espanhol, por ter instituído um modelo de controlo concreto de pendor concentrado de reenvio prejudicial, ao mesmo tempo que vigora nesse ordenamento jurídico o amparo constitucional, como meio de reação contra as violações aos direitos fundamentais previstos na Constituição espanhola.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Fiscalização concreta. Justiça Constitucional. Tribunal Constitucional.

ABSTRACT: This study aims to analyze the Portuguese system of constitutionality oversight, within a doctrinal discussion, has long raised as the problem of the effective control of this type of system and the possibility of changing the existing model for a centralized model for reference with introduction of the writ to protection, as a separate process of protection of fundamental rights through the Constitutional Court. The main objective of this study is to assess the advantages or disadvantages of the current monitoring system provides, the implications or inconveniences of its reformulation and the advantages of the existence of an autonomous institute of fundamental rights, a unclear supervision system as the current in Portugal. In order to achieve this objective, it was used as methodology the comparative study, analyzing for this purpose the Spanish legal and constitutional framework, because they have established a specific control model of deliberate desire for reference, while force this constitutional law the protection as a means of reaction against violations of fundamental rights under the Spanish Constitution.

Keywords: Constitutionality. Effective oversight. Constitutional Justice. Constitutional Court.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Professora de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto (Luanda/Angola). Assessora do Tribunal Constitucional da República de Angola. E-mail: rosag.tc.com@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A Justiça constitucional não é o único, mas pode ser considerada um dos meios mais eficazes de garantia ou preservação de uma Constituição (URBANO, 2012, p. 11). Ela pode ainda ser assegurada através outros mecanismos, como seja, por via do princípio da separação de poderes e até mesmo pela existência de limites à revisão constitucional.

São tipicamente conhecidos, como modelos de controlo da constitucionalidade, os de controlo político (exercido por um órgão político *v. g.* um Parlamento ou um outro), o judicial (exercido pelos tribunais) e um terceiro modelo, o denominado misto entre o judicial e o político. Com efeito, o controlo da constitucionalidade que inicialmente era dividido entre o difuso e o concentrado, hoje é possível reconhecerem-se outras classificações.

Portugal adotou um modelo judicial de controlo das normas jurídicas. Um sistema misto *sui generis*, que congrega duas culturas jurídicas diferentes. Uma que resulta da influência do modelo judicialista norte-americano, ou *judicial review*, e outra que resulta do modelo de fiscalização concentrada, de que é paradigma o sistema nascido na Áustria. Isto significa que, apesar de existir de um Tribunal Constitucional, em Portugal outros tribunais têm o poder e o dever não só de apreciar a constitucionalidade das normas jurídicas que lhes cumpre aplicar na resolução de um conflito, como também de recusar a aplicação das que considerem inconstitucionais (artigos 204.º e 277.º CRP).

Com efeito, a Constituição prevê quatro tipos de controlo da constitucionalidade das normas jurídicas, designadamente: o controlo preventivo; o abstrato; o concreto e o controlo por omissão. Não pretendemos fazer o estudo de todo o sistema de fiscalização vigente em Portugal. O nosso estudo incide apenas sobre a fiscalização concreta da constitucionalidade. Há muito se vem discutindo a operacionalidade desse sistema de controlo e a possibilidade da sua reformulação ou alteração por um modelo concentrado de reenvio prejudicial e/ou com recurso de amparo, enquanto mecanismo autónomo de defesa dos direitos fundamentais pela Justiça Constitucional.

Não pretendemos discutir qual dos sistemas é o melhor ou se o direito português deve consagrar um recurso de amparo constitucional. O objetivo deste estudo é aferir das vantagens ou desvantagens que o atual sistema de fiscalização concreta oferece, as implicações ou inconveniências da sua reformulação ou alteração e as vantagens da existência de um mecanismo autónomo de defesa dos direitos fundamentais, num sistema de fiscalização difusa como o vigente em Portugal.

No entanto, para se atingir este desiderato, utilizámos como metodologia o estudo comparado, elegendo para o efeito o ordenamento jurídico-constitucional, por ter consagrado um modelo de controlo concreto de pendor concentrado de reenvio prejudicial, ao mesmo tempo que vigora o amparo constitucional, como mecanismo de reação contra as violações aos direitos fundamentais. O nosso foco principal é o sistema português de controlo difuso, razão pela qual iniciamos a nossa preleção com a abordagem desse sistema. Na segunda parte do nosso trabalho, considerámos importante apresentar um breve estudo sobre o funcionamento do modelo espanhol, incluindo a análise do modo como o controlo da constitucionalidade aí vigente se articula com o recurso de amparo. Posteriormente (na terceira parte do trabalho), procedemos ao confronto entre os dois sistemas em estudo especificamente, as principais diferenças, vantagens e desvantagens entre ambos os sistemas, em articulação com o recurso de amparo constitucional.

A parte final deste trabalho é reservada ao balanço do estudo, centrando-se a nossa análise nas implicações práticas resultantes da natureza normativa do sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído no direito português; no sistema de proteção dos direitos fundamentais oferecido pela Justiça Constitucional; nas implicações de um conceito funcional de norma jurídica e, finalmente, numa nota em torno dos efeitos motivados pela forma como o Tribunal Constitucional foi inserido no sistema concreto de base difusa.

2. O SISTEMA PORTUGUÊS DE CONTROLO CONCRETO DIFUSO DA CONSTITUCIONALIDADE

2.1. Introdução

A CRP consagrou um controlo concentrado e abstrato de normas dirigido à fiscalização e decisão, com força obrigatória geral (força de lei), isto é, com força de desvalor formal ou material de uma norma jurídica. Este controlo pode ocorrer antes de os diplomas entrarem em vigor [controlo preventivo (cfr. artigos 278.º e 279.º)] ou depois de as normas serem plenamente válidas e eficazes [controlo abstrato sucessivo, (cfr. artigos 280.º e 281.º)]. Consagrou também o controlo por ação e por omissão ao mesmo tempo que consagrou o controlo difuso e concreto de normas jurídicas, que de seguida passamos a caracterizar.

2.2. Caracterização geral

O instituto da fiscalização concreta da constitucionalidade funciona segundo um esquema de “repartição de competências” (MOREIRA, 2003, p.97;102 ss.; CANAS, 1994, p.54 ss.) entre o Tribunal Constitucional (TC) e os tribunais comuns, e, como tal, é designado por *controlo difuso*. (MORAIS, 2011, p.596; CANOTILHO, 2003, p.982; CANOTILHO, 2010, p.940). É *incidental*, na medida em que aos particulares está vedada a possibilidade de recorrerem aos tribunais para impugnam diretamente uma norma sem que na base haja uma ação judicial. (CANOTILHO, 2010, p.940). Ou seja, os particulares só podem invocar a inconstitucionalidade de qualquer norma jurídica no decurso de um processo judicial ou “*processo-pretexo*”².

² Expressão usada no âmbito do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, para designar os processos judiciais cujo objeto principal é dar a conhecer e declarar o direito (cfr. por todos, CANAS, 1986, p.79 ss.).

Na fiscalização concreta (no tribunal *a quo*), o juiz pode e deve conhecer da inconstitucionalidade das normas, independentemente de impugnação das partes (artigo 204.º CRP), e, por isso, é designada por fiscalização *oficiosa*. Com efeito, a fiscalização tem carácter *concreto*, na medida em que os tribunais limitam-se a não aplicar ou, em sentido contrário, desaplicar a norma inconstitucional ao caso concreto a ser julgado. (CANOTILHO, 2003, p.983). Assim se compreende porque a questão da constitucionalidade não tem autonomia sobre a principal, isto é, é uma questão incidental “enxertada” na questão principal e, por isso, permanece delimitada pelo caso concreto em que surgiu, pelo que os seus efeitos são limitados ao caso concreto.

Daqui resulta essa configuração mista que a fiscalização concreta assume, fazendo dela um sistema “difuso na base” (podendo todos os tribunais conhecer e decidir sobre questões concretas de constitucionalidade), porém, “concentrada no topo” (ARAÚJO: COSTA, 2000, p. 22) — cabendo a uma jurisdição especializada, o TC (MORAIS, 2011, p.597), atuar como última instância relativamente ao julgamento de questões de constitucionalidade. Ou seja, cabe ao TC o julgamento definitivo dessas questões.

O legislador constitucional português, ao introduzir a componente difusa no sistema de fiscalização concreta, conferiu aos tribunais ordinários a plena dignidade de órgãos de soberania, por um lado, e entendeu ser eficaz confiar a garantia da Constituição àqueles cuja função é aplicar o Direito. Todavia, a componente concentrada do sistema também se afigura vantajosa, na medida em que garante a certeza do direito, obtida pelo poder de uniformização de jurisprudência conferida ao Tribunal Constitucional.

De todo o modo, a decisão que julgue inconstitucional uma norma não a afasta do sistema jurídico, mantém-na válida, e, como tal, suscetível de ser aplicada em outros processos, caso seja outro o entendimento do tribunal da causa. (MOREIRA, 2003, p.101). Constitui, esta, uma das grandes desvantagens deste sistema, porque provoca a existência de uma realidade jurídica incerta e insegura no sistema de fontes ou, como o convencionou designar a Professora Maria Lúcia Amaral, um “direito que não sabe ao certo o que é.” (AMARAL, 2002, p.19-21 ss.; AMARAL, 2005, p.67 ss).

2.3. As normas jurídicas enquanto objeto de fiscalização da constitucionalidade

2.3.1. Identificação do problema

Os tribunais, nos factos submetidos a julgamento, não podem aplicar *normas* que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados (artigo 204.º). Com efeito, cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões desses tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma (...) [n.º 1 al. a) do artigo 280.º] ou que apliquem *norma* cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo [n.º 1 al. b) do artigo 280.º], sendo inconstitucionais todas as *normas* que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Dos preceitos acima referenciados resulta que, na estrutura do sistema português, o controlo da constitucionalidade tem natureza estritamente normativa (MIRANDA, 2008, p.175; MORAIS, 2006, p.443-444 ss.; CANOTILHO, 2003, p.932 ss), não configurando nunca o processo constitucional como um contencioso de decisões (REGO, 2004, p.4 ss), seja qual for a sua natureza (política, administrativa ou judicial); daí a inexistência de um mecanismo destinado a sindicar os atos jurídico-públicos sem valor de lei, violadores diretamente da Constituição, *maxime*, de direitos fundamentais, de que é exemplo o amparo constitucional espanhol.

A norma jurídica, na aceção comum do Direito, implica as características da generalidade e da abstração (MIRANDA, 2008, p.175). No entanto, questão não menos complexa é a que vai no sentido de saber em que consiste, para efeitos de controlo da constitucionalidade, um ato normativo. Com efeito, para ser qualificado como norma, o ato não depende de qualquer forma específica, mas da sua qualidade jurídica, isto é, da sua natureza material (CANOTILHO, 2003, p.932 ss). Neste sentido, um ato normativo traduz fundamentalmente a ideia de *padrão de comportamentos* ou ato criador de *regras jurídicas* para a decisão de conflitos. (CANOTILHO, 2003, p.932 ss). Em virtude desta caracterização, excluem-se do conceito de norma os atos concretos de aplicação dos mesmos (CANOTILHO, 2003, p.932 ss), nomeadamente, atos administrativos e sentenças judiciais.

2.3.2. O conceito de norma para efeitos de fiscalização concreta da constitucionalidade

Ao delinear, no domínio da fiscalização (abstrata ou concreta), o conceito de norma, nos moldes acabados de referir, no intuito de proceder à delimitação do objeto “idóneo” (dos processos de controlo a seu cargo), tem o TC, desde a jurisprudência da Comissão Constitucional (Parecer n.º 3/78), e hoje no Acórdão Ac. n.º 26/85, de 16 de maio³, feito apelo a um conceito simultaneamente formal e funcional de norma, de acordo com o qual todo o preceito inserido em ato legislativo (independentemente do seu carácter geral e abstrato, ou individual e concreto) (MORAIS, 2006, p.444 e ss) é passível de controlo de constitucionalidade.

Nessa medida, de acordo com a jurisprudência em análise, são considerados todos os atos do poder público que contiverem uma regra de conduta para os particulares ou para a Administração Pública, um critério de decisão para esta última ou para o juiz ou, em geral, um *padrão de valorização de comportamentos* (REGO, 2004, p.5), prescindindo deste modo da natureza necessariamente geral e abstrata dos preceitos a sindicar.

Em consequência, tornou-se heterogéneo o catálogo de atos suscetíveis de controlo de constitucionalidade⁴. Em contrapartida, ficam excluídos desse catálogo os atos administrativos propriamente ditos (v.g. um ato de natureza política)⁵ e as decisões jurisdic-

3 Acórdão do TC n.º 26/85, de 15 de fevereiro, in *Diário da República*, 2.ª Série, n.º 96, de 26 de abril.

4 Vide o desenvolvimento do catálogo dos atos normativos sujeitos ao controlo de constitucionalidade em (CANOTILHO, 2003, p.935).

5 V. g. os atos como a promulgação, o veto, a referenda, o decreto presidencial de emissão do governo, o decreto de dissolução da Assembleia da República, o decreto de emissão dos órgãos de governo regional com fundamento em atos contra a constituição, pelo que esses atos não podem ser anulados por inconstitucionalidade, sem prejuízo da responsabilidade política e criminal em que façam incorrer.

cionais (CANOTILHO, 2003, p.939). Todavia, importar referir que a não inclusão destes atos no leque dos passíveis de controlo não significa a impossibilidade de os mesmos violarem diretamente a Constituição. Simplesmente, significa que este é o sistema preferido pelo legislador constitucional português.

2.3.3. O objeto do controlo em fiscalização concreta

Sucedem que, em consequência, têm sido enquadradas no aludido conceito de “norma”, entre outros preceitos, as normas criadas pelo intérprete (dentro do sistema), com vista a preencher uma lacuna (REGO, 2004, p.6). Deste modo, abre-se a possibilidade de o controlo concreto — designadamente o exercido pelo TC — poder incidir tanto sobre normas, como ser reportado, igualmente, a determinadas interpretações normativas (REGO, 2004, p.7), não já com o sentido genérico e objetivo, mas em função do modo como foi perspectivada e aplicada pelo julgador ordinário na resolução de certo conflito (REGO, 2004, p.7).

Ora, tendo em conta que as disposições ou comandos jurídicos são suscetíveis de várias interpretações, este fenómeno assume particular importância no domínio da fiscalização concreta, na medida em que o controlo do TC poderá ser exercido sobre o resultado de uma dada interpretação judicial da norma. Tendo em atenção a natureza estritamente normativa de todo o sistema de controlo da constitucionalidade, tal “fenómeno estranho ao sistema” coloca-nos perante um complexo problema: o da *determinação da fronteira entre as figuras do controlo normativo e da fiscalização de concretas e específicas decisões judiciais*⁶.

Como é sabido, fiscalizar a constitucionalidade de normas jurídicas aplicadas pelos tribunais e fiscalizar a constitucionalidade das próprias decisões jurisdicionais são duas coisas que não se confundem (CANOTILHO, 2003, p.943). De todo o modo, a questão do controlo da constitucionalidade de decisões judiciais enfrenta, à partida, no direito português, o problema da inexistência de um mecanismo constitucional vocacionado para o efeito (CANOTILHO, 2003, p.943), uma vez que, como vimos, na estrutura do sistema de fiscalização da constitucionalidade vigente não cabe o mecanismo do controlo de decisões judiciais aplicadoras de normas jurídicas⁷.

Contudo, aos particulares — a par do direito de suscitar a questão da inconstitucionalidade (de qualquer norma) nos feitos submetidos à decisão do juiz (fazendo, deste modo, funcionar o sistema numa perspectiva de controlo subjetivo) e do direito de recorrer (por via do recurso de constitucionalidade) para o Tribunal Constitucional (MEDEIROS, 1999, p. 338) —, a Jurisprudência do TC passou a admitir aquilo que se designa por “recurso-de -amparo”⁸ dos direitos dos particulares.

Daqui se extraem duas conclusões. *Primeira*: a competência do TC (originariamente atribuída pela Constituição) para exercer o controlo concreto resulta algo alargada para lá do controlo normativo, o que, *segunda*, torna o objecto do controlo concreto (constitucionalmente delimitado) em algo incerto.

2.4. A defesa dos direitos fundamentais por via da fiscalização concreta da constitucionalidade

Sejam quais forem os contornos práticos que a ampliação desta competência venha a assumir, a verdade é que tal realidade em nada altera o sistema de protecção dos direitos fundamentais, já que o requerente ou o queixoso (para ver os seus interesses defendidos pela justiça constitucional) continuam a depender de um processo judicial principal, ou seja, o particular, para aceder ao TC, tem antes de provocar um processo judicial, porque, como vimos, as questões de constitucionalidade surgem sempre por via de incidente.

A CRP não previu uma figura equiparada à do recurso de amparo constitucional espanhol (ANDRADE, 2012, p.349 ss), que garante o acesso direto e autónomo à Justiça Constitucional, daí que a fiscalização concreta funcione (por via de regra) como o meio por excelência de defesa dos direitos e interesses dos cidadãos, contemplando, através desse expediente, o acesso ao Tribunal Constitucional por via do *recurso de constitucionalidade*⁹ das decisões dos tribunais ordinários que recusem aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade — decisões de desaplicação [cfr. n.º 1, als. *a*) e *b*), do artigo 280.º da CRP, e as als. *a*) e *b*) do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional (LTC)].

Com efeito, a interposição do referido recurso este que é obrigatório para o Ministério Público (1.ª parte, n.º 3, do artigo 72.º LTC), quando que a norma desaplicada constar de tratado internacional, ato legislativo ou regulamento promulgado pelo Presidente da República. É ainda obrigatório o recurso das decisões que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo (decisões de aplicação). Contudo, pode ser interposto pela parte (n.º 2 do artigo 72.º LTC) que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, no caso de ser desatendida pelo tribunal *a quo*, e apenas terá lugar depois de previamente esgotados os recursos ordinários (cfr. n.º 2 do artigo 70.º da Lei do Tribunal Constitucional).

O facto de a CRP permitir a impugnação das decisões dos tribunais *a quo*, quer pelas partes no processo, quer pelo Ministério Público, evidencia a preocupação ou a vontade do legislador de confiar a garantia da Lei Fundamental não apenas aos aplicadores da lei, por

6 Para maior desenvolvimento sobre a problemática da distinção entre o controlo de normas jurídicas e o de decisões judiciais, vide Medeiros (1999, p. 336 ss).

7 Cfr. Decisão do Tribunal Constitucional vertida nos Acórdãos n.ºs 178/95, DR, II, de 21 de junho de 1995, e AC 674/98, DR, II, de 25 de fevereiro de 2002.

8 Acórdão do TC n.º 233/94, in ATC, p. 233 ss.

9 Nesse sentido, Botelho (2010, p.50 ss).

um lado, mas também de legitimar o particular na defesa dos seus interesses sem interferência externa, para além de pôr em destaque a importância do TC como órgão ao qual incumbe a responsabilidade de garantir a harmonia de julgados ou a existência de jurisprudência uniforme em toda a ordem jurídica, em particular na constitucional.

3. O SISTEMA ESPANHOL DE CONTROLO CONCRETO CONCENTRADO DE REENVIO PREJUDICIAL

3.1. Introdução

Vigora no direito constitucional espanhol um sistema misto de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas que resulta da inclusão, no sistema, de um controlo abstrato, direto, por via principal ou por via de ação (da competência exclusiva do TC), e de um controlo concreto ou incidental de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais. (CUOCOLO, 1996, p.916-918; SEGADO, 1992, p.1048; MORAL, 1992, p.383-383). É fundamentalmente sobre este último que vai incidir a nossa abordagem.

3.2. Caracterização sumária

Tendo em conta a sua iniciativa, a fiscalização é um controlo concreto, uma vez que a questão da constitucionalidade surge no âmbito do julgamento de um caso concreto, nisso evidenciando uma similitude com a componente concreta do sistema português difuso¹⁰. Daí — embora que se diferenciem, como veremos, quanto aos mecanismos de controlo exercido pelo Tribunal Constitucional — a nossa discordância com a doutrina que defende ser o sistema português de fiscalização da constitucionalidade um sistema singular em relação aos adotados pela generalidade dos países europeus.

3.2.1. Objeto do controlo

O controlo tem natureza legislativa, ou seja, incide sobre leis ou atos com força de lei (n.º 2 do artigo 27.º da LOTC) do Estado ou das Comunidades Autónomas (n.º 1 do artigo 28 da LOTC)(SEGADO, 1992, p.1087;1089 ss). Com efeito, o objeto do controlo não são apenas normas jurídicas com “valor de lei”. Nele se incluem também atos, seja através do recurso de amparo, por violação de direitos fundamentais, seja por meio dos “conflitos de atribuições” e dos conflitos de competências¹¹.

3.2.2. Competência para exercer o controlo

Tendo a questão da constitucionalidade de qualquer norma natureza legislativa, devem distinguir-se duas situações: *primeira*, se a norma tiver valor infralegal, o sistema difere, na medida em que cabe ao juiz ordinário pronunciar-se em definitivo sobre a sua conformidade com a Constituição, ficando o TCE sem competência para se pronunciar sobre esta questão (é o caso das normas regulamentares produzidas pelas Comunidades Autónomas ou pelos Municípios). Os regulamentos não são, portanto, impugnáveis diretamente perante o TCE, porém, nos termos dos artigos 41.º, n.º 2, e 43.º, n.º 1, da LOTC, admite-se recurso de amparo contra disposições que violem um direito ou liberdade fundamental, o que pode ser interpretado como forma de atribuição, ao TCE, da competência para fiscalizar regulamentos nos casos em que os cidadãos aleguem direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14 a 29, e 30 da Constituição espanhola (CE), cuja violação tenha a sua origem direta num regulamento¹².

Segunda, fora desta situação, suscitada uma questão por uma das partes ou oficiosamente pelo juiz, este limita-se à sua apreciação e é obrigado a remeter a questão ao TCE, o único competente para o seu julgamento. Assim, o juiz ordinário suspende o ponto do julgamento da causa a propósito da qual foi levantada, até que o juiz constitucional decida a questão prejudicial, e só depois aquele juiz pode emitir decisão, no sentido de compor o litígio levado perante si. Daqui resulta que: *primeiro*, a intervenção do TCE opera através da questão prejudicial de inconstitucionalidade ou por meio do reenvio da questão da constitucionalidade pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional espanhol. *Segundo*, e em consequência, apesar de a questão poder ser suscitada pelas partes no processo, elas não têm, por esta via, acesso à Justiça Constitucional do TCE. Porque, no modelo espanhol, apenas os tribunais comuns têm legitimidade para requerer àquele órgão, a título de reenvio prejudicial, a apreciação da constitucionalidade de uma norma.

Contudo, no desenvolvimento do artigo 165 da CE, o n.º 1 do artigo 35.º da LOTC permite às partes “instar” o tribunal ordinário a colocar a questão da constitucionalidade ao órgão de Justiça Constitucional. Essa solicitação das partes, como o considerou o TC¹³, carece de qualquer relevância jurídico-positiva, admitindo que o tribunal *a quo* não está obrigado a dar resposta à petição do requerente. Um

10 Por razões de economia, impostas pela observância na limitação de páginas deste relatório, remetemos o desenvolvimento desta componente concreta do sistema espanhol para a abordagem (com as necessárias adaptações) do sistema português. Tais adaptações devem-se ao facto de no sistema português de fiscalização concreta os juizes ordinários terem o poder de julgar a questão de constitucionalidade suscitada no processo e o juiz ordinário espanhol não ter esse poder.

11 Vide o desenvolvimento dos atos suscetíveis de controlo da constitucionalidade em CORREIA (1999, p.256-257 ss).

12 Nesse sentido, «Sentença do Tribunal Constitucional espanhol n.º 141/1985», in *Jurisprudência Constitucional*, Vol. XIII, pp. 207;215-216.

13 Sentença n.º 151, de 1991.

entendimento contestado, obviamente, pela doutrina, que extrai do n.º 1 do artigo 35.º da LOTC o entendimento segundo o qual, a decisão de colocar ou não a questão ao TCE, deve constar de um auto, sendo por isso, por maioria de razão, desnecessário que seja promovido, se a resposta à solicitação da parte for negativa. (SOSA, 1998, p.267).

3.3. A articulação do recurso de amparo com o modelo concentrado de reenvio prejudicial

De todo o modo, a decisão do tribunal *a quo* pode ser sindicada pelas partes vencidas em sede recurso de amparo perante o TCE, uma vez que o silêncio ou a falta de resposta pode violar um direito fundamental dos interessados. Nesse sentido, o amparo constitucional acaba por desempenhar a função de mecanismo que permite o acesso dos particulares à Justiça Constitucional do TCE, uma vez que esse acesso lhe foi negado pelo instituto do controlo da constitucionalidade.

O recurso de amparo vem previsto no n.º 2 do artigo 53 da CE, nos termos do qual, qualquer cidadão pode requerer a tutela das liberdades e direitos reconhecidos no artigo da Secção Primeira do Capítulo 2.º perante os tribunais ordinários, por procedimento caracterizado pelos princípios da preferência e sumariedade e, se for o caso, através de um recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional¹⁴.

O recurso de amparo pode ser entendido como uma garantia constitucional à tutela jurisdicional de direitos e liberdades fundamentais¹⁵. Tem por objeto disposições^{16,17}, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais dos poderes públicos (TREMPS, 2005 p.153; TREMPS, 1987, p.54) do Estado, das Comunidades Autónomas e demais organismos públicos de carácter territorial, corporativo ou institucional, assim como dos seus funcionários ou agentes (n.º 2 do artigo 41.º)¹⁸ da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional.

Podem ainda dar lugar ao recurso de amparo as decisões ou atos sem valor de lei — emanados de assembleias parlamentares ou de qualquer um dos seus órgãos, ou de assembleias legislativas das comunidades autónomas ou dos seus órgãos (atos do poder legislativo) —, as disposições, atos jurídicos, omissões ou simples comportamentos materiais da Administração Pública e do Governo (atos do poder executivo) [cfr. o n.º 1 do artigo 43 da LOTC], e, em certas condições, os atos ou omissões dos órgãos jurisdicionais que, direta e imediatamente, violem direitos fundamentais (atos do poder judicial)¹⁹ [cfr. n.º 1 do artigo 44.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional].

São características do recurso de amparo: o seu *carácter autónomo*. O recurso de amparo pressupõe uma ação autónoma, independentemente de o seu objeto coincidir, no todo ou em parte, com o que previamente fora objeto de discussão a nível da jurisdição ordinária (TREMPS, 2005 p.150). Em segundo lugar, o seu *carácter* essencialmente *subsidiário*. Para que um cidadão aceda ao Tribunal Constitucional espanhol (TCE), é necessário que a questão tenha sido antes debatida e discutida pelas instâncias comuns (TREMPS, 2005 p.150). Ou seja, devem ser previamente esgotados todos os recursos utilizáveis dentro da via judicial ordinária²⁰ [cfr. al. a), n.º 1, do artigo 44.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional].

Em terceiro lugar, o amparo tem um *carácter extraordinário*. Significa isto que não se pode acionar o mecanismo de amparo para a tutela de qualquer questão, mas apenas dos direitos ou liberdades fundamentais (n.º 3 do artigo 41.º da LOTC). Por último, o amparo tem um *carácter excepcional*, o que significa que, para ser aceite pelo TCE, a violação do direito ou liberdade não encontrou reparação por via do sistema ordinário de garantias, exigindo-se por isso, em princípio, o recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados²¹.

14 Com isso, o n.º 2 do artigo 53 da CE evidencia expressamente a possibilidade de existirem duas vias possíveis de tutela dos direitos fundamentais: uma a efetivar-se perante os tribunais ordinários (mediante o denominado amparo ordinário ou judicial), outra perante o Tribunal Constitucional (mediante o amparo constitucional ou extraordinário). Assim, a tutela dos direitos fundamentais, a nível ordinário, efetiva-se mediante procedimentos especiais preferente e sumário, perante várias jurisdições. Este amparo ordinário tem a sua regulamentação na lei de proteção jurisdicional dos direitos da pessoa, Ley 62/1978, de 26 de dezembro. Derrogada pelas leis n.º 38/2002, de 24 de outubro (Ley de enjuizamiento criminal), n.º 1/2000 (Ley de enjuizamiento civil) e Ley n.º 29/1998, de 13 de julho (lei que regulamenta a jurisdição contenciosa administrativa).

15 Para mais desenvolvimento sobre o conceito e natureza de amparo constitucional, vide Brito (1999, p.97 ss.); Cardinal (1999, p.356).

16 Refere-se às disposições administrativas ou regulamentares: os regulamentos, os regimentos parlamentares ou atos administrativos, deixando de fora as disposições legislativas.

17 O artigo 42.º da LOTC parece excluir, implicitamente, do âmbito do amparo constitucional, todas as disposições com valor de lei.

18 Com a modificação que lhe foi dada pela Lei Orgânica n.º 6/2007, de 24 de maio. Esta alteração foi no sentido de estender o objeto do recurso de amparo às omissões (da Administração e do Executivo) lesivas de direitos fundamentais que anteriormente cabia apenas as omissões do poder judicial.

19 Excluem-se do recurso de amparo constitucional as decisões jurisdicionais do TCE por se entender que o Tribunal Constitucional não integra o poder judicial.

20 O princípio da exaustão prévia das vias judiciais ordinárias visa delimitar o acesso ao Tribunal Constitucional depois de a questão ter sido analisada dentro da jurisdição ordinária (CANOTILHO, 2003, p.996). Nesse sentido, constitui um elemento essencial no sistema de articulação entre as jurisdições constitucionais a ordinária. Acresce que apenas em relação a determinados atos é que não se exige o prévio esgotamento das vias ordinárias (v.g. os atos do poder legislativo sem força de lei).

21 A conclusão que daqui se retira é a de que compete em primeira linha à jurisdição comum a tarefa de defesa dos direitos fundamentais.

4. AS PRINCIPAIS DIFERENÇAS ENTRE OS SISTEMAS PORTUGUÊS CONCRETO DIFUSO E ESPANHOL CONCRETO CONCENTRADO DE REENVIO PREJUDICIAL

O modelo de controlo da constitucionalidade ora em estudo vigora no direito português há mais de trinta anos (MIRANDA, 2012, p.242) e funciona com as características acabadas de apresentar. No entanto, hoje, quando se avalia o seu funcionamento, a conclusão vai no sentido de um sistema estruturalmente deficitário (Jorge Reis Novais)²² na proteção dos direitos fundamentais, potenciador de instabilidade nas relações entre as jurisdições de justiça constitucional (Maria Lúcia Amaral), cuja solução ou resposta adequada para a problemática é a sua substituição por um modelo de reenvio prejudicial (Jorge Miranda e Reis Novais) associado de um recurso de amparo constitucional (Reis Novais e Melo Alexandrino)²³.

Assim, para melhor aferir das divergências entre os referidos modelos, e na tentativa de busca de elementos para melhor avaliação do sistema português de controlo difuso, achamos oportuno que se proceda, neste capítulo, a um confronto dos referidos modelos.

Um primeiro aspeto a separar os dois sistemas de fiscalização reporta-se à competência para julgar a questão da constitucionalidade e à forma como os órgãos supremos de justiça constitucional são introduzidos na questão. Tendo em conta a sua iniciativa, são ambos sistemas de controlo concreto, uma vez que a questão surge no decurso de um caso concreto levado a julgamento. Porém, enquanto no sistema espanhol²⁴, suscitada a questão da constitucionalidade de qualquer norma (que não seja de valor infralegal), o juiz ordinário limita-se a apreciar a questão suscitada (por iniciativa das partes ou oficiosamente). E, caso conclua pela desconformidade e sua pertinência para o julgamento do litígio, é obrigado a suspender o processo e a remeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional espanhol. Não se reconhece legitimidade às partes no processo para levar a questão ao TCE, porém, estas, nos termos do n.º 1 do artigo 35.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (LOTC), no desenvolvimento do artigo 165 da Constituição espanhola, podem “instar” o tribunal a quo a colocar essa mesma questão ao Tribunal.

Por isso se diz que a intervenção do TCE ocorre através da “questão prejudicial de inconstitucionalidade”, ou seja, por meio do reenvio da questão ao TCE (CORREIA, 1999, p.261). No ordenamento português, pelo contrário, o juiz comum tem competência para apreciar, decidir e julgar a questão da constitucionalidade suscitada no âmbito de um julgamento. E porque o TC é inserido na questão do controlo concreto como órgão de recurso (CANAS, 1994, p.54-55 ss), a sua intervenção ocorre através do recurso das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma ou recurso das que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada.

É com esse meio-termo de diálogo permanente entre as duas jurisdições que funciona o sistema português de controlo concreto, o que para uns é causa de potenciais conflitos e, por isso, a solução passaria pela sua substituição pelo modelo de reenvio prejudicial (MIRANDA, 2008, p.246)²⁵, por se afigurar mais vantajoso em relação ao modelo difuso, uma vez que os juízes os tribunais não correriam o risco de verem as suas decisões invalidadas pelo Tribunal Constitucional (NOVAIS, 2006, p.184-185 ss).

No modelo de suspensão de instância não se verifica conflito de tensões entre as jurisdições (AMARAL, 2002, p.19), uma vez que a sentença do órgão supremo de justiça constitucional é sempre anterior à decisão (do juiz a quo) sobre o mérito da causa (AMARAL, 2002, p.19 ss.). Por outro lado, o sistema de reenvio prejudicial oferece vantagem sobre o difuso, porque impede, com maior nitidez, a existência de processos ditados por uma lógica de interesse de partes (AMARAL, 2002, p.20), pois que a decisão do juiz que suspende a instância e coloca a questão de direito (relativa à interpretação da Constituição) ao TCE permite que sejam filtradas questões em que a arguição da inconstitucionalidade mais não é do que uma “gestão processual” dos interesses em litígio (AMARAL, 2002, p.20).

Sucedo, porém, que a substituição do atual sistema por um modelo concentrado de reenvio prejudicial seria uma “amputação” do poder de decidir o direito dado a cada juiz, postulando uma distinção inaceitável entre juridicidade e constitucionalidade (PALMA, 2000, p.30). Note-se que o princípio constitucional plasmado no artigo 204.º da CRP, segundo o qual nenhuma lei inconstitucional deve ser aplicada pelo juiz, reduz-se a uma suspensão do juízo, limitando deste modo o poder do julgador ao poder de questionar (PALMA, 2000, p.30), tornando-se a questão de constitucionalidade um mero incidente na aplicação do direito. Pelo que se reduz uma dimensão da juridicidade na interpretação do direito (PALMA, 2000, p.30).

Ora, se em tese um sistema de controlo concreto concentrado, desassociado de um recurso de amparo, resulta ser mais “pacificador” nas relações entre as jurisdições, o facto é que a eventual introdução desse recurso desfaz essa asserção e a almejada “pacificação” acaba por ser tudo menos líquida (MORAIS, 2006, p.1055-1056 ss.). Como se pode calcular, a supressão da componente difusa do atual sistema de controlo, reduziria instrumentalmente o alcance da garantia da Lei Fundamental. Acabaria por afetar a solidariedade institucional entre órgãos de soberania. E, em consequência, ver-se-ia diminuída a confiança pública na garantia da Constituição (MORAIS, 2006, p.1013). Alongaria a distância entre a Constituição, os tribunais ordinários e os cidadãos; eliminaria, sem alternativa, uma dimensão da tutela subjetiva

22 Nesse sentido vide: Novais (2006, p.155-187).

23 A introdução do recurso de amparo constitucional é expressamente defendida pelos professores Novais (2006, p.155-156); Novais (2005, p.91-117); Alexandrino (2010, p.41-49).

24 No controlo de constitucionalidade, em Espanha, operam, sob a forma abstrata, por via de ação, o denominado recurso de constitucionalidade, sob a forma concreta (a denominada questão de inconstitucionalidade), e um controlo prévio, restrito ao exame dos tratados internacionais (cfr. STRECK, 2002, p.293 ss.).

25 O autor sustenta não haver urgência na reforma; entretanto, avança com a sugestão de introduzir, na fiscalização concreta, um incidente de inconstitucionalidade por omissão. Ainda no sentido de “migração” do sistema concentrado de reenvio prejudicial, vide Reis Novais (2006, p.185); Reis Novais (2005, p.91-117), e, mais recentemente, Ramos;Morais (2012, p.243).

dos direitos e interesses dos cidadãos feita, atualmente, através do recurso ao Direito Constitucional (MORAIS, 2006, p.1017).

Efetivamente, a posição que o particular ocupa no processo de controlo difuso constitui uma das suas maiores virtudes, na medida em que o “habilita” não só a defender os seus interesses sem “interferência externa”, mas fundamentalmente porque o aproxima da Constituição. Permite ao cidadão participar diretamente do processo de garantia ou defesa da Lei Fundamental contra restrições normativas do legislador democrático, isto é, contra eventuais atuações inconstitucionais do Estado legislador.

Uma diferença de relevo reporta-se aos específicos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional. No modelo de suspensão de instância espanhol, o particular não tem legitimidade para aceder ao TCE por via da “questão de inconstitucionalidade”. Não obstante, o acesso ao TCE é garantido através do recurso de amparo constitucional, enquanto mecanismo específico de reação contra certas violações aos direitos e liberdades fundamentais (cfr. o n.º 2 do artigo 53 CE), provocadas por atuação dos poderes públicos (TREMPS, 2005, p.153; TREMPS, 1987, p.54), incluindo as decisões jurisdicionais.

Constitui esta nota uma das maiores vantagens deste ordenamento constitucional espanhol sobre o português. Pois, através do amparo constitucional, o cidadão pode impugnar diretamente um ato violador de um seu direito fundamental, já que o amparo pressupõe uma acção autónoma e independente da fiscalização da constitucionalidade. Não obstante o seu destaque em relação ao recurso de constitucionalidade português, não é, por isso, um instituto isento de reparos.

Um dos campos em que o instituto do amparo oferece maiores dificuldades é o do seu objecto de protecção, e a questão vai no sentido de saber se devem ser protegidos por esta via apenas os direitos expressamente previstos nos artigos 14 a 29 da CE ou se também os localizados fora dessa carta. Uma outra crítica tem a ver com o seu carácter extraordinário. Ou seja, esta característica faz dele um remédio convertido numa espécie de instrumento de última instância.

Não consagrou o legislador constitucional português, e, por isso, não existe, uma figura semelhante²⁶, sendo o campo do acesso ao TC um dos mais problemáticos da justiça constitucional portuguesa, por ser este o domínio em que se reconhecem as “maiores deficiências, distorções e perversões.” (NOVAIS, 2006, p.159). Ora, tendo o sistema português uma estrutura de natureza exclusivamente normativa²⁷, obviamente, ficam “subtraídas” (ao menos em teoria, como vimos) “à intervenção garantística do Tribunal Constitucional” todas as inconstitucionalidades atuadas não já por normas, mas através de “decisões e atos individuais e concretos” (NOVAIS, 2006, p.159), quer sejam praticados pela Administração ou pelo poder judicial. Por isso, o sistema de proteção é “lacunoso e contraditório” (NOVAIS, 2006, p.161).

Ora, se a justiça constitucional se justifica (historicamente) pela necessidade de defesa da Constituição, mormente dos direitos fundamentais nela consagrados, paradoxalmente, a justiça constitucional portuguesa apenas está habilitada a tutelar os direitos resultantes de intervenções normativas (NOVAIS, 2006, p.161). Assim, excluem-se do controlo do TC todas as inconstitucionalidades atuadas pelos poderes constituídos, conduzidas por via não normativa, daí que não pode o TC ser considerado o “*tribunal dos direitos fundamentais*” (NOVAIS, 2006, p.161).

Perante este quadro deficitário de proteção (NOVAIS, 2006, p.159) a que estão submetidos os direitos fundamentais, a única resposta adequada à problemática seria a introdução do amparo ou queixa constitucional alemã²⁸, em que os particulares apenas teriam a via do TC aberta após prévio esgotamento das vias judiciais comuns existentes para cada caso em concreto (NOVAIS, 2006, p.183).

É certo que os particulares não gozam desse remédio autónomo e específico (quer na jurisdição ordinária, quer na constitucional) de reação contra lesões dos direitos fundamentais provocadas por atos normativos ou por autoridades públicas não administrativas (ANDRADE, 2012, p.347), como sucede em Espanha. Contudo, o TC, ao admitir a possibilidade de conhecimento de segmentos normativos (como se observou), desenvolveu uma jurisprudência que permite proteger os direitos, liberdades e garantias (ANDRADE, 2012, p.349). Porém, essa regra de inexistência de acção constitucional de defesa conhece, de certo modo, alguma compressão, nomeadamente quando se

26 Vide, a propósito, os projetos apresentados pelos Partidos Políticos, que evidenciam a tentativa na introdução de um recurso de amparo: PCP (DAR-II, n.º 4 –RC, de 28 de março de 1988, p. 55); Deputados do PS Almeida Santos, Vera Jardim e António Vitorino (DAR-II, n.º 65-RC, de 10 de janeiro de 1989, p. 2004) e (DAR-II, n.º 27, de 7 de março de 1996).

27 Não obstante se reconheça o ordenamento português como a fonte direta de produção legislativa do direito angolano, facto é que este ordenamento acaba por superar aquele, ao consagrar um remédio próprio, destinado à reparação de violações de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) cometidas por decisões judiciais ou por atos administrativos definitivos e executórios. Referimo-nos especificamente ao recurso extraordinário de inconstitucionalidade (doravante REI), que, embora (quanto à *ratio*) se aproxime do amparo constitucional espanhol, dele difere quanto ao modo de acesso e tutela. O REI foi introduzido na ordem constitucional angolana [enxertado à fiscalização concreta (cfr. as al.a) e b) do artigo 49.º)] com a aprovação da Lei n.º 3/08, de 17 de junho, Lei do Processo Constitucional, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 25/10, de 3 de dezembro, especificamente pelo seu artigo 13.º. Trata-se, assim, de um mecanismo de defesa e acesso indireto ao TCA, porque esse acesso e defesa são garantidos quando e na medida em que o cidadão suscitar um incidente de inconstitucionalidade no âmbito de um “processo-pretexo”. Assim vistas as coisas, difere do amparo constitucional, porque este, apesar de constituir uma garantia jurisdicional interna última dos direitos fundamentais, constitui um mecanismo de reparação autónomo, sumário ou rápido (cfr. TREMPS, 2005, p.150; HÄBERLE, 2001, p.35; REYES, 2005, p.142).

28 A introdução do recurso de amparo constitucional na ordem constitucional portuguesa é expressamente defendida, entre outros, pelos professores Reis Novais (2006, p.155-156;183 ss.); Reis Novais (2005, p.91-117), e, mais recentemente, Ramos;Morais (2012, p.243); Alexandrino (2010, p.41-49). Este último defende a introdução do amparo, apresentando uma perspetiva centrada na impugnação junto do Tribunal Constitucional de decisões judiciais inconstitucionais violadoras de direitos, liberdades e garantias proferidas por tribunais supremos ou superiores; posição defendida mais recentemente em «Mesa Redonda», realizada pela FDUL, in *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil* (RAMOS;MORAIS, 2012, p.250 ss).

reporta aos direitos, liberdades e garantias.

Trata-se da possibilidade de *impugnação de uma decisão judicial* — através da providência do *habeas corpus* (artigo 31.º da CRP) —, que permite ao cidadão requerer ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) a anulação de uma medida de prisão ou detenção ilegal e ofensiva do direito à liberdade (ANDRADE, 2012, p.349 ss.). A outra respeito à impugnação (junto dos tribunais administrativos) de uma *norma administrativa*, de natureza regulamentar, diretamente inconstitucional, por lesar DLG's (cfr. o n.º 5 do artigo 268.º CRP). Verifica-se ainda, no Contencioso Administrativo, uma via de proteção jurisdicional, garantida pelo processo de *intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias*²⁹. Trata-se de um remédio urgente (artigo 109.º do CPTA) de reparação das violações aos direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos — artigo 17.º CRP), resultante da atuação ilegal da Administração Pública (ALMEIDA, 2004, p.276).

A real existência de lesões relevantes no conteúdo dos direitos fundamentais, originadas por intervenções restritivas da Administração Pública ou pelos tribunais, só é plausível mediante uma prévia demonstração cuja base passaria por um período temporalmente delimitado (MORAIS, 2011, p.1045 ss.). Tornando-se, assim, possível a análise dos processos do contencioso administrativo, de modo a que se pudesse contabilizar os atos administrativos onde o demandante, explícita ou implicitamente, tivesse invocado lesões diretas a direitos fundamentais, ou ainda a análise dos recursos interpostos de decisões proferidas em todos os processos jurisdicionais, de modo a verificar, a título principal ou acessório, o questionamento da constitucionalidade de sentenças fundadas na violação direta de direitos declarados (MORAIS, 2011, p.1045 ss.).

Não parece que a operação contabilística seja critério suficiente e bastante para se aferir da real existência ou inexistência de lesões aos direitos fundamentais. *Primeiro*, porque elas não necessitam de contabilização, pois constituem, em sociedades humanas, uma evidência do quotidiano. *Segundo*, porque nem sempre os particulares acorrem aos tribunais para dar notícia de ameaças ou lesões aos seus direitos, seja qual for a proveniência da lesão. Daí que nos seja difícil acompanhar o Professor Blanco de Moraes nesse seu raciocínio. Pois que a existência ou inexistência da perigosidade na atuação da Administração Pública seria insuscetível de ser refletida apenas pelos Contenciosos Administrativo ou Constitucional.

Ainda que se argumente no sentido de (em fiscalização concreta) — com o conceito funcional de norma desenvolvido pela jurisprudência constitucional — se ter tornado possível a proteção de direitos, liberdades e garantias, a verdade é que, o controlo concreto pelo TC continua a ser exclusivamente normativo (afastando-nos por essa razão da tese do professor Vieira de Andrade) e, como tal, não cobre a reparação dos direitos motivada por atuações concretas dos atos da Administração ou decisões judiciais, manifestando, pois, a nossa concordância com a tese do Professor Reis Novais. Da mesma forma que o particular não está habilitado a impugnar uma atuação (seja uma norma ou segmento dela) diretamente perante o TC, sem antes provocar um incidente de inconstitucionalidade.

Mesmo que se reconheça existirem, no ordenamento jurídico interno, instrumentos de defesa (como os acabados de apresentar) que atenuem a falta de uma ação constitucional, ou no direito internacional [como o de dirigir queixas ao Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas contra o Estado, por lesões aos direitos constantes no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) ou recorrer para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem], os direitos fundamentais continuam sem mecanismo autónomo e expedito de defesa, por via desse fundamental instituto: o da Justiça Constitucional. Porque o único instrumento com o qual se garantem os direitos do cidadão português é o incidente de inconstitucionalidade, que, como vimos, é um mecanismo indireto e não autónomo, e, como tal, não garante uma tutela temporalmente justa. Mesmo que adicionássemos a Intimação a esse leque de garantias, não resolveríamos o problema. Porque este processo, apesar de ter carácter célere e autónomo, é excessivamente restritivo, na medida em que não garante a tutela de todos os direitos, liberdades e garantias, mas apenas os direitos em situações de urgência. E, mais ainda, não cobre as violações resultantes de decisões judiciais.

Diferença não menos importante prende-se com os efeitos das decisões de provimento³⁰ proferidas pelo Tribunal Constitucional. Nos termos do artigo 164 da CE e do n.º 1 do 39 da LOTC, as decisões de inconstitucionalidade têm força geral obrigatória, isto é, produzem efeitos erga omnes. Significa que a decisão de inconstitucionalidade anula a norma do sistema jurídico. Pelo contrário, as decisões proferidas no âmbito do modelo concreto difuso³¹ apenas determinam a desaplicação da norma ao caso concreto, pelo que permanece válida no sistema jurídico (AMARAL, 2002, p.20-21 ss.).

Esta componente do sistema difuso português constitui uma diferença absoluta em relação ao sistema de reenvio, porque a decisão, quando o juiz constitucional se pronuncia no sentido de inconstitucionalidade de uma norma legal, altera direta e imediatamente o sistema de fontes (AMARAL, 2002, p.20-21 ss.). Porque fere de morte a norma declarada inconstitucional mas não a elimina imediatamente, tal fenómeno anómalo abala e fragiliza o sistema de fontes e perturba a unidade do direito objetivo, que acaba por instalar uma situação de insegurança jurídica no sistema (AMARAL, 2002, p.19-21 ss.; AMARAL, 2005, p.67 ss.).

O princípio da segurança jurídica talvez seja o argumento mais impressivo utilizado pela doutrina que propende para a substituição do atual sistema por um de fiscalização concreta de tipo concentrado (MORAIS, 2006, p.1026 ss.), uma vez que esta “fragilização das fontes” não é inteiramente explicada pela doutrina que a problematiza (MORAIS, 2006, p.1027). De todo o modo, o controlo de constitucionalidade não tem por objeto as fontes, mas sim as normas jurídicas, organizadas em diferentes tipos e categorias, que se diferenciam em razão dos critérios da hierarquia, competência, forma e do procedimento. Ora, se o sistema de fontes pressupõe um conjunto ordenado de princípios

29 Esta providência visa assegurar, em tempo útil, o cumprimento, pela Administração, não só das suas obrigações de respeito e de prestação, como também dos seus deveres de proteção dos direitos, liberdades e garantias contra condutas lesivas de outros particulares.

30 Sobre o conceito e a distinção entre as decisões proferidas pelo Tribunal Constitucional, Canas (1994, p.17 ss.).

31 Sobre os pressupostos das decisões de fiscalização da constitucionalidade e, especificamente, sobre o controlo concreto, Jorge Miranda, «Manual de Direito Constitucional...», Tomo VI, p. 69.

e regras que disciplinam o regime operativo dos atos normativos, não se percebe como uma simples desaplicação de uma norma em fiscalização concreta, com fundamento na sua inconstitucionalidade, venha abalar o referido sistema (MORAIS, 2006, p.1028).

Com efeito, o sistema normativo é regido pelo princípio da hierarquia entre as normas constitucional e legislativa. Assim, havendo violação de uma norma constitucional por uma infralegal, esta é inválida³² e os tribunais, por força do princípio da constitucionalidade, devem desaplicá-la, com fundamento na sua inconstitucionalidade (MORAIS, 2006, p.1028). Por isso, a decisão de desaplicação de uma norma no sistema difuso de controlo concreto incidental, nada mais será do que o cumprimento dos critérios “reitores” do sistema normativo ou do “sistema de fontes”. Pelo que os seus efeitos sancionatórios, ao invés de o “fragilizarem”, asseguram a sua proteção (MORAIS, 2006, p.1028).

De facto, constitui essa componente do sistema motivo propiciador de insegurança e incerteza jurídica. Na medida em que a proteção do sistema oferecida pela decisão de desaplicação é circunscrita ao caso que deu origem ao incidente, pois tem eficácia inter partes (MIRANDA, 2002, p.732) e só neste processo faz caso julgado formal. Ora, se assim é, nada impede que a mesma norma venha a ser aplicada para a resolução de casos subsequentes. Ou por eventual ignorância do fenómeno por parte do juiz, ou por entender fazer uma interpretação diferente do referido preceito.

É verdade que o julgador é, em princípio, uma pessoa avisada ou informada; todavia, ainda que assim seja, ele não está obrigado ou vinculado pela jurisprudência do TC, uma vez que não vigoram em Portugal o princípio do *stare decises* e a regra do precedente, próprios do modelo difuso puro de que são exemplo os EUA. Aí, as decisões do Supreme Court são vinculativas para os restantes tribunais inseridos nas respectivas jurisdições. Contudo, em atenção a esta segurança e certeza do Direito, talvez seja a parte do sistema que deva merecer uma atenção dos doutrinadores e do legislador portugueses.

5. CONCLUSÕES

Tendo concluído a abordagem do sistema de controlo concreto da constitucionalidade, cumpre-nos proceder a um balanço final deste estudo.

1.º A CRP (n.º 3 do artigo 3.º) consagra o princípio da constitucionalidade, segundo o qual “a validade das leis e dos demais actos do Estado (...) depende da sua conformidade com a Constituição”. Nestes termos, a Constituição proclama o princípio da constitucionalidade da ação de todo o aparelho estatal. Sucede que, na definição de inconstitucionalidade que ela apresenta (n.º 1 do artigo 277.º), se reporta apenas a normas jurídicas. Um paradoxo. Porque o texto constitucional precisava de dizer, a partir desse quadro instituído, qual é o regime jurídico possível para o controlo de outras categorias de atos não normativos desconformes com a Constituição, designadamente, aqueles que violem diretamente a Constituição, como sejam os atos administrativos e as decisões judiciais.

2.º É certo que os tribunais são órgãos do Estado a quem a Constituição incumbe o dever de dirimir conflitos, e, nessa medida, o de proteger os direitos individuais. Porém, não estão isentos de erros. O princípio da constitucionalidade, tal como é definido pela CRP, não pode deixar de vincular esse poder. Nesse sentido, e apenas nesse (e não com o argumento de “défice de proteção” dos direitos fundamentais), justifica-se uma alteração no sistema de garantia dos direitos fundamentais oferecido pelo instituto do controlo concreto da constitucionalidade. Alteração que vá no sentido de permitir a defesa desses direitos e da Constituição contra atos sem valor de lei, por um lado, mas que permita a utilização do mecanismo sem contornos difíceis para o cidadão — um mecanismo célere e prioritário.

3.º O TC é, de facto, um órgão a quem a CRP atribuiu a função de administrar a justiça em matéria de natureza jurídico-constitucional (artigo 221.º CRP). A sua competência, em fiscalização concreta, é a que resulta dos artigos 280.º da CRP e 69.º, 70.º ss. da LTC. Com efeito, o TC atua como o centro propagador da “cultura constitucional”, uma vez que é da sua jurisprudência que depende, em última análise, a fixação uniforme da doutrina constitucional, *maxime*, dos direitos fundamentais. Todavia, o cumprimento dessas funções pode tomar um rumo difícil e de natureza impraticável: desde logo, pela construção de um conceito funcional de norma por si edificado ao longo da sua jurisprudência. Ao admitir com essa construção que pode fiscalizar segmentos normativos com a concreta interpretação que lhe dá o juiz ordinário na aplicação de um caso concreto, estendeu excessivamente, e ao arrepio da lei, a sua competência.

Depois, porque, e em consequência disso, essa jurisprudência criou a ilusória ideia da existência no ordenamento jurídico de um “quase-amparo”. É, a nosso ver, uma caracterização forçada, porquanto o amparo, pelo menos com o sentido com que vigora em Espanha, pressupõe uma defesa autónoma dos direitos, isto é, não dependente do controlo de constitucionalidade de um processo pretexto.

5.º O que não corresponde a uma caracterização rigorosa, se atendermos ao facto de o sistema de fiscalização da constitucionalidade instituído em Portugal ter natureza estritamente normativa. Ora, esta é uma das facetas do sistema ao qual se impõe uma reavaliação. Porque constitui uma prática incerta e pouco clara, suscetível de propiciar menos qualidade no funcionamento do atual sistema e, o que é pior, uma atuação através de procedimentos formalmente inexistentes.

4.º Relativamente ao “hipotético conflito entre jurisdições” motivado pela revogação das decisões do TC. Se a nossa análise fosse reduzida à mecânica de controlo concreto, por comparação com o âmbito processual entre o sistema de recurso de constitucionalidade de base difusa e o modelo concentrado de reenvio prejudicial, então, este último seria de facto menos conflitual. Não é nesse sentido que dirigimos a nossa análise do problema, na medida em que o modelo de base difusa garante maior solidariedade entre os julgadores. Garante uma aproximação do cidadão à Lei Fundamental e permite ao juiz ordinário realizar a sua função de garante da ordem jurídico-constitucional.

³²Note-se que, como já o explicou o Professor Gomes Canotilho, uma norma em desconformidade (material formal ou procedimental) com a Constituição é nula, daí que o juiz, antes de decidir qualquer caso, tem a obrigação de examinar (nisso se traduzindo o seu direito de exame ou de fiscalização) da sua conformidade com as normas e princípios da Lei Fundamental (CANOTILHO, 2003, p.983).

Portanto, a substituição do atual sistema por estes argumentos não pode vingar, uma vez que o mecanismo da anulação ou revogação de decisões dos tribunais inferiores não é algo singular da Justiça Constitucional (operado através do controlo da constitucionalidade), mas, em última análise, do sistema judicial em geral.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. Sim ou não ao Recurso de Amparo? *Julgar*, N.º 11, Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *Manual de Processo Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2010.
- ALMEIDA, Mário Aroso de. *O novo Regime do Processo nos Tribunais Administrativos*. 3. ed., revista e atualizada. Coimbra: Almedina, 2004.
- AMARAL, Maria Lúcia. Queixas Constitucionais e Recurso de Constitucionalidade: Uma lição de direito público comparado. In: *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2008.
- AMARAL, Maria Lúcia. Problemas da Judicial Review em Portugal, *Themis*, Ano VI, N.º 10, Coimbra, 2005.
- AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional: Proteção dos Direitos Fundamentais e segurança jurídica: ou que modelo de Justiça Constitucional melhor protege os Direitos Fundamentais? *Anuário Português de Direito Constitucional*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed., Coimbra: Almedina, 2012.
- ARAÚJO, António de; COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da. III Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha. Guatemala, nov. 1999, relatório português.
- BOTELHO, Catarina Santos. Haja uma nova jurisdição constitucional: pela introdução de um mecanismo de acesso direto dos particulares ao Tribunal Constitucional. Lisboa, *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, I-IV, p.591-623, 2010.
- BOTELHO, Catarina Santos. *Tutela Direta dos Direitos Fundamentais: avanços e Recuos na dinâmica garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*. Coimbra: Almedina, 2010.
- BRITO, Wladimir. O Amparo Constitucional. *Revista Jurídica de Macau*, N.º especial, 1999.
- CANAS, Vitalino. *Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional: natureza e princípios estruturantes*. Coimbra: Coimbra Editora, 1986.
- CANAS, Vitalino. *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2. ed., revista. Lisboa: AAFDL, 1994.
- CARDINAL, Paulo. O amparo de direitos fundamentais no direito comparado e no ordenamento jurídico de Macau, *RJM*, N.º especial, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. No Sexénio do Tribunal Constitucional Português: para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional, *RMP*, Lisboa, setembro, 1988.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Vol. II, 4. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- CORREIA, Fernando Alves. A justiça constitucional em Portugal e em Espanha: encontros e divergências, *Revista Jurídica de Macau*, N.º especial, 1999.
- COSTA, Cardoso J. M. O Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, *Ab Uno ad Omnes: 75 Anos da Coimbra Editora*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- CUOCOLO, Fausto. *Istituzioni di Diritto Pubblico*. 9. ed., Giuffrè, Milano, 1996.
- GOMES, Carla Amado (Org.), *V Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público*, Lisboa, 2012.
- HÄBERLE, Peter. O recurso de amparo no sistema germânico de justiça constitucional, *Sub Judice*, Tomo 20/21, 2001, p.33-64.
- HANS, Kelsen. La garantie juridictionnelle de la Constitution, *Revue du Droit Public*, Tome quarante-cinquième, XXXV Année, Paris, 1928.
- MEDEIROS, Rui. *A decisão de inconstitucionalidade: Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade e da lei*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Tomo IV, 5. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: inconstitucionalidade e garantia*. 3. ed., Tomo IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- MORAL, A. Torres del. Principios de Derecho Constitucional Español, 3. ed. Vol. II, *Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho*, Madrid, 1992.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: o direito do Contencioso Constitucional*. 2. ed., Tomo II, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional: garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*. 2. ed., Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Fiscalização da constitucionalidade e garantia dos direitos fundamentais: apontamento sobre os passos de uma evolução subjetivista. In: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. V, Direito Público e Vária, Coimbra: Almedina, 2003.
- MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional português: a fiscalização concreta no quadro de um sistema de justiça constitucional, *Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. Comemorativo, Coimbra, 2003.
- NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade). In: *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade), *Themis*, ano VI, n.º10, 2005, p.91-117.
- PALMA, Maria Fernanda. Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional, *Themis*, Ano I, n.º 1, 2000.
- RAMOS, Elival da Silva; MORAIS, Carlos Blanco de. *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*. Almedina: Coimbra/São Paulo, 2012.
- REGO, Carlos Lopes do. O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional. In: *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, Associação dos Assessores do Tribunal Constitucional (AATRIC), julho/setembro, 2004.
- REYES, Manuel Aragón. Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo. El proceso constitucional de amparo. Lima, Palestra, n.º especial de Justicia Constitucional, *Revista de Jurisprudência e Doctrina*, Año I, n.º 2, agosto-diciembre, 2005.
- SEGADO, F. Fernández. *El Sistema Constitucional Español*. Madrid: Dykinson, 1992.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.
- SOSA, Edgar Corso. *La Cuestión de Inconstitucionalidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- TREMPS, Páblo Pérez. El recurso de amparo en el ordenamiento español. El proceso constitucional de amparo, n.º especial de justicia constitucional, *Revista jurídica y doctrina*, año I, n.º 2, Agosto-Diciembre, 2005.
- TREMPS, Páblo Pérez. Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Justiça Constitucional e espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a constitucionalidade de normas, VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, *Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Documentação e Direito Comparado*, 2.ª parte, Lisboa, 1987.
- URBANO, Maria Benedita. *Curso de Justiça Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2012.

Recebido em: 19/08/2015

Aprovado em: 09/02/2016