

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA E ACESSO DOS CIDADÃOS AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

MARIA DOS PRAZERES PIZARRO BELEZA

Resumo: 1. Procura-se com este estudo averiguar se o sistema português de controlo da constitucionalidade, simultaneamente difuso e concentrado, garante o direito fundamental à tutela jurisdicional efectiva também no plano da constitucionalidade.

2. Analisa-se o meio *específico* que o direito português prevê, o recurso de constitucionalidade, nomeadamente em confronto com o sistema da suspensão prejudicial e do reenvio para o Tribunal Constitucional, conjugado ou não com um recurso de amparo ou semelhante.

3. Conclui-se no sentido de que, devidamente interpretadas e aplicadas, as regras constitucionais e legais que regulam o recurso de constitucionalidade, à luz da jurisprudência do Tribunal Constitucional, permitem alcançar essa garantia.

4. Formulam-se todavia algumas sugestões de possíveis alterações.

Palavras-chave: Tutela judicial efectiva; acesso ao direito; controlo de constitucionalidade; fiscalização concreta da constitucionalidade.

1. OBJECTIVO DESTE BREVE ESTUDO:

1.1. No sistema constitucional português, o direito fundamental de *acesso ao direito e aos tribunais para tutela efectiva* dos direitos e interesses legalmente protegidos, consagrado no artigo 20.º da Constituição, inclui o direito de *acesso ao sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade*, justamente para *defesa desses direitos e interesses* face a eventuais violações da Constituição; traduz-se fundamentalmente na atribuição do direito de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões proferidas em processos de que os interessados foram parte, o recurso de constitucionalidade: é por esta via que os cidadãos podem *aceder directamente* ao Tribunal Constitucional¹.

¹ Não vou ocupar-me com a relevância que efectivamente tem tido entre nós a iniciativa de particulares no âmbito dos processos de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, através de exposições dirigidas ao Provedor de Justiça e ao Procurador-Geral da República,

É certo que, entre nós, o Tribunal Constitucional apenas aprecia a inconstitucionalidade de normas, não de actos concretos, ainda que públicos; a fiscalização da inconstitucionalidade de actos concretos, do poder executivo ou jurisdicionais, cabe aos tribunais comuns — os demais tribunais, no sentido que agora interessa, por contraposição ao Tribunal Constitucional —, não deixando naturalmente de ser uma fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos mesmos.

Essa possibilidade tem de ser considerada, para avaliar se o direito português garante plenamente a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, na perspectiva da tutela jurisdicional efectiva; sem esquecer, porém que o meio *específico* que o direito português prevê é o recurso de constitucionalidade.

1.2. Para tanto, proponho-me recordar brevemente os pontos-chave da conformação constitucional e legal do recurso de constitucionalidade, tal como tem vindo a ser executada pelo Tribunal Constitucional, de forma a procurar determinar se, para além da prossecução da finalidade objectiva de respeito da Constituição na aplicação do direito ordinário pelos tribunais (artigo 204.º da Constituição), permite alcançar a finalidade subjectiva de defesa dos direitos dos particulares, especialmente dos seus direitos fundamentais, contra inconstitucionalidades que os atinjam.

Com efeito, tem sido questionado que o regime português do recurso de constitucionalidade alcance plenamente esse objectivo, nomeadamente comparando-o com outros sistemas de fiscalização da constitucionalidade concreta. Assim, vou, sucessivamente:

- recordar os traços mais significativos do recurso de constitucionalidade, cingindo-me aos aspectos relevantes para o objectivo do estudo. Na verdade, cabe indagar se as regras relativas aos pressupostos do recurso de constitucionalidade (pense-se nos que delimitam o seu objecto ou a legitimidade para recorrer, ou exigem, em certos casos, que a *questão de constitucionalidade* tenha sido suscitada no tribunal recorrido) e à respectiva tramitação cumprem as exigências habitualmente apontadas ao princípio da tutela jurisdicional efectiva — proibição de exigência de pressupostos, de imposição de ónus ou de outros constrangimentos que sejam desproporcionados ou desajustados à finalidade do processo, garantia de um processo equitativo e contraditório, direito à obtenção de uma decisão em prazo razoável, direito a patrocínio judiciário²;

uma vez que não têm qualquer poder quanto à decisão de dirigir ou não o pedido ao Tribunal Constitucional

² Cfr. Carlos Lopes do Rego, *O direito fundamental do acesso aos tribunais e a reforma do Processo Civil*, in Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues, I, Coimbra, 2001, p. 731 e ss. e *O direito de acesso aos tribunais na jurisprudência recente do Tribunal Constitucional*, in Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, p. 833 e ss..

- compará-lo, quanto ao que possa ser relevante para o tema, com o sistema, vigente em outros direitos europeus, de reenvio prejudicial para o Tribunal Constitucional e suspensão do processo no tribunal comum, eventualmente completado com um recurso de constitucionalidade para tutela de direitos fundamentais, do modelo do recurso de amparo;
- referir as críticas que mais frequentemente se têm ouvido quanto ao modelo escolhido pelo direito português para o controlo concreto da constitucionalidade, em particular quanto à sua efectiva aptidão para a protecção efectiva dos direitos fundamentais.

Procurarei terminar com algumas apreciações sobre esta opção e sobre a sua adequação ao objectivo de garantir a *tutela judicial efectiva de direitos e interesses legalmente protegidos* contra normas e actos inconstitucionais.

2. CARACTERÍSTICAS DO REGIME PORTUGUÊS DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE E SUA EXPLICAÇÃO HISTÓRICA; FISCALIZAÇÃO DIFUSA, NA BASE, E CONCENTRADA, NO TOPO³

Como sabemos, as três grandes questões em discussão nos debates travados na Assembleia Constituinte, nos trabalhos da 1.^a Revisão Constitucional, de 1982, a propósito da criação do Tribunal Constitucional e da definição do sistema de fiscalização da constitucionalidade, concreta e abstracta⁴, foram (1) a escolha do sistema de fiscalização a adoptar⁵, com a criação (ou não) de um Tribunal Constitucional autónomo (2), optando-se pela existência de um Tribunal Constitucional, a sua composição⁶ e (3) e o modo de designação dos seus juízes⁷.

Criou-se o Tribunal Constitucional, como um órgão autónomo, com as características de um tribunal, com a função da fiscalização concentrada, con-

³ Cfr. o meu estudo *Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*, in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Coimbra, 2012, p. 89 e ss..

⁴ Sistema esse que, com algumas alterações (por exemplo, na fiscalização da ilegalidade reforçada, ou nas variações da legitimidade para requerer a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral), se tem mantido até hoje.

⁵ Difusa? Concentrada? Concreta ou abstracta? Harmonizada como? Com um Tribunal Constitucional autónomo?

⁶ Só juízes dos restantes tribunais? Também juristas, ou até não juristas, não juízes? Em que proporção?

⁷ Em especial, se o Presidente da República deveria intervir, qual haveria de ser o papel da Assembleia da República, se deveria participar outro órgão constitucional, como o Conselho Superior da Magistratura ou o Supremo Tribunal de Justiça, que intervinham na designação dos membros da Comissão Constitucional. Dos 8 membros da Comissão constitucional, 1 era designado pelo Presidente da República, outro pela Assembleia da República e outro pelo Supremo Tribunal de Justiça; O Conselho Superior da Magistratura designava 3 membros e o Conselho da Revolução os restantes 2.

creta e abstracta, composto por 13 juizes, dos quais 6 são necessariamente juizes dos outros tribunais, sendo 10 eleitos pela Assembleia da República e 3 cooptados pelos juizes eleitos.

Mas optou-se por manter a fiscalização difusa, consagrada no direito português pela Constituição de 1911, sob influência do Direito norte-americano e da Constituição brasileira de 1891. E essa opção implicou a definição de um sistema que a conjugasse com a fiscalização concentrada no Tribunal Constitucional, ou seja, que conciliasse o poder atribuído a todos os tribunais de julgar a inconstitucionalidade das normas aplicáveis aos litígios que decidem — quer recusando a sua aplicação por inconstitucionalidade, quer, desde a reforma constitucional de 1982, julgando não inconstitucionais as normas impugnadas pelas partes — com a intervenção do Tribunal Constitucional, no julgamento *decisivo* da constitucionalidade dessas mesmas normas, já apreciada pelos demais tribunais.

A *conciliação* desenhada traduziu-se na definição do regime do *recurso de constitucionalidade*: os tribunais comuns julgam a *questão de constitucionalidade*, a título incidental; da decisão da causa cabe recurso para o Tribunal Constitucional, mas restrito à referida *questão de constitucionalidade*, que constitui o objecto do recurso que lhe cabe apreciar e, portanto, delimita a respectiva competência decisória.

Se o recurso de constitucionalidade for provido, a decisão recorrida é anulada, cabendo ao tribunal *a quo* a sua reformulação.

3) TRAÇOS FUNDAMENTAIS DO RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE:

3.a) Tipos de recurso e pressupostos gerais do recurso de constitucionalidade:

3.a.1) Recorrendo aos artigos 280.º da Constituição e 70.º da LTC, é habitual agrupar em três os tipos de recurso de constitucionalidade⁸: recurso interposto (1.º de decisão de *recusa de aplicação de normas*, com fundamento em inconstitucionalidade (70.º, n.º 1, a), c), d), e), i), 1.ª parte LTC), (2.º de decisão que *aplica norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada* (70.º, n.º 1, b), f) LTC) e (3.º de decisão que *aplica norma já julgada inconstitucional* pelo Tribunal Constitucional ou pela Comissão Constitucional (70.º, n.º 1, g), h), i), 2.ª parte).

Um quarto tipo de recurso acabou por vir a ser admitido pela jurisprudência constitucional, apesar de não se encontrar expressamente previsto: o

⁸ Esta *tipologia* dos recursos tem significado também do ponto de vista prático, uma vez que há diferenças nos pressupostos específicos de admissibilidade.

recurso (autónomo) por violação de caso julgado formado, quanto ao julgamento da questão de constitucionalidade, pelo Tribunal Constitucional.

3.a.2) O objectivo deste estudo é averiguar se o direito português vigente reconhece o direito à tutela jurisdicional efectiva no plano da garantia da constitucionalidade. Nesta perspectiva, penso que se justifica seleccionar, de entre os pressupostos gerais de admissibilidade do recurso de fiscalização concreta da constitucionalidade, os que respeitam ao seu objecto, à legitimidade e ao patrocínio judiciário.

A título prévio, porém, recorro ao seguinte:

- O sistema português não admite qualquer discricionariedade na admissão do recurso de constitucionalidade, nem prevê qualquer mecanismo de filtragem, para além dos pressupostos gerais e específicos dos diversos tipos de recurso;
- A admissibilidade do recurso de constitucionalidade não depende, nem do valor da causa, nem de qualquer alçada;
- O recurso de constitucionalidade segue as regras do processo civil, em particular das que respeitam ao recurso de apelação (artigo 69.º LTC)⁹. Cumpre, portanto, ter presente a relevância da disponibilidade das partes em pontos centrais do regime dos recursos cíveis¹⁰ e as preclusões¹¹ que nele se mantêm e que se projectam no recurso de constitucionalidade.

3.a.3) *Pressupostos relativos ao objecto:*

O objecto do recurso é uma questão de constitucionalidade normativa, referindo-se esta, não à constitucionalidade da própria decisão recorrida, mas da norma ou normas que nesta foram aplicadas (ou recusadas, por inconstitucionalidade).

Esta configuração do objecto do recurso de constitucionalidade é um ponto essencial ao sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional, delimitando a sua competência específica da competência genericamente atribuída aos tribunais comuns, no que à fiscalização da constitucionalidade respeita. O Tribunal Constitucional só julga questões de constitucionalidade normativa; os demais tribunais apreciam, tanto a constitucionalidade de normas, como a constitucionalidade de actos concretos, nomeadamente de decisões judiciais.

⁹ Esta remissão é anterior à reforma dos recursos cíveis operada pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto; nunca se aprovou nenhum diploma específico de adaptação ao regime respectivo, nem tão pouco ao que o Código de Processo Civil de 2013 define para a apelação.

¹⁰ Por exemplo, quanto à definição do objecto do recurso.

¹¹ Pense-se, por exemplo, no ónus de suscitar a *questão de constitucionalidade* de modo processualmente adequado, perante o tribunal *a quo*, no recurso interposto ao abrigo da alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82, de 15 de Fevereiro.

Por este motivo, a jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional teve a necessidade de fixar o conceito de norma ou de acto normativo, cuja constitucionalidade lhe cumpre controlar. Para o efeito, definiu os seguintes critérios:

1.º — Utiliza-se um *conceito funcional* de norma, adequado ao sistema de fiscalização de constitucionalidade, no qual se incluem, quer actos aprovados *sob a forma de lei*, ainda que careçam de generalidade e abstracção, quer os *actos provenientes de entidades públicas ou dotadas de poderes públicos que, com eficácia externa, definam regras ou padrões de conduta*, independentemente da forma do acto que as revela¹² — ou seja, nas palavras do acórdão n.º 172/93, “os *actos dispositivos dos poderes públicos*”, neles não incluídos, nem “as *decisões judiciais e os actos da administração sem carácter normativo, nem os actos políticos ou actos de governo em sentido estrito*”.

O Tribunal Constitucional não controla a constitucionalidade de *normas provenientes de entidades privadas*¹³, como sejam contratos normativos ou estatutos de associações ou sociedades¹⁴; até ao acórdão n.º 174/2008, prevaleceu a exclusão das normas constantes de convenções colectivas de trabalho¹⁵;

2.º — *O objecto de apreciação é a norma e não o preceito ou disposição que a contém*¹⁶;

3.º — *A norma a apreciar é a norma tal como foi definida e interpretada pelo tribunal recorrido*¹⁷, ainda que em resultado de conjugação de diferentes preceitos¹⁸ ou meramente implícita.

A interpretação normativa de direito ordinário que incumbe ao Tribunal Constitucional julgar é um dado que este Tribunal não pode controlar. Está-lhe vedado fazer uma interpretação diferente daquela que o tribunal recorrido adoptou; a delimitação recíproca de competências assim o exige. No entanto, têm surgido hipóteses em que esta limitação não é absoluta; por exemplo, quando há uma qualificação legal determinante para o juízo de constitucionalidade (ex.: qualificação de um tributo como taxa ou como imposto¹⁹), ou quando o Tribunal Constitucional chega à conclusão de que uma interpretação aplicada ou recusada é determinante, mas não é correcta, recorrendo então ao n.º 3 do artigo 80.º da

¹² Cfr., em especial, os acórdãos n.ºs 172/93, 26/85, 150/86, 174/2008.

¹³ Salvo se aprovadas no exercício de poderes públicos, naturalmente.

¹⁴ Cfr. acórdãos n.ºs 172/93, 391/2005, 328/2008.

¹⁵ Cfr. acórdãos n.ºs 172/93 ou 224/2005.

¹⁶ Tal como na fiscalização abstracta da constitucionalidade, o que releva é a *norma*.

¹⁷ Este conceito de norma, entendida tal como foi interpretada e aplicada, pode conduzir, em casos limite, a que seja *ténue* a fronteira entre um recurso de constitucionalidade *normativa* e o chamado recurso de amparo, a que adiante se fará referência.

¹⁸ O objecto do recurso de constitucionalidade é a norma, não o preceito, total ou parcialmente.

¹⁹ Cfr. acórdãos n.ºs 2/84, 340/87, 389/89.

LTC e fixando uma determinada interpretação de direito ordinário conforme com a Constituição²⁰;

4.º — Há que distinguir a *norma* do processo de interpretação da lei, desenvolvido pelo tribunal *a quo*. Este critério tem suscitado algumas dificuldades na sua aplicação, por exemplo, quanto à apreciação de *normas de origem jurisprudencial* (assentos, acórdãos de uniformização ou de fixação de jurisprudência)²¹, de cláusulas gerais, como a boa fé²², ou de integração de lacunas. Merece especial referência a questão de saber se o Tribunal Constitucional pode controlar *normas* definidas e aplicadas pelo tribunal *a quo* em eventual violação dos princípios da legalidade penal ou fiscal, ou se, ao fazê-lo, não estará antes a conhecer da constitucionalidade da própria decisão recorrida²³. A meu ver, a resposta é afirmativa, porque, como escrevi na declaração de voto aposta ao acórdão n.º 383/2000, “ *o apuramento de uma violação do princípio da legalidade penal, na sua vertente de tipicidade, não corresponde a saber se a disposição em causa foi bem ou mal interpretada, mas a saber se a norma aplicada (com a interpretação que lhe foi dada), por exceder o sentido possível das palavras da lei, se revela imprevisível para os destinatários.*”

5.º — Quanto à possibilidade de fiscalização da constitucionalidade de normas implicitamente aplicadas ou desaplicadas, há que traçar a fronteira entre o *controlo concreto de omissões legislativas* e a emissão de *decisões aditivas*. O Tribunal Constitucional tem sempre afirmado que não há fiscalização de inconstitucionalidade por omissão na fiscalização concreta. No entanto, tem por vezes alcançado um efeito equivalente ou quase equivalente a essa fiscalização, como que *transformando* uma inconstitucionalidade concreta por omissão em inconstitucionalidade por acção, nomeadamente invocando o princípio da igualdade, declarando inconstitucionalidade de normas enquanto não prevêem determinada hipótese ou enquanto negam determinado direito²⁴;

6.º — Só é apreciada a norma cuja aplicação ou recusa de aplicação foi determinante para o concreto sentido da decisão recorrida; o recurso de constitucionalidade tem natureza instrumental, o que implica, como se sabe, que é condição do conhecimento do respectivo objecto a possibilidade de repercussão do julgamento que nele vier a ser efectuado na decisão recorrida²⁵;

7.º — Não existe qualquer limite temporal para a arguição de inconstitucionalidades materiais, orgânicas ou formais. Suponho, todavia,

²⁰ O Tribunal Constitucional tem feito uma aplicação muito parcimoniosa deste poder de fixação. Cfr., acórdãos n.ºs 340/87 ou 398/89.

²¹ Cfr. o acórdão n.º 359/91, aprovado em processo de fiscalização abstracta.

²² Cfr. acórdão n.º 655/99.

²³ Cfr. acórdãos n.ºs 196/2003, 383/2000 ou 238/2012.

²⁴ Cfr. acórdãos n.ºs 181/87 e 449/87; cfr. ainda o acórdão n.º 359/91, aprovado em processo de fiscalização abstracta.

²⁵ Cfr., por exemplo, o acórdão n.º 463/94.

que se justificaria impor esse limite, quanto à invocabilidade de inconstitucionalidades formais e orgânicas, por razões de segurança jurídica.

3.a.4) *Legitimidade e patrocínio judiciário:*

A legitimidade afere-se pela lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida. Pode interpor recurso de constitucionalidade quem teria legitimidade para recorrer da decisão em causa, segundo a lei processual aplicável no tribunal *a quo* (artigo 72.º, n.º 1, b)). Significa isto que, se for a lei adjetiva do caso, vale aqui o regime constante do Código de Processo Civil, cuja regra geral é a de que pode recorrer quem foi parte principal e ficou vencido e ainda quem tiver sido “*directa e efectivamente*” prejudicado por aquela decisão, seja parte acessória ou terceiro²⁶.

No que toca à pluralidade de partes, apenas cabe observar que não se permite a adesão ao recurso, nos casos em que ele não aproveita aos não recorrentes²⁷ — cfr. n.º 2 do artigo 72.º LTC.

O patrocínio judiciário é obrigatório, sendo naturalmente aplicável o regime do apoio judiciário (artigos 83.º e 85.º LTC).

3.b) **Referência a alguns pressupostos específicos**, em função do tipo de recurso:

- Recursos do 1.º tipo: Merecem especial referência: a admissibilidade de recurso directo para o Tribunal Constitucional das decisões de recusa de aplicação de norma, com fundamento em inconstitucionalidade, independentemente da instância em que se situa o tribunal recorrido (desnecessidade de exaustão das vias de recurso)²⁸; a admissibilidade de apreciação de normas cuja aplicação apenas implicitamente foi recusada; a dificuldade, por vezes sentida, de distinguir entre a adopção pelo tribunal recorrido de uma interpretação conforme com a Constituição e a recusa de aplicação por inconstitucionalidade, que abre recurso de constitucionalidade. Só a interpretação da decisão recorrida pode permitir fazer a distinção;
- Recursos do 2.º tipo: São de longe os recursos mais frequentes, que realmente possibilitam, por vezes, prolongar artificialmente os processos e relativamente aos quais se ouve afirmar que acabam por transformar o Tribunal Constitucional numa 4.º instância. Penso, todavia, que o correcto entendimento dos respectivos pressupostos

²⁶ A este propósito, cfr. o acórdão n.º 52/2007.

²⁷ A explicação encontra-se na circunstância de, nos recursos do segundo tipo, só ter legitimidade para recorrer a parte que suscitou a questão de inconstitucionalidade durante o processo.

²⁸ A meu ver, justificar-se-ia a exigência da prévia exaustão das vias de recurso, de forma a apenas se poder recorrer para o Tribunal Constitucional da *ultima palavra* na ordem de tribunais que estiver em causa, tal como se verifica com os recursos do 2.º tipo.

limitaria essa utilização e evitaria a prolação de inúmeras decisões de não conhecimento do mérito do recurso. Não só estão previstos na Constituição e na lei, como têm sido explicitados em numeroso e profundo tratamento jurisprudencial de orientação constante.

O motivo que mais frequentemente justifica o não conhecimento desta modalidade de recursos é a inobservância do pressuposto de que a inconstitucionalidade tenha sido suscitada *durante o processo*, de forma processualmente adequada, ou seja, de modo a que o tribunal *a quo* dela estivesse obrigado a conhecer. Trata-se de um requisito indispensável à execução do modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade, que é o do recurso da decisão que o tribunal *a quo* proferiu sobre a questão de constitucionalidade²⁹ e, nessa medida, compatível com a garantia de tutela jurisdicional efectiva. por não ser *desproporcionado* nem *desadequado* exigir às partes que suscitem e discutam eventuais inconstitucionalidades das normas aplicáveis ao litígio que as separa, quando se coloca a questão da sua aplicação — no tribunal do caso, naturalmente. Recorde-se que o Tribunal Constitucional tem dispensado as partes do ónus correspondente nas situações em que, objectivamente, não era exigível o seu cumprimento, nomeadamente porque as partes não dispuseram da oportunidade de suscitar a inconstitucionalidade (aplicação *supresa* de normas, por exemplo).

Também se exige, para que este recurso seja admissível, a prévia exaustão das vias de recurso, exigência, a meu ver, absolutamente fundada, na perspectiva que agora releva, e que prossegue ostensivas razões de interesse público sem prejudicar o direito de acesso à justiça constitucional;

- Recursos do 3.º tipo: de entre as condições de admissibilidade, salienta-se a necessidade de identificação da decisão anterior, que os fundamenta.

3.c) Tramitação:

Não vou tratar especificamente da tramitação; apenas recorro os mecanismos de simplificação do julgamento dos recursos, nomeadamente em matérias já apreciadas ou em caso de recursos manifestamente infundados, que podem nomeadamente conduzir a decisões individuais liminares — sempre susceptíveis de reclamação, todavia.

Mas não posso deixar de referir o mecanismo de correcção do requerimento de interposição de recurso, previsto no artigo 75.º-A. De facto, a LTC

²⁹ Há muita jurisprudência sobre as implicações deste ónus e sobre os casos em que o seu cumprimento não é exigível. Cfr., por exemplo, os acórdãos n.ºs 62/85, 90/85 e 160/94.

contém regras estritas e exigentes quanto à identificação do tipo de recurso interposto e, em função desse tipo, quanto ao conteúdo do requerimento de interposição de recurso. No entanto, a sua inobservância, se susceptível de correcção, pode ser ultrapassada, nos termos ali previstos, não provocando a *deserção* imediata do recurso (cfr. n.º 7 do artigo 75.º-A), cuja compatibilidade com o princípio da tutela jurisdicional efectiva poderia eventualmente ser questionada.

3.d) Efeito dos julgamentos de inconstitucionalidade:

O julgamento da questão de constitucionalidade faz caso julgado, mas *apenas* no processo em que é proferido (artigo 80.º LTC); ainda que se julgue no sentido da inconstitucionalidade, o julgamento não tem força obrigatória geral. A tramitação do recurso de constitucionalidade não seria compatível com tal eficácia geral.

Recorda-se que a Constituição e a LTC prevêem a possibilidade de generalização da declaração de inconstitucionalidade, quando a mesma norma for julgada inconstitucional em 3 casos diferentes (281.º, n.º 3 Constituição, 82.º LTC), por iniciativa do Ministério Público ou de juízes do Tribunal Constitucional. Os juízes nunca utilizaram este poder.

Embora a generalização seja o desfecho habitual, não há qualquer vinculação ao julgamento de inconstitucionalidade; veja-se, por exemplo, o acórdão n.º 400/2001, que concluiu com um juízo de não inconstitucionalidade.

3.e) Execução da decisão de provimento do recurso de constitucionalidade:

Se o recurso é provido, o Tribunal Constitucional anula a decisão que apreciou, determinando o envio do processo ao tribunal *a quo* para que este execute o seu julgamento, proferindo nova decisão sem utilizar a norma julgada inconstitucional ou, pelo contrário, aplicando a norma que recusara aplicar, mas que o Tribunal Constitucional julgou não inconstitucional. Como se sabe, o recurso de constitucionalidade segue o modelo da *cassação* e não da *substituição* da decisão recorrida³⁰. O sistema de cassação é exigido pelo respeito da delimitação de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, só a estes cabendo a reformulação da decisão recorrida.

Problema diferente, até certo ponto, é o de saber se o Tribunal Constitucional pode ou não ser chamado, em recurso interposto da decisão reformulada, para *controlar* a execução do seu julgamento da questão de cons-

³⁰ Diferentemente do que sucede com os recursos de apelação e de revista, que seguem o princípio da substituição (com algumas excepções).

titucionalidade. Mais precisamente, se é admissível recorrer para o Tribunal Constitucional com fundamento em violação do caso julgado formado pela sua decisão, ainda que o recurso se não enquadre em nenhum dos tipos previstos no n.º 1 do artigo 70.º LTC.

Como se disse já, acabou por vingar a resposta positiva, tendo em conta a força de caso julgado sobre a questão de constitucionalidade e a prevalência das decisões do Tribunal Constitucional sobre as dos restantes tribunais³¹⁻³².

4. Principais diferenças entre recurso de fiscalização concreta português e o sistema do reenvio prejudicial para o Tribunal Constitucional, com suspensão do processo no tribunal da causa, conjugado (ou não) com um recurso para o Tribunal Constitucional, a interpor de decisões judiciais, actos administrativos, actos políticos ou actos legislativos (ou apenas de alguns destes actos), com fundamento em violação de direitos fundamentais — como o *amparo* (Espanha) ou a *queixa constitucional* (Alemanha)³³.

São habitualmente apontados quatro aspectos que separam o sistema português do *recurso de constitucionalidade* do sistema de *suspensão da causa e reenvio para o Tribunal Constitucional* para apreciação da questão de constitucionalidade relevante: o acesso dos tribunais comuns à Constituição, o acesso ao Tribunal Constitucional das partes na causa principal, o processamento da *questão de constitucionalidade* e a execução das decisões do Tribunal Constitucional, quanto à sua efectiva *tradução* na decisão da referida causa principal. Apenas os considero, agora, na medida em que se reflectem no tema que analiso.³⁴

Ora, deste ponto de vista, há que fazer distinções: quanto à apreciação da *constitucionalidade normativa*, tem de facto utilidade confrontar o *poder que os sistemas conferem às partes de forçar* (no sentido de *ter um direito a*) a suspensão e a intervenção do Tribunal Constitucional, verificados naturalmente os pressupostos do exercício desse direito. Em Portugal, as partes têm o *direito de recorrer para o Tribunal Constitucional*; no regime da suspensão e reenvio prejudicial, é o tribunal da causa que decide se submete ou não a questão à apreciação do Tribunal Constitucional, embora o grau de vinculação ou de discricionariedade varie consoante o sistema concreto.

³¹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. o meu estudo *Admissibilidade de um recurso autónomo para o Tribunal Constitucional por violação de caso julgado*, in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, vol. II, Coimbra, 2002, p. 479 e ss..

³² Cfr. acórdãos n.ºs 462/94, 108/95, 361/95, 340/00.

³³ Como se sabe, são instrumentos destinados a proteger direitos fundamentais, com amplitude e pressupostos variáveis, recorrendo para o Tribunal Constitucional de decisões dos poderes públicos, incluindo dos tribunais.

³⁴ Para um maior desenvolvimento, cfr. o citado *Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*.

Quanto à apreciação da constitucionalidade de actos do poder público que, em Portugal, estão excluídos da competência do Tribunal Constitucional, fará então sentido perguntar se essa exclusão significa uma *incompleta* garantia da tutela jurisdicional efectiva.

Num sistema constitucional de fiscalização concreta concentrada e não difusa, assente na reserva ao Tribunal Constitucional do acesso à Constituição, parece ser necessária a consagração de um mecanismo de suspensão da causa principal e de colocação, ao Tribunal Constitucional, do problema de constitucionalidade que se suscite a propósito de *normas* relevantes para a decisão do litígio, oficiosamente ou por iniciativa das partes.

O *processamento* é naturalmente de menor complexidade, por confronto com o sistema de recurso; mas não dispensa, por exemplo, nem o contraditório, nem a existência de regras destinadas a possibilitar que um eventual julgamento de inconstitucionalidade tenha força obrigatória geral, como por princípio sucede nos regimes vigentes; e é compatível, quer com a exigência da prévia exaustão das vias *ordinárias* de recurso, quer com a atribuição a qualquer instância do poder de colocar directamente a questão ao Tribunal Constitucional.

Esse *processamento* inclui a apreciação, pelo tribunal comum, da pertinência da dúvida de constitucionalidade, bem como a *decisão* de a colocar ao Tribunal Constitucional e suspender a causa, sendo que o grau de convicção sobre a ocorrência da inconstitucionalidade que se exige àquele tribunal varia, na proporção inversa do poder das partes de *forçar* a suspensão: na Alemanha, é preciso que o tribunal comum *entenda que ocorre* inconstitucionalidade, em Espanha, *que apenas tenha dúvidas* sobre se ocorre ou não e, em Itália, apenas que entenda *não ser manifestamente desrazoável* a inconstitucionalidade.

Em qualquer caso, o tribunal comum não a pode *decidir*. E, neste contexto, deixando por agora de lado a eventual admissibilidade do recurso de *amparo* ou equivalente³⁵, as partes da causa não têm acesso *directo* ao Tribunal Constitucional, em exercício de um verdadeiro e próprio direito de recurso, como existe no Direito Constitucional português, cujas regras de *legitimidade* são decalcadas sobre as da legitimidade geral.

É todavia verdade que a Constituição e a lei definem outros mecanismos de limitação do acesso ao Tribunal Constitucional, nomeadamente em função do tipo de recurso interposto; por exemplo, como se referiu já, a necessidade de ter previamente suscitado a inconstitucionalidade, no tipo de recurso de longe mais frequente, o recurso previsto na al.b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC).

³⁵ Recorde-se, por exemplo, que Itália tem o sistema de reenvio, mas não o do recurso de amparo (ou queixa constitucional). Mas recorde-se, igualmente, que basta que os tribunais comuns italianos considerem que não é *manifestamente desrazoável* a inconstitucionalidade suscitada pelas partes para terem o dever de a colocar ao Tribunal Constitucional e suspender a instância.

5. ALGUMAS CRÍTICAS AO SISTEMA PORTUGUÊS DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA E SUA APRECIÇÃO³⁶

Têm sido apontadas diversas críticas ao sistema português de fiscalização concreta da inconstitucionalidade. Algumas dessas críticas relacionam-se especialmente com a *efectividade do direito à tutela jurisdicional*, no que em particular respeita à tutela constitucional dos direitos fundamentais, relacionada com a exclusão da apreciação da constitucionalidade de actos *não normativos* do poder da competência do Tribunal Constitucional. Afirma-se, por exemplo, que o sistema oferece uma protecção dos direitos fundamentais que é deficiente, por não ser admissível um recurso como o amparo constitucional, ou porque a intervenção do Tribunal Constitucional está dependente de a parte interpor recurso; o que deixa sem fiscalização do Tribunal Constitucional os casos em que as lesões resultantes de actos legislativos, actos da Administração ou actos dos Tribunais não possam ser atribuídas à inconstitucionalidade de uma norma, no primeiro caso, ou porque a parte não recorreu, no segundo. Deficiência que, além do mais, é incongruente com a admissibilidade de recursos de constitucionalidade sobre quaisquer matérias, sem limitação de fundamentos de inconstitucionalidade e sem qualquer prazo; ou que deveria permitir o controlo concreto das omissões inconstitucionais³⁷.

Outras têm em conta a *eficiência do sistema*, seja por facilitar o prolongamento injustificado dos processos, mediante a interposição de recursos de constitucionalidade meramente dilatatórios, seja por criar insegurança no acesso ao Tribunal Constitucional, em especial pela *incerteza quanto à definição da questão normativa* susceptível de apreciação pelo Tribunal Constitucional, seja pela *ausência de efeito obrigatório geral do julgamento de inconstitucionalidade*, seja pela aptidão para gerar conflitos entre o Tribunal Constitucional e os tribunais comuns, a propósito da execução das decisões de provimento do recurso de constitucionalidade.

6. CONCLUSÃO, EM FORMA DE COMENTÁRIO.

Algumas destas críticas são claramente justificadas. Desde logo, quanto à multiplicação de recursos sem fundamentação consistente; ou à inexistência de limitação temporal para a invocação de inconstitucionalidades formais e orgânicas, como se observou já, inexistência da qual discordo, até por

³⁶ Cfr., em especial, Maria Lúcia Amaral, *Problemas da Judicial Review em Portugal*, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI, n.º 10, 2005, p. 67 e ss. e *Direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional*, disponível em www.tribunalconstitucional.pt e José Reis Novais, *Em defesa do recurso de amparo constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)*, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano VI, n.º 10, 2005, p. 91 e ss..

³⁷ Jorge Pereira da Silva, *Deveres do Estado de Protecção de Direitos Fundamentais*, Lisboa, 2015, em especial, p. 697 e ss..

razões de *segurança jurídica*; ou à possibilidade de conflitos entre os tribunais comuns e o Tribunal Constitucional, aliás não frequentes.

Recorda-se que a LTC, particularmente após a revisão de 1998, contém mecanismos de resolução rápida de recursos manifestamente infundados, repetitivos ou desprovidos dos necessários pressupostos de admissibilidade³⁸, o que contribui para minorar o risco de dilações injustificadas. Em qualquer caso, suponho que se justificaria a criação de um *filtro* que, nos recursos de decisões de aplicação de normas cuja inconstitucionalidade foi suscitada no processo (recursos do 2.º tipo), conferisse ao Tribunal Constitucional alguma *discricionariedade* na sua admissão, nomeadamente atendendo à natureza dos direitos invocados.

E admito que, por vezes, possa não ser evidente a definição de um objecto *normativo* apto a ser controlado pelo Tribunal Constitucional; mas sempre se observa que é obrigatório o patrocínio judiciário e que a doutrina e a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional têm insistido neste ponto essencial da configuração do recurso de constitucionalidade.

Já não se pode concordar com a afirmação de que o sistema protege insuficientemente os direitos fundamentais, por não prever um recurso de amparo constitucional, ou uma figura com conteúdo semelhante. Como habitualmente se observa, o *conceito de norma funcionalmente adequada à fiscalização concreta* permite alcançar o efeito de protecção equivalente ao do recurso de amparo, salvo casos limite, de rara frequência; para os quais sempre existirá o controlo de constitucionalidade difuso, pelos tribunais comuns, de cuja supressão se discorda frontalmente. A jurisprudência do Tribunal Constitucional, em matéria de direitos fundamentais, assim o demonstra.

Acresce que a lei ordinária prevê meios especificamente destinados à defesa jurisdicional de direitos fundamentais, como o *processo de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias* previsto no Código de Processo dos Tribunais Administrativos, nos artigos 109.º e ss., uma espécie de *amparo legal* introduzido pelo legislador com o propósito expresso de executar o comando constitucional da *garantia da tutela jurisdicional efectiva*, ou o *processo especial de tutela da personalidade*, revisto pelo Código de Processo Civil de 2013 com o mesmo objectivo, artigos 878.º e ss., ou o procedimento de *habeas corpus* contra deternção ou prisão ilegal (Código de Processo Penal, artigos 220.º e ss.).

E a mesma observação se pode fazer relativamente ao controlo das omissões legislativas, em fiscalização concreta. Qualquer eventual deficiência que se pudesse detectar tem sido ultrapassada pela jurisprudência constitucional.

³⁸ Refiro-me às decisões sumárias, individuais, previstas no artigo 78.º-A da LTC, e às reclamações por não admissão do recurso no tribunal *a quo*, decididas segundo um processo célere, desenhado no artigo 76.º LTC. Um rigor adequado no controlo do requerimento de interposição de recurso, no tribunal *a quo*, é particularmente importante.

Igualmente se discorda da observação de que é inadequado que a possibilidade de o Tribunal Constitucional intervir para protecção de direitos fundamentais fique dependente de interposição de recurso pelas partes; limitação que não ocorre no sistema da suspensão prejudicial. Suponho, no entanto, que as partes, representadas por mandatário forense, serão o melhor juiz para a detecção de infracções aos seus direitos fundamentais, nas acções de que são parte.

Sempre seria necessário alterar as regras de processamento para que essa eficácia fosse possível, aproximando-o dos processos de fiscalização abstracta sucessiva.