

## **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENTRE O DIREITO E A POLÍTICA — A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE**

ARMINDO RIBEIRO MENDES

De um breve estudo comparativo entre diferentes países sobre o alcance do instituto da fiscalização preventiva da constitucionalidade bem como de uma leitura histórica sobre o enquadramento da figura a nível interno, o autor conclui que o modelo constitucional de fiscalização jurisdicional cautelar assume em Portugal um cariz inovador e que a sua arquitectura regulativa constitui uma excepção ao regime tradicionalmente adoptado noutros sistemas jurídicos.

No debate, histórico, sobre o carácter político da escolha dos magistrados, tema recorrente que ciclicamente se renova o autor salienta que, por serem dotados de uma personalidade e individualidade institucional próprias, “os Juizes do Tribunal Constitucional têm de ser independentes, mas tal não significa que sejam assépticos, isto é, que não tenham uma determinada pré-compreensão sobre o Político”.

O autor aborda de forma directa e frontal a velha querela sobre se a jurisdição constitucional conduz à judicialização da política ou, eventualmente, noutro enfoque, como reverso da medalha, à politização da justiça. Aqui se analisa a questão, à luz do princípio da separação de poderes e da politização da forma de nomeação dos juizes, através de uma análise da natureza do comportamento dos Juizes do Tribunal Constitucional em diversos arestos tirados em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade.

### **A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE**

1. A experiência constitucional de diferentes países nos dois últimos séculos após o triunfo dos regimes liberais constitucionais, na sequência das Revoluções Francesa e Americana, mostra que têm sido ensaiados diversos modelos de fiscalização de constitucionalidade

2. No modelo francês tradicional, o controlo da constitucionalidade das leis era político e cabia ao órgão parlamentar, porque este tinha o poder de formular a expressão normativa da vontade geral, visto os respectivos membros serem os legítimos representantes do povo, único titular do poder legislativo. Em algumas constituições francesas a fiscalização parlamentar era realizada sem qualquer especialidade pelo plenário da assembleia legislativa. Na Constituição de 1795, a fiscalização da constitucionalidade das leis passou a ser feita por uma câmara parlamentar especializada, o Conselho dos Anciãos.

Após a Segunda Guerra Mundial, a França ensaiou modelos de fiscalização preventiva de constitucionalidade relativamente a leis em processo de formação. Surge, assim, na Constituição da IV República, aprovada em 1946, o Comité Constitucional, órgão político *ad hoc* composto pelo Presidente da República, pelos presidentes das duas câmaras legislativas e por 10 membros eleitos pela Assembleia Nacional e pelo Conselho da República, que exercia preventivamente a fiscalização da constitucionalidade das leis ordinárias já aprovadas, a requerimento das próprias câmaras legislativas.

Este modelo veio a ser acolhido na Constituição da V República, aprovada em 1958, com a criação do Conselho Constitucional.

3. Outro modelo político de fiscalização da constitucionalidade das leis foi teorizado pelos publicistas germânicos, influenciados pela teoria do poder moderador de BENJAMIN CONSTANT. Nesse modelo, cabe ao Chefe de Estado o poder supremo de fiscalizar a constitucionalidade das leis, no momento de as promulgar ou vetar.

CARL SCHMITT sustentou, face aos arts. 48.º e 70.º da Constituição de WEIMAR, que o Chefe de Estado, o Protector da Constituição, devia assegurar a fiscalização da constitucionalidade das leis, atendendo à sua legitimidade democrática que contrabalança a legitimidade representativa do órgão parlamentar. Todavia, a sua doutrina acabou por sofrer do descrédito resultante do advento do Nacional-Socialismo e dos desenvolvimentos dramáticos do chamado *Führerprinzip*<sup>1</sup>.

4. Aos modelos de fiscalização política da constitucionalidade das leis vêm-se contrapor os modelos jurisdicionais de controlo dessa constitucionalidade.

No início do século XX, o grande constitucionalista inglês A. V. DICEY explicava deste modo os diferentes significados de uma “lei inconstitucional”:

- a expressão quando aplicada a uma lei parlamentar inglesa significa simplesmente que essa lei seria, na opinião do autor da qualificação, contrária ao espírito da Constituição inglesa, sem que tal quisesse significar que era nula ou constituía uma violação jurídica;
- a expressão aplicada a uma lei aprovada pelo Parlamento francês na III República significava que “tal lei, por ex., ao ampliar a duração do mandato do Presidente, é contrária aos artigos da constituição. A expressão não significa necessariamente que a lei em questão seja nula, porque não é de modo algum seguro que qualquer tribunal francês se recuse a dar execução à lei porque é inconstitucional. A pala-

---

<sup>1</sup> Sobre estes modelos políticos de fiscalização de constitucionalidade, veja-se Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, Tomo I, *Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*, I, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 265 e segs.

vra seria provavelmente, embora não necessariamente, uma expressão de censura, quando utilizada por um francês”<sup>2</sup>;

- A expressão aplicada a uma lei do Congresso norte-americano significa simplesmente que a lei está para além da competência do Congresso e é, por isso, nula. A palavra não acarreta necessariamente neste caso qualquer censura. Um americano poderia dizer, sem qualquer incoerência, que certa lei do Congresso era uma boa lei, isto é, uma lei considerada benéfica para o País, em sua opinião, mas que, infelizmente, era inconstitucional, ou seja, *ultra vires* e nula.

A referência a esta nota de DICEY serve para mostrar que, durante a I Grande Guerra, só se conhecia o modelo norte-americano de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis, que se desenvolvera a partir do caso *Marbury v. Madison* julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 1803 e que tivera influência em constituições latino-americanas, como a brasileira de 1891, e na Constituição portuguesa de 1911. Trata-se de um modelo de fiscalização difusa, sucessiva e concreta (*judicial review*).

O outro grande modelo de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade surge apenas no pós-guerra com a Constituição austríaca de 1920, inspirada na teorização de HANS Kelsen, o qual foi um dos redactores dessa Constituição. Aí aparece instituído pela primeira vez um Tribunal Constitucional, com competência exclusiva para exercer o controlo concentrado da fiscalização da constitucionalidade. Este modelo privilegiava a fiscalização abstracta sucessiva de normas jurídicas ou actos do Executivo através de uma acção directa de constitucionalidade que podia ser exercida por certas entidades. Nas palavras de HANS Kelsen, “enquanto tribunal constitucional no sentido próprio de palavra, ou seja, com a função de proteger a Constituição, a Corte [o Tribunal] Constitucional decide sobre a *inconstitucionalidade das leis*, assumindo uma posição excepcional em face de todos os outros tribunais e autoridades administrativas. A estes, segundo a Constituição austríaca e a maioria das outras constituições, está vedado o controlo das leis, ainda que decerto — e não poderia ser de outra forma — não completamente. Uma possibilidade mínima de controle deve existir, pois as autoridades estão obrigadas a aplicar as leis e para isso devem verificar se estão de facto diante de uma lei, ou seja, aquilo que se apresenta como lei corresponde ao menos a certos requisitos mínimos”<sup>3</sup>.

5. Só depois da Segunda Guerra Mundial e da derrota do Regime Nazi surgiram novos tribunais constitucionais inspirados no modelo concentrado de Kelsen. É o caso do Tribunal Constitucional federal alemão previsto na Lei

<sup>2</sup> *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8.ª ed., 1915, reimpressão, Liberty Fund, Indianapolis, 1982, pág. 372.

<sup>3</sup> “A Jurisdição Constitucional e administrativa a serviço do Estado federativo segundo a nova Constituição federal austríaca de 1.º de Outubro de 1920”, in Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, Trad. Brasileira, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pág. 20.

Fundamental de Bonn (1949) e do Tribunal Constitucional italiano, previsto na Constituição de 1947 mas que só iniciou funções em 1956.

Nas competências destes tribunais constitucionais não aparece a fiscalização preventiva da constitucionalidade dos actos normativos com carácter geral.

Em todo o caso, aparecia na Constituição italiana um controlo preventivo abstracto de constitucionalidade das leis regionais que era confiado ao Tribunal Constitucional, nos termos do art. 127.º daquela Constituição (texto anterior à Lei Constitucional n.º 3/2001). O Comissário do Governo na Região devia apor o seu visto à lei regional no prazo de trinta dias a contar da comunicação do texto, antes da promulgação. Quando o Governo da República considerasse que a lei aprovada pelo Conselho Regional excedia a competência da região ou estava em contradição com os interesses nacionais ou de outras regiões, devolvia-a ao Conselho Regional. No caso de haver confirmação da lei por maioria absoluta no Conselho Regional, o Governo da República podia suscitar a questão da sua legitimidade constitucional perante o Tribunal Constitucional ou submeter o diploma a fiscalização política perante as câmaras parlamentares. O Tribunal Constitucional determinava, em caso de dúvida, a que órgão pertence a competência. A partir de 2001, foi eliminada a fiscalização preventiva, passando o Governo da República a poder submeter a lei regional tida por contrária à Constituição a fiscalização abstracta sucessiva pelo Tribunal Constitucional.

Uma situação análoga é regulada no art. 138.º, n.º 2, da Constituição austríaca, em que se confere ao Tribunal Constitucional o poder de decidir se a competência para a aprovação de um acto legislativo ou administrativo pertence à Federação ou aos Estados federados (*Länder*).

Também na Constituição da República da Irlanda está prevista a possibilidade de o Presidente da República suscitar a fiscalização preventiva de constitucionalidade de certas leis. Há exemplos de fiscalização preventiva na Roménia e no Chile e, em certas hipóteses, na Hungria, Colômbia e Venezuela.

6. Deve notar-se, porém, que no modelo de fiscalização jurisdicional concentrada é relativamente rara a existência de controlo preventivo ou *a priori* de constitucionalidade.

A Constituição portuguesa constitui uma excepção a essa orientação tradicional, como veremos à frente.

No direito constitucional espanhol existe um controlo preventivo *sui generis* da constitucionalidade de tratados internacionais, inspirado no art. 54.º da Constituição francesa de 1958. Segundo o n.º 1 do art. 95.º desta Constituição, a celebração de um tratado internacional que contenha estipulações contrárias à Constituição exigirá a prévia revisão constitucional, prevendo o n.º 2 que a questão da apreciação de tal contraditoriedade cabe ao Tribunal Constitucional, a requerimento do Governo ou de qualquer das Câmaras<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Veja-se igualmente o art. 79.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, redacção vigente. Deve notar-se que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão admite a fiscalização

No plano do direito infra-constitucional vigorou em Espanha entre 1979 e 1985 uma solução de fiscalização preventiva dos projectos dos Estatutos das comunidades autónomas e das leis orgânicas, a requerimento do Presidente do Governo, de cinquenta deputados ou de cinquenta senadores, do Defensor do Povo (Provedor de Justiça) ou dos órgãos executivos e legislativos das Comunidades Autónomas (arts. 79.º e 80.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, primitiva redacção). Tal controlo preventivo terminou por causa das críticas generalizadamente suscitadas.

## A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE EM PORTUGAL

7. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, na primeira obra de anotação da Constituição da República Portuguesa de 1976, referem que o sistema de fiscalização da constitucionalidade que “acabou por ser definido na Constituição, tem as suas raízes na tradição constitucional portuguesa, nas soluções da ordem constitucional revolucionária, bem como nas ideias que, desde a primeira Plataforma de Acordo Constitucional (PAC I), tendiam a conferir papel relevante ao CR [Conselho da Revolução] neste domínio”<sup>5</sup>.

A Segunda Plataforma Constitucional MFA — Partidos estabeleceu o quadro fundamental da fiscalização da constitucionalidade que passou para a Constituição de 1976. Manteve-se o sistema tradicional de fiscalização judicial difusa — que nunca teve entre nós relevância prática assinalável — mas combinado com um sistema de fiscalização não judicial concentrada abstracta a cargo do Conselho da Revolução, órgão de soberania político-militar. Esse sistema complexo de fiscalização de constitucionalidade acolheu certos “elementos profundamente inovadores” (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA): a previsão de dois novos tipos de fiscalização de constitucionalidade sem qualquer tradição histórica (a fiscalização abstracta preventiva e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, ambas a cargo do Conselho da Revolução); a criação de um órgão de fiscalização concreta da constitucionalidade, a Comissão Constitucional, composta por juizes e por outros juristas e presidida por um membro do Conselho da Revolução, a qual exercia também funções consultivas do Conselho da Revolução na fiscalização abstracta e das omissões legislativas; o carácter não definitivo das decisões dos tribunais das diversas ordens em matéria de constitucionalidade.

A fiscalização preventiva de constitucionalidade pelo Conselho da Revolução era claramente inspirada pela solução francesa de confiar ao Conselho

---

preventiva de constitucionalidade em relação a leis que aprovem tratados internacionais (cf. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional De Constitucionalidade*, Belém, Cejup, 1999, págs. 174-175, citando Louis Favoreu).

<sup>5</sup> *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 1978, pág. 477.

Constitucional tal tipo de fiscalização (art. 61.º, n.º 1, da Constituição francesa de 1958)<sup>6</sup>.

8. Na versão originária da Constituição de 1976, o art. 277.º conferia a dois órgãos constitucionais distintos, o Presidente da República e o Conselho da Revolução, a possibilidade de desencadear a fiscalização preventiva da constitucionalidade “dos decretos remetidos ao Presidente da República para serem promulgados como lei ou decreto-lei ou que consistam na aprovação de tratados ou acordos internacionais”. Competia ao Conselho da Revolução pronunciar-se sobre a constitucionalidade do diploma no prazo de vinte dias, podendo esse prazo ser encurtado pelo Presidente da República, no caso de urgência. Era necessário obter previamente o parecer da Comissão Constitucional sobre a constitucionalidade dos diplomas submetidos a fiscalização preventiva (art. 284.º, alínea a)), podendo este órgão sugerir ao Conselho da Revolução a fiscalização preventiva da constitucionalidade de diplomas legais.

Havia um segundo caso de fiscalização preventiva da constitucionalidade quanto aos diplomas elaborados pelas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (decretos regionais e regulamentos das leis gerais da República). Quando tais diplomas fossem enviados ao Ministro da República para serem assinados e publicados, este podia suscitar a questão da inconstitucionalidade desses diplomas perante o Conselho da Revolução, nos termos e para os efeitos dos arts. 277.º e 278.º da Constituição (art. 235.º, n.º 4, da versão originária da Constituição).

9. Entre 1976 e 1983, o Conselho da Revolução apreciou em fiscalização preventiva 64 diplomas, tendo o Presidente da República tomado a iniciativa da fiscalização em 29 casos e o Conselho da Revolução em 35 casos.

No ano de 1979, em que havia Governos de iniciativa presidencial e uma maioria parlamentar circunstancial relativamente hostil ao Presidente da República, o General RAMALHO EANES exerceu mais frequentemente o poder de fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo atingido o número de 12 vezes em que o fez. Com “uma única exceção, os diplomas fiscalizados provinham da AR [Assembleia República]. Nesse período foram controlados os decretos sobre amnistia (que, como se recorda, abrangia infracções criminais e disciplinares do foro militar conexas com o 11 de Março e o 25 de Novembro). [...], sobre alterações às Leis do Arrendamento Rural e da Reforma Agrária [...], sobre delimitação de competências entre a administração central e local [...], a alienação e oneração de bens de empresas nacio-

---

<sup>6</sup> Este artigo da Constituição francesa dispõe: “As leis orgânicas, antes da promulgação, e os regulamentos das assembleias parlamentares, antes da sua aplicação, devem ser submetidas ao Conselho Constitucional, o qual se pronuncia sobre a respectiva conformidade à Constituição”. Além da *Constituição* anotada referida, vejam-se Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, VI, Coimbra, Coimbra Editora, 2.ª ed., 2005, págs. 143 e segs., e C. Blanco de Moraes, *ob. cit.*, I, págs. 300 e segs.

nalizadas [...], os estatutos da RDP, as leis da radiotelevisão e da radiodifusão [...]. Todos estes diplomas, com uma única excepção (a lei de delimitação de competências entre a administração central e local, votada por unanimidade), foram aprovadas pelo PS e pelo PCP, contra o PSD, o CDS e os deputados independentes sociais democratas (ou com a sua abstenção). Imediatamente a seguir à aprovação destas leis, a AR foi dissolvida, culminando-se o processo de confronto entre o PR e o Parlamento. Nas eleições que se seguiram, o PSD e o CDS, coligados, obtiveram a maioria<sup>7</sup>.

No ano 1980, o Governo da Aliança Democrática entrou em confronto com o Conselho da Revolução e o próprio Presidente da República. O Conselho da Revolução fiscalizou sobretudo a acção legislativa do Governo, visto este, sendo apoiado por uma maioria parlamentar, ter disposto de frequentes autorizações legislativas para legislar. Foram então sujeitos a fiscalização legislativa vários diplomas “sensíveis”: as três primeiras versões de alteração à lei dos sectores económicos, a nacionalização da DIALAP, os estatutos da RTP (duas versões) e da RDP.

Pode dizer-se que a fiscalização preventiva foi uma arma determinante na luta entre o Primeiro-Ministro SÁ CARNEIRO, o Presidente da República RAMALHO EANES e o Conselho da Revolução, sendo manifesto que o Governo daquele procurava aprovar diplomas legislativos que eram frontalmente contrários às soluções socializantes em matéria da Constituição Económica.

Como nota ainda MIGUEL LOBO ANTUNES, “a sujeição de um diploma ao controlo preventivo relevava de critérios políticos, e não apenas, ou sobretudo, de efectivas suspeitas de inconstitucionalidade”, como é demonstrado pela comparação entre o que sucedeu com os Estatutos Político — Administrativos das Regiões Autónomas: só o Estatuto da Madeira foi “fiscalizado — e vetado, crivado que estava de inconstitucionalidades —, e não já o dos Açores, que esta longe de ser isento de mácula (...)”<sup>8</sup>.

10. A conflitualidade extrema ocorrida em 1980 justifica que o Projecto de Revisão Constitucional elaborado, a solicitação da Aliança Democrática, por BARBOSA DE MELO, CARDOSO DA COSTA e VIEIRA DE ANDRADE (1981), propusesse que o futuro Tribunal Constitucional não tivesse competências de controlo preventivo da constitucionalidade. Propunha-se igualmente a supressão da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Na mesma linha tinha ido o projecto pessoal de FRANCISCO SÁ CARNEIRO em que tiveram larga colaboração MARCELO REBELO DE SOUSA e MARGARIDA SALEMA<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Miguel Lobo Antunes, “A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional”, in *Análise Social*, vol. XX (81-82), 1984, 2.º e 3.º, págs. 312-313.

<sup>8</sup> *Artigo e revista cits.*, págs. 313-314.

<sup>9</sup> *Uma Constituição para os Anos 80 — Contributo para Um Projecto de Revisão Constitucional*, Lisboa, 1979. Sobre estas propostas veja-se António Araújo, “A Construção da Justiça Constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional”, in *Análise Social*, n.º 134, Quarta Série, vol. XXX, 1995, 5.º, págs. 918 e segs.

Nos trabalhos de revisão constitucional, o Deputado COSTA ANDRADE do PSD sustentou a eliminação da fiscalização preventiva baseada numa razão de inconveniência, “na medida em que a experiência demonstra que a fiscalização preventiva tem o grave inconveniente de politizar um pouco a actuação do Tribunal Constitucional. Queríamos que este ficasse mais distante da fogueira política para a qual a fiscalização preventiva é sempre atraída, segundo o reconhecimento generalizado”<sup>10</sup>.

A defesa da manutenção da fiscalização preventiva da constitucionalidade foi assumida nesses trabalhos parlamentares pelo Deputado LUÍS NUNES DE ALMEIDA, antigo vogal da Comissão Constitucional eleito para o Parlamento nas listas da Frente Republicana e Socialista (FRS).

Os defensores da manutenção desta modalidade de fiscalização sustentavam que a mesma eram uma “indispensável válvula de segurança” do sistema, porque implicava o reforço do princípio da constitucionalidade logo após a conclusão do processo legislativo, servia para impedir “a criação de factos consumados” (atendendo ao tempo de previsível demora da fiscalização abstracta sucessiva ou da fiscalização concreta, em que poderia haver irreversibilidade dos efeitos contrários à Constituição por força do caso julgado), inseria-se perfeitamente — tal como a solução francesa — no sistema político-constitucional português por ser “um mecanismo de independência entre órgãos de soberania”, sobretudo no semi-presidencialismo português. Acrescia, no sentido da manutenção, “o facto de, aplicado ao âmbito das relações entre órgãos de Governo Regional e órgãos de soberania da República, prevenir e reprimir as eventuais subversões do princípio do Estado Unitário operadas pelos instrumentos normativos regionais, ou dos instrumentos normativos com origem nos órgãos da República ofensivos dos direitos das Regiões Autónomas”<sup>11</sup>.

A verdade é que não houve a maioria necessária para suprimir, na revisão constitucional de 1982, os tipos de fiscalização abstracta preventiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

---

<sup>10</sup> Transcrito em José Mário Ferreira de Almeida, *A Justiça Constitucional em Portugal. Notas para um Estudo*, Lisboa, Cognition, 1985, pág. 53, nota (50).

<sup>11</sup> José Mário Ferreira de Almeida, *ob. cit.*, pág. 54. Messias Bento, Juiz de carreira e vogal da Comissão Constitucional, formulou críticas à fiscalização preventiva da constitucionalidade, sustentando que a previsível criação do Tribunal Constitucional não devia pôr em causa a fiscalização concreta difusa pelos tribunais. Segundo este magistrado, era pouco desejável a manutenção da fiscalização preventiva, uma vez que “este tipo de controlo, incidindo sobre os próprios diplomas legais, antes de promulgados, pode facilmente arrastar o Tribunal para uma fiscalização de pendor político (é a tentação de ser um conselho de sábios, de que falámos atrás), dando, assim, azo a conflitos desnecessários entre o Poder Judicial e os Poderes Legislativo e Executivo” (“Breves Reflexões sobre a Fiscalização da Constitucionalidade”, in *Colectânea da Jurisprudência*, VII, 1982, tomo 1.º, pág. 31). Messias Bento sustentava que sempre caberia ao Presidente da República exercer o seu veto político para atalhar a diplomas inconstitucionais. Iguualmente seria indesejável manter, após a revisão constitucional, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão.

11. O Tribunal Constitucional começou a funcionar em Abril de 1983 e manteve as competências de Conselho de Revolução e de Comissão Constitucional nos domínios da fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas jurídicas — e não de diplomas, como sucedida na versão originária da Constituição de 1976 — e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a par das outras competências “pacíficas” (fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de normas e fiscalização concreta).

Segundo o n.º 1 do art. 278.º da Constituição, versão da I Revisão Constitucional, o “Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

Também os Ministros da República mantêm a competência para requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar da lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura (art. 278.º, n.º 2, da Constituição revista).

12. A II Revisão Constitucional, ultimada em 1989, previu um regime específico para a fiscalização preventiva de leis orgânicas.

Segundo o novo n.º 4 do art. 278.º da Constituição, podem requerer ao Tribunal Constitucional “a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto que tenha sido enviado ao Presidente da República para promulgação como lei orgânica, além deste, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República em efectividade de funções”<sup>12</sup>.

Nesta revisão constitucional alargaram-se igualmente os prazos para o Presidente da República requerer a fiscalização preventiva (de 5 para 8 dias) e para o Tribunal Constitucional se pronunciar (de 20 para 25 dias, prazos que podem ser encurtados pelo Presidente da República).

As revisões constitucionais subsequentes não alteraram as normas respeitantes à fiscalização preventiva da constitucionalidade.

---

<sup>12</sup> António Vitorino nota que a II Revisão Constitucional consagrou a figura das leis orgânicas, tuteladas por um regime novo de fiscalização preventiva de constitucionalidade, passando a estar previstos na Constituição “preceitos novos que conferem ao Tribunal Constitucional competências para apreciar e declarar a ilegalidade de actos legislativos com fundamento na violação de leis com valor reforçado” (*Prefácio a Constituição da República Portuguesa*, ed. da AAFDL, Lisboa, 1989, pág. LXXI). Vejam-se ainda Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1993, págs. 1004-1005.

## DIREITO E POLÍTICA NA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE

13. Como refere FRANCK MODERNE, “o afrontamento entre o juiz constitucional e o poder legislativo resulta de maneira muito previsível das próprias características do controlo abstracto de constitucionalidade: o juiz intervém depois de a lei ter sido votada, com base em critérios jurídicos (a conformidade da norma legislativa com a norma constitucional), fora do aparelho judiciário ordinário, e a declaração de inconstitucionalidade eventualmente pronunciada produz efeitos radicais pois que interdita a promulgação da lei submetida [a fiscalização], cujos efeitos se encontram anulados”<sup>13</sup>.

O mesmo publicista francês considera que este risco é mais fraco nos sistemas de controlo difuso, em que o juiz ordinário competente para apreciar a inconstitucionalidade da lei só pode afastar a sua aplicação no litígio que lhe é submetido, sem que a sua decisão tenha força obrigatória geral.

O que é curioso, como salienta ainda FRANCK MODERNE, é que o juiz constitucional, que começa por ser considerado por HANS Kelsen como um “legislador negativo”, vem a comportar-se antes como um “legislador positivo”. É natural que, nas relações com o Parlamento, o juiz constitucional sinta a tensão entre a sua própria legitimidade e a legitimidade da maioria parlamentar.

Em especial no que toca à França, na V República, o Conselho Constitucional iniciou as suas funções como um órgão de controlo político da legislação no regime semipresidencialista de DE GAULLE mas “rapidamente se erigiu em juiz da constitucionalidade das leis, no sentido pleno da expressão”, não hesitando “em estender as normas de referência do controlo de constitucionalidade muito para além da Constituição propriamente dita (o «bloco de constitucionalidade» compreende hoje, além do texto constitucional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, o Preâmbulo da Constituição de 1946, o Preâmbulo da Constituição de 1958 e os princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República), o que abriu a via à protecção constitucional dos direitos fundamentais”<sup>14</sup>.

Deve notar-se que, se a fiscalização preventiva em França se enraizou profundamente, contando com uma experiência de mais de quarenta anos. Em contrapartida, em Espanha, a fiscalização preventiva de constitucionalidade que

<sup>13</sup> “Le Juge Constitutionnel face aux Pouvoirs Publics”, in *Anuário Português de Direito Constitucional*, vol. I, 2001, ed. Coimbra Editora, pág. 69.

<sup>14</sup> Franck Moderne, *art. cit. e ob. cit.*, págs. 72-73. Logo em 1966, André Hauriou afirmava que o Conselho Constitucional tinha um carácter ambíguo, visto as suas competências terem, no essencial, carácter jurisdicional, embora pelo modo de designação dos seus membros e pela sua composição de facto, “tenha um carácter político marcado. Ocorre, todavia, assinalar que esta última característica tende a atenuar-se” (*Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, Montchrestien, 1966, pág. 765).

existiu entre 1980 e 1985 em relação às leis orgânicas e aos estatutos autonómicos foi fonte de graves conflitos políticos, tantos mais que se verificava a circunstância agravante de não haver qualquer prazo para o Tribunal Constitucional decidir esses pedidos, tendo ocorrido casos em que o atraso do Tribunal Constitucional espanhol implicou que leis importantes não tivessem entrado em vigor durante vários anos. A tensão entre o órgão legislativo (sobretudo entre a maioria e, de forma indirecta, o Presidente do Governo) por um lado, e o Tribunal Constitucional acabou por se tornar insuportável, tendo sido abandonado esse controlo preventivo<sup>15</sup>.

14. Especificamente no que toca à experiência portuguesa de fiscalização preventiva da constitucionalidade, parece poder afirmar-se que a relevância claramente política das decisões tiradas pelos órgãos de controlo neste tipo de processos de fiscalização se tem atenuado ao longo dos anos.

Como vimos atrás, no primeiro período constitucional o Conselho da Revolução tinha a competência para a fiscalização preventiva da constitucionalidade mas, de um modo geral, seguiu o parecer do órgão de consulta jurídica que era a Comissão Constitucional. Dos 213 pareceres elaborados no domínio da fiscalização abstracta preventiva e sucessiva, só em 13 casos (representando 6% do total) é que o Conselho da Revolução não seguiu na totalidade as conclusões desses pareceres<sup>16</sup>. Em 8 desses 13 casos em que o Conselho da Revolução divergiu do parecer da Comissão Constitucional, tal parecer fora aprovado por uma maioria tangencial (5 contra 4 votos), acabando aquele Conselho por seguir a tese minoritária por razões de ordem eminentemente política. Mas as decisões do Conselho da Revolução no período da Aliança Democrática foram acolhidas com amplas críticas pela maioria no Poder.

Já no que toca ao Tribunal Constitucional, este órgão deixou de ter competências consultivas para passar a ter competências decisórias. Nos 98 processos apreciados ao longo destes quase 25 anos, são relativamente raras as maiorias tangenciais<sup>17</sup> e as decisões tiradas são, de um modo geral, acatadas sem grande crítica, nos últimos anos.

O modo de escolha dos juizes constitucionais é político, o que leva a imprensa sobretudo a considerar que é previsível o voto de cada juiz, em função da sua simpatia político-partidária.

<sup>15</sup> Vejam-se, entre outros, Franck Moderne, *art. cit. e ob. cit.*, pág. 73.

<sup>16</sup> Miguel Lobo Antunes, *estudo e revista cit.*, págs. 322. Ver ainda Armindo Ribeiro Mendes, "El Consejo de la Revolución y la Comisión Constitucional. El Control de Constitucionalidad de las Leyes (1976/1983)", in *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), n.ºs 60-61, Abril-Setembro de 1988, págs. 849 e segs.

<sup>17</sup> Deve notar-se que, além deste 98 processos de fiscalização preventiva da Constitucionalidade de normas, o Tribunal Constitucional apreciou, em fiscalização preventiva da constitucionalidade e da legalidade, 6 propostas de referendo nacional, regulada pela Lei Orgânica n.º 15-A/98, de 3 de Abril, alterada pela Lei Orgânica n.º 4/2005, de 8 de Setembro.

Como referem PEDRO COUTINHO MAGALHÃES e ANTÓNIO ARAÚJO:

“A natureza político-partidária quer dos obstáculos que sucessivamente se foram colocando à eleição dos juizes constitucionais, quer dos acordos que os superaram deu azo a que um número crescente de observadores salientasse os aspectos eminentemente políticos da composição e funcionamento do Tribunal Constitucional. Os meios de comunicação social identificaram uma «ala esquerda» e uma «ala direita» no corpo de juizes, quer na sua composição anterior, quer na presente [...], chocando aqueles que imaginavam que o TC [Tribunal Constitucional] existia «para estar acima de interesses partidários» e alinhando «os seus membros [...] como se fosse um jogo de hóquei em patins» [...]. Para além de atribuir rótulos político-partidários aos conselheiros do Palácio Ratton, a imprensa deu ainda a entender que tais rótulos permitiriam prever o comportamento de voto dos juizes e, em consequência, o sentido das decisões do Tribunal Constitucional [...] No dia 16 de Março [de 1998], na cerimonia da tomada de posse dos três juizes cooptados, o Presidente da República reagiu a essas observações, alertando para os perigos que resultariam para o Tribunal da tendência para revestir «a interpretação das suas decisões com uma linguagem tipicamente vocacionada para a análise do trabalho das assembleias representativas». Jorge Sampaio aludiu ainda à necessidade de «permitir que os juizes disponham de condições plenas para um exercício de funções isento de pressões, condicionamentos ou simplificações totalmente infundados».”<sup>18</sup>

Segundo ainda estes dois investigadores, é na fiscalização preventiva da constitucionalidade — a qual representa apenas cerca de 1,4% da produção jurisprudencial do Tribunal Constitucional — que aparecem “indícios mais seguros de uma «politização» do comportamento dos juizes”<sup>19</sup>, visto que é aí que as questões políticas (por exemplo, impostos extraordinários; incriminação do aborto; alterações do processo penal; sigilo bancário e profissional; segredo de Estado; sistemas eleitorais, etc.) são apreciados por juizes de diferentes crenças religiosas, mundividências e opiniões políticas. Ainda como referem estes dois investigadores:

“A circunstância de a fiscalização preventiva poder ser utilizada como «arma política de arremesso» contra a maioria parlamentar em

<sup>18</sup> “A Justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional Português”, in *Análise Social*, Quarta Série, vol. XXXIII, 1998, 1.º, 145, pág. 8. Os autores notam que os juizes da segunda composição (mandato de 6 anos iniciado em 1989) só foram substituídos em 1998, após uma prorrogação de facto do seu mandato por quase três anos, após a IV Revisão Constitucional de 1997. Este bloqueio passou relativamente despercebido e teve a ver com as eleições parlamentares de 1995, as presidenciais de 1996 e a substituição da liderança no PPD/PSD. A partir de 1998, o mandato dos juizes passou de 6 para 9 anos, não sendo renovável. Passou a haver uma renovação periódica e os juizes eleitos pela Assembleia da República passaram a ser eleitos em lista completa ou “fechada”.

<sup>19</sup> *Estudo e revista cits.*, pág. 23.

situações de coabitação política entre o governo e o Presidente da República e constituir um «processo de fiscalização a quente» (Canotilho, 1994, 42), onde os juízes têm dificuldade em destringir os aspectos políticos e jurídicos das questões que lhes são colocadas e onde a opinião pública e os partidos estão particularmente atentos ao desfecho das decisões do Tribunal, sugerem que o «voto partidário» deverá ser mais intenso neste domínio particular de jurisdição constitucional.”<sup>20</sup>

Na análise levada a cabo por ANTÓNIO DE ARAÚJO sobre os anos de 1989-1996 — período que abrange 7 anos de governo de CAVACO SILVA, apoiado numa maioria absoluta do PPD/PSD, sendo presidente MÁRIO SOARES, antigo Secretário Geral do PS, e que na sua primeira eleição tinha sido o candidato da esquerda — considera-se que é indispensável destringir na fiscalização preventiva os pedidos formulados pelo Presidente da República dos formulados pelos então Ministros da República nas Regiões Autónomas. Quanto aos pedidos com origem no Presidente da República, reconhece este investigador que existe “dificuldade em descortinar uma linha condutora por detrás das respectivas maiorias e, mais ainda, em descortinar uma divisão clara entre dois grupos de juízes. Existem, de facto, decisões votadas por uma margem mínima (acórdãos n.ºs 256/90, 64/91, 363/91, 254/92, 285/92, 456/93 e 334/94), mas, ao mesmo tempo, também existem muitos acórdãos votados por unanimidade. Por outro lado, a multiplicidade de votos de vencidos e declarações de voto dificulta qualquer tentativa de explicação do comportamento dos juízes constitucionais”<sup>21</sup>.

O autor vai averiguar então o número de vezes que cada juiz votou no sentido da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade nos processos de fiscalização preventiva ao longo do período indicado, por considerar um indício seguro de um determinado comportamento de voto, na medida em que tem um significado “político” constante ao longo de todo o período temporal em que houve um mesmo governo, um mesmo Primeiro-Ministro, uma mesma maioria parlamentar e um mesmo Presidente da República (no seu segundo mandato, a partir de 1991).

Depois de elaborar um quadro desses votos por juiz formula a seguinte conclusão:

“Este quadro permite dividir, desde já, os juízes em dois grupos distintos: de um lado, os juízes que se pronunciaram mais vezes pela não

<sup>20</sup> *Estudo e revista cit.*, pág. 23. Sobre a fiscalização preventiva no período de 1989 a 1996, importa levar em conta a investigação de António de Araújo, autor que chama a atenção para a dificuldade de determinar o sentido de voto dos juízes quando nos processos de fiscalização preventiva são submetidas ao Tribunal diversas questões de constitucionalidade atinentes a diversas normas. Um exemplo flagrante de uma *non — clear majority decision* foi dada pelo Acórdão n.º 59/95 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 30.º vol., págs. 79 e segs.) que incidiu sobre normas de um diploma sobre “controlo público de rendimento e património dos titulares de cargos políticos, em que cada um dos treze juízes votou apenas parte ou partes da decisão” (*O Tribunal Constitucional (1989-1996) — Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pág. 108.)

<sup>21</sup> *O Tribunal Constitucional*, cit., pág. 119.

inconstitucionalidade do que pela inconstitucionalidade; do outro os juízes que tomaram a atitude inversa. Os resultados são concludentes: *todos* os juízes do primeiro grupo integram o chamado «bloco da direita»; em contrapartida, *todos* os juízes do segundo grupo integram o chamado «bloco da esquerda» [...]”<sup>22</sup>

Por seu turno, PEDRO COUTINHO MAGALHÃES e ANTÓNIO ARAÚJO formulam no seu estudo de 1998, algumas conclusões em função da observação levada a cabo num período de 15 anos, relativamente à fiscalização preventiva da constitucionalidade de diplomas requerida pelo Presidente da República:

- 1.<sup>a</sup> “As divisões que se verificam no interior do TC nos casos de fiscalização preventiva a pedido do Presidente da República são, em larga medida, explicadas pelas «conexões partidárias» dos juízes. Sublinha-se, todavia, que isto não equivale a afirmar que o TC é predominantemente um «Tribunal político», que os seus juízes são puros mandatários dos partidos ou que é possível encarar o Tribunal Constitucional como se de uma «segunda câmara legislativa» se tratasse [...]”<sup>23</sup>;
- 2.<sup>a</sup> “Os mecanismos causais que ligam os partidos ao comportamento de voto dos juízes não são inteiramente claros. Por um lado, é possível que o nexos causal predominante que conduz ao «voto partidário» se verifique na própria designação partidária dos membros do TC, que proporciona às lideranças dos partidos a possibilidade de preencherem lugares no tribunal com juízes que possuem as mesmas inclinações ideológicas. Por outro lado, é igualmente possível que o mecanismo causal se prolongue para além do momento da designação, fazendo com que durante o seu mandato os juízes votem de acordo com o partido que os designou, independentemente do nível de congruência ideológica existindo com as lideranças partidárias. Tudo aponta para uma eventual *coexistência* destes mecanismos [...]”<sup>24</sup>;

---

<sup>22</sup> *O Tribunal Constitucional*, cit., pág. 120. No estudo já referido de Pedro Coutinho Magalhães e António de Araújo analisam-se algumas hipóteses sobre o comportamento judicial no Tribunal Constitucional Português, referindo-se as conexões partidárias dos juízes, nomeadamente atendendo ao processo de indicação partidária dos candidatos ao Tribunal Constitucional, afirmando-se que “o papel dos partidos na escolha dos membros do TC e a não-vitaliciedade do cargo fazem-nos esperar a predominância daquilo a que chamaremos o voto partidário no interior do Tribunal Constitucional português. Com o termo «voto partidário» queremos apenas designar o comportamento de voto adoptado individualmente por cada juiz do TC que, ao pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade de actos legislativos, reproduz o comportamento de voto adoptado no parlamento pelo partido que o indicou para o cargo (respectivamente, contra ou a favor da aprovação da lei)” (pág. 21). Os mesmos Autores analisam os factores atenuantes do “voto partidário”, nomeadamente a exigência de uma maioria qualificada para a eleição dos 10 juízes no Parlamento e, a partir de 1998, a proibição de renovação do mandato de juiz (ver págs. 22 e segs.).

<sup>23</sup> *Estudo e revista cits.*, pág. 44.

<sup>24</sup> *Estudo e revista cits.*, pág. 44.

3.<sup>a</sup> “A «conexão partidária» dos juízes constitucionais, seja através de um ou de outro mecanismo causal não explica a totalidade da variação verificada em termos do sentido político do voto dos juízes, nem sequer nos casos onde os acórdãos são votados apenas por maioria (...)”<sup>25</sup>.

15. Pareceu ao Autor destas linhas importante dar a conhecer, ainda que superficialmente, as poucas investigações de natureza sociológica sobre o comportamento dos Juízes do Tribunal Constitucional, incidindo sobretudo no domínio de fiscalização preventiva da constitucionalidade. As conclusões destas investigações são extraídas a partir de um estudo cuidadoso de numerosas decisões do Tribunal Constitucional tiradas ao longo de quinze anos, tendo em atenção as diferentes composições deste órgão.

Talvez valha a pena analisar um número restrito de decisões tiradas pelo Tribunal Constitucional no domínio da fiscalização preventiva da constitucionalidade requerida pelo Presidente da República, em momentos diferentes do tempo e com composições diferentes do Tribunal, para melhor apreender os problemas postos a este Tribunal e as soluções diferentes para ele propugnadas.

16. O primeiro aresto do Tribunal Constitucional tirado em fiscalização preventiva incidiu sobre um imposto extraordinário criado em 1983 pela Assembleia da República quando existia o Governo do Bloco Central apoiado pelo PS e pelo PSD, tendo como Primeiro Ministro MÁRIO SOARES. Tal imposto tinha aspectos de incidência retroactiva e fora proposto pelo Ministro das Finanças HERNÂNI LOPES para fazer face à grave situação financeira do País.

O Acórdão n.º 11/83 (relator Cons. MARTINS DA FONSECA) foi tirado por uma maioria de 10 juízes, com dois votos contra dos juízes MÁRIO DE BRITO e VITAL MOREIRA.

Neste Acórdão sustentou-se que a Constituição não consagrava um princípio genérico de proibição de leis fiscais retroactivas, não podendo aplicar-se por analogia o princípio da Constituição penal *nullum crimen, nulla poena sine lege* e que o princípio do Estado de Direito democrático não era postergado quando razões imperiosas de interesse público se sobrepusessem visi-

<sup>25</sup> Os Autores aventam para explicar tal verificação alguns factores: a regra de maioria qualificada para a eleição dos juízes, conduzindo à moderação das orientações ideológicas e das fidelidades partidárias; a disjunção entre as preferências ideológicas do partido e do juiz, permitida pela duração alargada do mandato dos juízes do Tribunal Constitucional; a importância atribuída pelos juízes à integridade institucional do Tribunal e à aplicabilidade final das suas decisões que pode levá-los a decidir “estrategicamente” (temperando preferências ideológicas ou fidelidades partidárias e tomando em consideração a amplitude do apoio político aos diplomas analisados). Deve notar-se que, no domínio de contencioso eleitoral, a esmagadora maioria das decisões são tiradas por unanimidade, contrariando tal ampla consensualidade as “conexões” partidárias dos juízes. Cfr. Armindo Ribeiro Mendes, “A Jurisprudência do Tribunal Constitucional em Matéria Eleitoral”, in Revista *Eleições — Revista de Assuntos Eleitorais* do STAPE, n.º 4, 1997, págs. 18 e segs.

velmente à tutela dos valores de segurança e de certeza jurídicas, sendo apenas violadora desse princípio uma “retroactividade intolerável, que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes”<sup>26 27</sup>.

No voto de vencido do Cons. MÁRIO DE BRITO aludia-se às opiniões doutrinárias e a alguma jurisprudência do STA sobre a irretroactividade dos impostos, chamando-se a atenção para que o imposto extraordinário criado pela lei em apreciação dizia respeito *apenas* a factos passados (rendimentos colectáveis respeitantes ao ano de 1982 e remunerações respeitantes aos meses de Janeiro a Setembro de 1983), era um imposto injusto por ter uma taxa igual para todos os contribuintes, independentemente do respectivo rendimento, sendo inconstitucional por envolver uma “violação demasiado acentuada” do princípio da confiança do contribuinte inerente a um Estado de direito. O Cons. VITAL MOREIRA, por seu turno, considerou que as normas impugnadas afrontavam irremissivelmente a Constituição, violando os princípios constitucionais do Estado de direito democrático, os preceitos materiais que regem a repartição dos encargos fiscais e as regras de distribuição das receitas fiscais entre o Estado, por um lado, e as regiões autónomas e os municípios. O Cons. VITAL MOREIRA, na parte final do seu voto, chamava a atenção para que a fiscalização da constitucionalidade valia sobretudo contra as maiorias parlamentares, não devendo o Tribunal invocar os argumentos de necessidade financeira do Estado na medida em que tais argumentos vinham “potenciar aquilo que já de si existe de *virtualmente polémico e melindroso no processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade*, quando ela incide sobre matérias recentemente discutidas acaloradamente na Assembleia da República e sob pressão de correntes opostas de opinião”. Ai se afirma que “somente a capacidade de contenção, prudência, distanciação e «desconjunturalização» da instância de fiscalização constitucional pode diminuir os riscos inerentes ao processo de fiscalização preventiva de constitucionalidade em tais circunstâncias”<sup>28</sup>.

Pode, pois, concluir-se que a estreia do Tribunal Constitucional não foi auspiciosa, tendo-se a dialéctica entre maioria e minoria centrado também nas finalidades e riscos da própria fiscalização preventiva da constitucionalidade.

17. Já com outra composição do Tribunal Constitucional, este teve ocasião em 1990 de apreciar uma alteração à Lei n.º 9/90, relativa ao regime de incompatibilidades dos deputados ao Parlamento Europeu.

---

<sup>26</sup> Só em 1997 (VI Revisão Constitucional) é que o art. 103.º, n.º 3, da Constituição estabeleceu o princípio de que ninguém é obrigado a pagar impostos que tenham natureza retroactiva. Cfr. Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 221-223; Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 1092-1093.

<sup>27</sup> O Acórdão n.º 11/83 está publicado in *Acórdãos do Tribunal Constitucional* (abreviadamente *AcTC*), 1.º vol, págs. 11 e segs.

<sup>28</sup> *AcTC*, 1.º vol., págs. 50-51.

Trata-se do Acórdão n.º 256/90 de que foi relator o Cons. BRAVO SERRA<sup>29</sup>, que ficou conhecido pelo Acórdão FERNANDO GOMES, nome do então Presidente da Câmara Municipal do Porto, eleito pelo PS, e que fora eleito Deputado europeu nas listas deste Partido. Depois de ter assumido funções no Parlamento Europeu, foi votada a alteração para aplicação imediata da incompatibilidade.

Esta decisão foi tirada com o voto de qualidade do Presidente CARDOSO DA COSTA, uma vez que, estando doente o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional, se verificou um empate, votando seis Juizes no sentido da inconstitucionalidade, e seis no sentido da não inconstitucionalidade, contando-se entre estes últimos o referido Presidente. No debate parlamentar da alteração legislativa afirmou-se que se tratava de uma lei que visava o caso particular daquele Deputado e que tinha eficácia retroactiva em matéria de incompatibilidades do exercício de cargos políticos electivos. O debate entre ambos os grupos de juizes incidiu exclusivamente sobre se a alteração em causa tinha, ou não, natureza inovatória<sup>30</sup>.

Este acórdão é muito interessante porque, para além de ter sido tirado numa situação de empate, prevalecendo o voto de qualidade do Presidente, incidiu sobre um litígio de clara natureza política, tendo a maioria parlamentar procurado evitar o exercício em acumulação das funções de um presidente da Câmara Municipal do Porto, eleito pelo principal partido da Oposição, com as de Deputado europeu. É curioso que o debate entre os Juizes do Tribunal se travou num puro plano de interpretação de normas de direito ordinário, estando em causa saber se a norma em apreciação esclarecia o regime já vigente ou tinha natureza inovatória.

Por último, vale a pena referir que a norma em causa acabou por ser declarada inconstitucional, com força obrigatória geral, em fiscalização abstracta sucessiva através do Acórdão n.º 473/92, de que foi relator o Cons. TAVARES DA COSTA, quando estavam todos os juizes em funções, sendo tirado por uma maioria tangencial (7-6)<sup>31</sup>.

18. Em Março de 1998, foi integralmente recomposto o Tribunal Constitucional, passando os seus juizes a ter um mandato não renovável. Da anterior composição transitaram 9 juizes, três dos quais tinham integrado a primeira composição do Tribunal (Conselheiros CARDOSO DA COSTA, LUÍS NUNES DE ALMEIDA e MESSIAS BENTO). Houve recomposições parciais do Tribunal

<sup>29</sup> In *AcTC*, 16.º vol., págs. 7 e segs.

<sup>30</sup> O elenco das incompatibilidades, para a tese vencedora, não seria apenas o definido pelo art. 6.º da Lei n.º 14/87 mas ainda o decorrente da remissão feita pelo art. 1.º da Lei n.º 144/85 para a Lei n.º 3/85, ou seja, para as incompatibilidades dos Deputados à Assembleia da República, que abrangiam os presidentes da câmara municipal. Votaram vencidos os Juizes Mário de Brito, Ribeiro Mendes, Monteiro Diniz, Sousa e Brito, Tavares da Costa e António Vitorino (vejam-se págs. 19 a 60 do referido volume dos *AcTC*, de onde constam as seis declarações do voto).

<sup>31</sup> In *AcTC*, 23.º vol., págs. 221 e segs.

em 2003 e em 2007. No presente já não há nenhum juiz em funções que tenha iniciado o seu mandato antes de 2003.

Neste período, o Tribunal Constitucional apreciou três propostas de referendo nacional, em fiscalização preventiva de constitucionalidade e legalidade, que incidiram sobre interrupção voluntária da gravidez<sup>32</sup>, sobre o Tratado de Amesterdão<sup>33</sup> e sobre a instituição em concreto das regiões administrativas<sup>34</sup>.

O primeiro acórdão deste período tirado em fiscalização preventiva de constitucionalidade requerida pelo Presidente da República incidiu sobre uma convenção sobre Segurança Social entre a República Portuguesa e a República do Chile<sup>35</sup> e contém uma decisão unânime no sentido de não inconstitucionalidade, tendo incidido sobre a eventual existência, na Constituição, de uma reserva material de tratado, com reflexos na repartição de poderes entre o órgão parlamentar e o Governo, para aprovação dessa convenção internacional. O Tribunal Constitucional recusou-se a adoptar um critério geral, que levasse a optar abstractamente por uma certa interpretação do art. 161.º, alínea i), da Constituição, conduzindo ou à redução do papel do Governo nas relações internacionais convencionais a mero órgão político-administrativo, sem poder legislativo, ou à manutenção a favor do Governo de poderes normativos autónomos nas relações internacionais, limitados pela reserva de lei parlamentar e pelo elenco das matérias referidas na referida norma constitucional. Este acórdão é muito curioso porque não se revestiam de qualquer importância política as normas constantes da convenção internacional em causa, tendo o Presidente da República aproveitado o ensejo para submeter ao Tribunal uma pura questão de direito constitucional, com forte componente teórica.

Os Presidentes da República em funções neste período requereram a fiscalização preventiva 14 vezes (até final de Julho de 2007).

---

<sup>32</sup> Acórdão n.º 288/98, relator Cons. Luís Nunes de Almeida, publicado em *AcTC*, 40.º vol., págs. 7 e segs., tirado por maioria tangencial de 7 votos. Votaram vencidos os Cons. Tavares da Costa, Paulo Mota Pinto, Vítor Nunes de Almeida, Maria dos Prazeres Beleza, Messias Bento e Cardoso da Costa. Trata-se de uma questão de constitucionalidade polémica e "fracturante", como tem sido comprovado pelas decisões de outros tribunais de constitucionalidade. A problemática da despenalização do aborto em certas circunstâncias já tinha sido abordada pelo Tribunal Constitucional em 1984 e em 1985 (Acórdão n.º 25/84, tirado em fiscalização preventiva, in *AcTC*, 2.º vol., págs. 7 e segs.; Acórdão n.º 85/85, tirado em fiscalização sucessiva, in *AcTC*, 5.º vol., págs. 245 e segs.). No referendo de 1998 triunfou o "não". Como é sabido, iniciou-se em 2006 novo processo de referendo nacional na matéria, tendo o Tribunal tirado o Acórdão n.º 617/2006, em fiscalização preventiva de constitucionalidade e legalidade, por maioria tangencial (in *Diário da República*, I Série, n.º 223 de 20 de Novembro de 2006, 1.º Suplemento).

<sup>33</sup> Acórdão n.º 531/98, relatora Cons. Maria Helena Brito, tirado com cinco votos de vencido, in *AcTC*, 40.º vol., págs. 95 e segs.

<sup>34</sup> Acórdão n.º 532/98, relator Cons. Messias Bento, com cinco votos de vencido quanto a duas questões, in *AcTC*, 40.º vol., págs. 129 e segs.

<sup>35</sup> Acórdão n.º 494/99, relator Cons. Paulo Mota Pinto, in *AcTC*, 44.º vol., págs. 25 e segs. Sobre este Acórdão, veja-se Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional* cit., II vol., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 25, nota (20).

Não se detecta, numa apreciação perfunctória dos arestos tirados nestes processos, uma diferença de padrão nas votações por referência aos períodos anteriores em que os Juízes do Tribunal Constitucional podiam renovar os seus mandatos.

Há acórdãos tirados por unanimidade<sup>36</sup> ou por maiorias significativas<sup>37</sup>, a par de acórdãos sobre matérias mais polémicas em que surgiram maiorias tangenciais ou menos significativas<sup>38</sup>.

Importa chamar a atenção para o Acórdão n.º 428/05<sup>39</sup> que tem a particularidade de ser uma fiscalização preventiva de constitucionalidade que teve como requerentes um Grupo de Deputados do PPD/PSD, ao abrigo do n.º 4 do art. 278.º da Constituição relativamente a um decreto da Assembleia da República que fora enviado ao Presidente da República para ser promulgado como lei orgânica. Este acórdão foi tirado por unanimidade, nele se tendo discutido uma questão de natureza formal, a de saber se podiam constar de uma alteração à Lei Orgânica do Referendo normas que alteravam o regime do recenseamento eleitoral, atento o disposto no n.º 5 do art. 168.º e alínea c) do n.º 6 do mesmo artigo da Constituição. Não obstante a origem partidária do pedido de fiscalização, a resposta unânime dos Juízes do Tribunal deve ser registada, muito embora se reconheça que se tratava de uma questão de natureza eminentemente técnico-jurídica, sem especial relevância política.

## CONCLUSÃO

19. Os sistemas de fiscalização concentrada de constitucionalidade não têm na Europa uma tradição muito longa, não estando longe de completar o primeiro centenário do Tribunal Constitucional gizado em 1920 pelo engenheiro de HANS KELSEN e de outros cultores de direito público austríacos.

A criação de um Tribunal Constitucional dá especiais características a um sistema político, acarretando inevitavelmente uma certa judicialização da política.

<sup>36</sup> Foram tirados por unanimidade os Acórdãos n.ºs 23/02, relator Cons. Bravo Serra, sobre um diploma do Governo suspeito de inconstitucionalidade orgânica por violação da alínea u) do art. 164.º, e 131/03, relator Cons. Gil Galvão, sobre o domínio público marítimo, in *AcTC*, 52.º vol., págs. 7 e segs, e 55.º vol., págs. 7 e segs, respectivamente.

<sup>37</sup> Por exemplo, Acórdãos n.ºs 36/02, relator Cons. Artur Maurício, sobre o momento temporal em que se deve considerar demitido o Governo com reflexo sobre a caducidade de propostas de lei (maioria de 8 votos, com 3 votos de vencido) e 65/02, relatora Conselheira Maria dos Prazeres Beleza, sobre o âmbito de poderes de um Governo demitido (maioria de 3 votos, com 2 votos de vencido), in *AcTC*, 52.º vol., págs. 23 e segs. e 47 e segs, respectivamente.

<sup>38</sup> A título de exemplo, os Acórdãos n.º 245/02, relatora Cons. Maria Helena Brito, sobre eliminação de competências do Conselho de Opinião da RTP (maioria tangencial — 6 votos e 5 contra), n.º 509/02, relator Cons. Luís Nunes de Almeida, sobre o rendimento social de inserção (maioria de 8 votos, com 3 votos de vencido) e 306/03, relator Cons Mário Torres, sobre o novo Código do Trabalho (votos diversificados sobre diferentes questões jurídicas) in *AcTC*, 53.º vol., págs. 7 e segs., 54.º vol., págs. 19 e segs., e 56.º vol., págs. 75 e segs., respectivamente.

<sup>39</sup> Relatora Cons.ª Maria Helena Brito, in *AcTC*, 62.º vol, págs. 147 e segs.

Como acentua JOSÉ DE SOUSA BRITO, “a jurisdição constitucional e a decisão da maioria são dois processos de desenvolvimento da democracia, cada um dos quais tem a sua própria racionalidade”<sup>40</sup>, podendo dizer-se que, a partir dos anos oitenta do passado século, a legitimidade do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis já não é posta em causa<sup>41</sup>.

No que toca ao Tribunal Constitucional português, é indiscutível que a fiscalização preventiva da constitucionalidade constitui um objecto fascinante para os sociólogos e os politólogos, na medida em que permite observar a interacção entre as decisões legislativas das maiorias e a intervenção de controlo de um Tribunal que se encontra na fronteira entre o jurídico e o político.

Posta em causa no momento de preparação da I Revisão Constitucional, quando se avizinhava o fim do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional, a verdade é que a fiscalização preventiva da constitucionalidade se aculturou entre nós, porventura atendendo ao modelo semipresidencialista que esteve na origem da decisão constituinte de 1976. Prova disso é não ter sido mais contestada de forma relevante nas subsequentes revisões<sup>42</sup>.

Os Juízes do Tribunal Constitucional têm de ser independentes, mas tal não significa que sejam assépticos, isto é, que não tenha uma determinada pré-compreensão sobre o Político.

LUÍS NUNES DE ALMEIDA afirmou, num colóquio realizado em 1993 sob a égide do Tribunal Constitucional, que quem acusa o modo de composição do Tribunal consagrado em 1982 de conduzir à politização da escolha dos juízes e à consequente politização do Tribunal formula uma crítica que revela, no fundo, a contestação da “existência de uma qualquer forma específica de designação dos juízes do Tribunal Constitucional, o qual deveria ter uma composição idêntica à dos tribunais comuns (...)”. E este Constitucionalista e Juiz constitucional, prematuramente desaparecido, afirmou que tal crítica deveria ter-se por infundada por diversas razões:

- Por ignorar “que, por toda a parte, a escolha dos Juízes constitucionais se baseia necessariamente em critérios políticos”;
- Por assentar num erro, “que é o de supor que, em função do processo de escolha e em função da existência ou da inexistência de uma car-

<sup>40</sup> “Jurisdição Constitucional e Princípio Democrático”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, ob. colect. organizada pelo Tribunal Constitucional, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pág. 43; ver ainda Luís Ferreira Leite, *O Tribunal Constitucional e o Sistema Político — Estados Unidos da América — Europa — Portugal*, Lisboa, Âncora Editora, 2007, págs. 17 e segs.

<sup>41</sup> Afirmação de Luís Favoreu citada por Vital Moreira in “Princípio de Maioria e Princípio da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional”, in *Legitimidade e Legitimação*, cit., pág. 178.

<sup>42</sup> Crítico quanto às vantagens de fiscalização preventiva da constitucionalidade, classificada como um “elemento alienígena na dinâmica evolutiva da Justiça Constitucional como primeiro garante do Estado de direito”, veja-se Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, II, cit., págs. 141-149.

reira profissional, existem dois tipos de Juízes: uns, os puros e assépticos, isto é, os magistrados de carreira, sempre imunes à influência da política no exercício das respectivas funções; outros os políticos, os contaminados (eu atrever-me-ia mesmo a dizer, infectados) que seriam os Juízes do Tribunal Constitucional, designados por órgãos políticos e, «maxime», eleitos pela Assembleia da República, que inelutavelmente exerceriam as suas funções profundamente influenciados pelas suas convicções político-partidárias<sup>43</sup>.

A consciência da própria pré-compreensão dos Juízes Constitucionais e do modo como funciona uma jurisdição constitucional é fundamental para introduzir mecanismos que aumentem as necessárias garantias de independência judicial.

Um desses mecanismos entre nós é o de os juízes dissidentes terem o direito de deixar registadas, em declaração de voto, as razões dessa dissidência quanto a um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade.

A Comunidade jurídica dispõe, assim, de um meio de aferir, em diferentes ocasiões, a coerência das posições de cada juiz constitucional, nas diversas conjunturas, quando alternam as maiorias políticas.

Como escreveu GUSTAVO ZAGREBELSKY, referindo-se ao Tribunal Constitucional italiano, de que foi juiz e, mais tarde, presidente, “a actividade do Tribunal é por conseguinte fundada sobre as personalidades individuais dos juízes. Ao mesmo tempo, é colegial. Isto assume um significado profundo, muito para além do mero respeito pelas regras processuais”. Deve notar-se que este constitucionalista analisava uma realidade em que são proibidos os votos dissidentes, o que o leva a afirmar que esse Tribunal é “um corpo decidente unitário, um grande juiz que se serve de quinze juízes mais ou menos pequenos<sup>44</sup>”.

A existência de votos dissidentes — como mostram os exemplos norte-americano ou português — torna os juízes constitucionais individuais entes “dotados de uma personalidade e individualidade institucional” (ZAGREBELSKY). Se o corpo decidente unitário fica mais na penumbra, nem, por isso, se pode dizer que no Tribunal português reina maior individualismo, sob pena de se faltar à verdade. A maioria e a minoria têm objectivos institucionais comuns e, mesmo quando há vários votos de vencido, é sempre possível discernir os fundamentos comuns que possibilitaram a tomada da decisão colectiva.

A condição de êxito da jurisprudência constitucional pressupõe que ela seja feita por “fortes personalidades com um passado digníssimo, mesmo político, a defender. É necessário que assim seja, não apenas por razões «lapalis-

<sup>43</sup> “Da politização à Independência (Algumas Reflexões sobre a Composição do Tribunal Constitucional)”, in *Legitimidade e Legitimação*, cit., pág. 243.

<sup>44</sup> “La Corte In — Política”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 5, Janeiro-Março de 2005, pág. 7.

sianas», mas também porque é a garantia de independência face à política contingente. Tudo é melhor que tégidos ou *Nicodemos*, que não têm fidelidades ou as escondem. Esses, as meias figuras, os juízes, «que saíram da incubadora a meio», não têm motivo para se respeitarem a si mesmos e podem ser, mais facilmente do que os outros, induzidos a ceder ao respeito alheio<sup>45</sup>.

Um juízo global sobre o Tribunal Constitucional não se pode quedar sobre os arestos tirados em fiscalização preventiva, embora estes sejam seguramente muito reveladores da posição de cada Juiz quanto aos diplomas controlados.

20. Por último, importa salientar, com CARLOS BLANCO DE MORAIS, que o instituto da fiscalização preventiva da constitucionalidade “valoriza, na realidade o protagonismo «moderador» ou «arbitral» do Presidente da República”, na medida em que, num cenário de coabitação com uma maioria de outro quadrante político, o Presidente, quando confrontado “em sede de procedimento legislativo com actos politicamente controversos aprovados por maiorias parlamentares distintas da maioria sociológica que presidiu à sua eleição, pode fazer uso deste processo para procurar obstar à existência jurídica dos mesmos actos”<sup>46</sup>.

Por todas estas razões, a fiscalização preventiva da constitucionalidade mantém-se como um momento fascinante do desenrolar do processo político constitucional, desafiando toda a Comunidade nacional a avaliar criticamente as virtualidades e defeitos dessa forma de controlo.

---

<sup>45</sup> Gustavo Zagrebelsky, “La Corte In-Política”, cit., pág. 9.

<sup>46</sup> *Justiça Constitucional*, II, pág. 30.