

A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO

Resumo: o autor aborda a especial natureza dos tribunais constitucionais, situados na fronteira entre o político e o jurídico, e os desafios que são colocados a todos para a salvaguarda da sua independência. Tal natureza específica torna necessária, desde logo, a consagração de garantias de autonomia e independência acrescidas em relação às de qualquer outro tribunal, além de exigir normas próprias de composição, organização, funcionamento e processo. Ao mesmo tempo, também exige dos juízes constitucionais um exercício efetivo, independente e equilibrado das funções que lhes estão confiadas, mantendo-se fiéis à eficácia meramente negativa do controlo de constitucionalidade. Aos agentes políticos, por seu turno, é reclamada a abstenção de alterações constitucionais e legislativas ou de práticas manipuladoras atentatórias da independência do Tribunal Constitucional, bem como uma cooperação institucional leal, sem intervenções públicas prévias que possam ser encaradas como pressões no momento da decisão ou críticas posteriores a esta que possam erodir a confiança pública na justiça constitucional.

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; justiça constitucional; separação de poderes; fiscalização da constitucionalidade; dever de cooperação leal entre órgãos de soberania; eficácia negativa e positiva do controlo de constitucionalidade; princípio da igualdade; ativismo judicial.

O tema da sessão matinal da nossa Conferência permite múltiplas abordagens.

Optei por centrar a minha intervenção, fundamentalmente, na análise das condições de exercício e dos limites da justiça constitucional.

Começo por enunciar uma verdade algo trivial, mas que merece ser sublinhada. O Tribunal Constitucional é um tribunal. E, sendo-o, deve gozar e goza das garantias e das prerrogativas funcionais que, em Estado de direito, são comuns a qualquer instância jurisdicional. Desde logo, de independência *institucional*, em face dos outros órgãos de soberania, por decorrência do princípio da separação de poderes, em si mesmo. Mas também de independência *individual*, de todos e cada um dos juízes, por força das garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade contidas no seu estatuto, aplicável, nos termos do artigo 222.º, n.º 5, da CRP, aos juízes do Tribunal Constitucional.

Estas são condições básicas para que qualquer tribunal possa exercer adequadamente a sua função de julgar. Mas o Tribunal Constitucional não é

um tribunal como os outros. Os seus juizes são juizes de normas e, nessa medida, juizes do legislador. No contexto da fiscalização abstrata sucessiva, estão habilitados a proferir declarações de inconstitucionalidade, que têm, por força própria, imediato alcance normativo, pois expurgam a norma viciada do universo jurídico. Isto significa que uma decisão jurisdicional se sobrepõe, invalidando-a, a uma opção da maioria legislativa democraticamente legitimada. Como faz notar Böckenförde, se, no que se refere à vigência, no ordenamento, de uma norma jurídica, o exercício do poder legislativo tem a prioridade, a justiça constitucional tem a primazia da última palavra.

Dada a especificidade desta tarefa, a articulação dos tribunais constitucionais com o poder político levanta questões próprias e reclama resguardos suplementares. O cumprimento efetivo da sua função de controlo expõe os tribunais constitucionais a situações suscetíveis de porem em causa a eficácia operativa do contrapoder que detêm. A configuração institucional do órgão, em todas as suas componentes, deve ser moldada em termos de conter, na máxima medida possível, a concretização desses riscos e de potenciar a *independência*, o *equilíbrio* e a *efetividade* da atividade do tribunal — as três palavras-chave que, porventura, melhor definem o modelo ideal de funcionamento e que melhor justificam a existência de um tribunal constitucional.

Como primeira resposta a essa exigência, o Tribunal Constitucional goza, entre nós, sob todos os aspetos relevantes, de autonomia reforçada: autonomia não apenas administrativa, mas também financeira e até disciplinar, pois é o próprio Tribunal Constitucional que exerce o poder disciplinar sobre os seus juizes. O Conselho Superior da Magistratura não tem competência para qualquer tipo de intervenção sobre o seu modo de funcionamento, pois o Tribunal Constitucional não está integrado na organização do poder judicial — o que a sistemática da Constituição põe a claro, ao dispensar-lhe um título próprio, distinto do reservado aos restantes tribunais.

Mas estas garantias elementares, sendo necessárias, não são suficientes para salvaguardar, na medida desejável, as condições de um exercício efetivo, mas também independente e equilibrado, da globalidade das funções de um tribunal constitucional. Há que ter em conta que, na área nuclear do controlo da constitucionalidade, as suas decisões, mormente no âmbito da fiscalização abstrata, incidem sobre questões, que, sendo jurídico-constitucionais, não deixam de ser, de igual modo, de natureza política e, algumas delas, de alta sensibilidade política. Por isso, ao dizer o direito, os seus juizes estão também inevitavelmente a influenciar diretamente o desenrolar do processo político e o modo de resolução de conflitos políticos.

Acresce que o nosso Tribunal Constitucional não é apenas um tribunal, pois, para além da fiscalização de constitucionalidade, tem um leque heterogéneo de atribuições (em relação ao Presidente da República, à formação, extinção e vida interna dos partidos políticos, aos processos eleitorais, etc.), “*que fazem dele igualmente um órgão de controlo da vida institucional do Estado*”, como apontam Gomes Canotilho e Vital Moreira.

É bem certo, por todas estas razões, que tem que mover-se “*nas fronteiras entre o político e o jurídico*”, como assinala o título genérico da nossa Conferência. Aos seus juízes compete interpretar e aplicar a Constituição, que mais não é, ao fim e ao cabo, do que a racionalização jurídica do político. O político não é aqui um fator de contaminação externa da autonomia da ordem jurídica; é antes um elemento interno à esfera normativa dentro da qual um tribunal constitucional exerce a sua competência. Por isso mesmo, ao manterem-se dentro da ordem jurídico-constitucional, decidindo de acordo com os seus ditames, os juízes constitucionais não estão, dessa forma, a escapar ao político. *Ratione materiae*, a dimensão política é verdadeiramente inescapável, pois jurídico-políticas são as questões a decidir.

As soluções orgânicas e funcionais devem refletir transparentemente esta natureza própria da jurisdição constitucional, em vez de a ocultarem — sem, evidentemente, lograrem eliminá-la —, sob a capa de regimes tendencialmente indiferenciados, em relação à justiça comum. É a diferenciação funcional que justifica, no modelo europeu mais difundido, uma autonomização orgânica da fiscalização da constitucionalidade, fazendo-a concentrar num Tribunal Constitucional. É ela também que justifica a intervenção de órgãos da esfera política, em termos e graus variados, na designação dos membros que o compõem.

Sendo justificada, esta solução expõe os tribunais constitucionais à crítica fácil e recorrente de “politização”, termo lançado como um labéu desacreditador, não para destacar objetivamente a especificidade de natureza e de função da justiça constitucional, mas para assinalar uma prática desviante do que alegadamente deveria ser sempre qualquer jurisdição, na sua pureza congénita.

Frequentemente expressa na arena emocionalmente carregada da confrontação e da comunicação político-partidárias, essa crítica visa efeitos imediatos a esse nível, passando ao lado da consideração objetiva dos fundamentos jurídico-constitucionais das decisões, exaustivamente indicados nos acórdãos.

Mas a desvalorização e contextualização desse criticismo imediatista não deve menosprezar o problema real de como preservar, nesta matéria, a natureza jurisdicional da atividade decisória. Tal implica sempre que a condução dos processos e o sentido da sua decisão se rejam exclusivamente por critérios internos à ordem jurídico-constitucional e à sua racionalidade própria, sem distorções por fatores externos de outra natureza. De outro modo, abre-se a porta a exercícios disfuncionais, quer por excesso, quer por defeito. Há que combater ambos, para evitar consequências disruptivas da estabilidade do sistema democrático, no seu conjunto.

Para tal, é imprescindível que as regras quanto à composição, organização, funcionamento e processo de um tribunal constitucional favoreçam o cumprimento pleno, mas na justa medida, da tarefa que a Constituição lhe reserva. No que respeita à composição do Tribunal e à designação dos seus membros, a original solução portuguesa, com eleição de 10 juízes unicamente

pelo órgão parlamentar e cooptação dos restantes 3 por esses 10, com presença obrigatória de 6 magistrados de carreira, a nosso ver garante, em grau superior ao das alternativas descortináveis, uma composição equilibrada e plural, capaz de dar voz a diferenciadas correntes de opinião e sensibilidades constitucionais, bem como a distintas experiências e especializações profissionais. Todo o regime obedece à preocupação de erigir, mesmo internamente, um sistema de “freios e contrapesos”, de que fazem inclusivamente parte regras convencionais não escritas, mas invariavelmente seguidas. Adicionalmente, esta solução confere indiretamente ao Tribunal Constitucional uma *legitimidade de origem* ou *de título*, no que respeita ao princípio democrático.

Mas a parlamentarização total, direta ou indireta, da designação dos juizes serve de argumento e alimenta a suspeita de que no seio do Tribunal estejam representadas posições político-partidárias, com prejuízo para a independência de julgamento. Não é assim. Não o é de direito, pois a eleição é puramente designativa, não gerando qualquer vínculo de representação. Mas também não o é de facto. O sistema contém todas as garantias para que, uma vez eleitos, os juizes não se deixem influenciar por constrangimentos externos. Saliento, nesse sentido, a não renovabilidade de mandato, estabelecido por um período longo, que mais do que duplica o das legislaturas, o que possibilita uma permanência contemporânea de maiorias políticas diversificadas. A aguda consciência, por parte dos juizes, da alta função que desempenham, no interior do aparelho do Estado, com a dignidade e a responsabilidade inerentes, no que pode ser designado como um “efeito de institucionalização”, faz o resto. Os juizes ingressam num órgão colegial, com memória viva do seu passado e forte “cultura” jurídico-constitucional, bem interiorizada e transmitida de composição em composição. São convocados a participar num, por vezes intenso, debate coletivo, em que as pré-compreensões individuais se confrontam e reciprocamente se condicionam e influenciam, num exercício forçoso de uma razão dialogante, pelas vias discursivas e argumentativas próprias do direito. O cunho jurídico-doutrinário das fundamentações espelha isso mesmo.

As desvirtuações individuais são sempre possíveis, em qualquer modelo. Mas não é por elas que este deve ser valorado. O que cumpre questionar, com sentido, é se o sistema favorece ou, pelo contrário, obstaculiza esses desvios.

No caso português, e pondo de lado outras competências mais diretamente incidentes sobre o processo político, pode ajuizar-se que o âmbito de competência do Tribunal para a fiscalização de constitucionalidade e regras processuais do exercício desta atividade o colocam a salvo de ter que tomar decisões espinhosas, em questões onde é particularmente ténue a linha de fronteira entre o político e o jurídico.

De facto, no regime português, se a competência para a fiscalização de constitucionalidade é muito ampla quanto às modalidades, pois abrange todas, é restrita quanto ao objeto, pois incide unicamente sobre normas.

Está-lhe subtraído, *inter alia*, o controlo de atos políticos não normativos, por maior relevo que assumam (por ex., a dissolução da Assembleia da

República pelo Presidente) e ainda que sejam atos constitucionalmente vinculados.

Contrariamente a muitas outras jurisdições, o Tribunal português também não tem competência para dirimir diretamente, por um procedimento específico, os conflitos de competência entre órgãos do Estado, quer os conflitos *horizontais* (entre órgãos de soberania), quer os conflitos *verticais* (entre órgãos do poder central e órgãos do poder regional ou do poder local). Só o pode fazer, quando esteja em causa a competência normativa, pela via indireta do controlo da constitucionalidade das normas em seu exercício emitidas, ou quando esteja em causa a apreciação da constitucionalidade de um diploma destinado, ele próprio, a fixar uma divisão ou partilha de competências (como é o caso dos Estatutos Político-Administrativos das regiões autónomas).

Para além disto, no domínio em que tem competência — o da fiscalização da constitucionalidade de normas do direito ordinário — os poderes de cognição do Tribunal Constitucional português estão rigorosamente submetidos ao *princípio do pedido*. Os processos instauram-se por impulso externo, a requerimento dos sujeitos legitimados, e nunca por iniciativa oficiosa. E, uma vez instaurados, o Tribunal só pode declarar a inconstitucionalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida e só pode julgar inconstitucional a norma que o tribunal recorrido tenha aplicado ou a que tenha recusado a aplicação.

Formulado o pedido, o Tribunal fica vinculado a decidir, não dispondo de qualquer margem de apreciação discricionária, com acolhimento de razões de conveniência ou de oportunidade. As decisões de não conhecimento, muito numerosas em fiscalização concreta, ou de não admissão, raríssimas em fiscalização abstrata, fundam-se em estritas razões de legalidade, no não preenchimento dos pressupostos legalmente exigidos. Em contraste, o Supremo Tribunal norte-americano, por exemplo, dispõe de um poder discricionário de recusa, fartamente exercido, o que o leva a conhecer apenas cerca de uma centena dos milhares de requerimentos anualmente recebidos.

Todavia, para além de uma configuração institucional favorável, a administração da justiça constitucional em termos consentâneos com o seu papel numa sociedade democrática vai depender, em larga medida, da regularidade do desempenho funcional de todos os intervenientes, quer do lado do poder político, quer do lado dos juízes.

Pelo lado do poder político, podem ser as mais variadas as formas de perturbação das condições ideais de efetividade e independência do exercício da fiscalização judicial de constitucionalidade. Os atentados mais graves e ostensivos a estas condições resultam de alterações constitucionais e legislativas ou de práticas manipuladoras, que, contrariando regras elementares de uma sã democracia constitucional, bloqueiam ou limitam indevidamente a atividade fiscalizadora. Temos assistido ultimamente a preocupantes manifestações deste fenómeno, muito especialmente na Polónia e na Hungria. Neste último país, a maioria parlamentar foi ao ponto de contornar decisões de inconstitucionalidade constitucionalizando os conteúdos normativos objeto dessas decisões, pondo-os, assim, fora do alcance do Tribunal Constitucional.

Mas o princípio da separação de poderes exige mais do que a simples abstenção de iniciativas que possam pôr em causa a normalidade constitucional. Na sua compreensão atual, ele contém um *dever de cooperação leal* entre órgãos de soberania. O cumprimento desse dever impõe seguramente aos agentes políticos que sejam titulares desses órgãos que, na pendência dos processos, não intervenham no espaço público comunicacional, em termos que objetivamente possam ser tidos como pressionantes do sentido da decisão; uma vez esta tomada, as eventuais manifestações de desagrado ou crítica, em si legítimas, devem ter a autocontenção necessária para não provocarem erosão na confiança pública na justiça constitucional.

Em democracia, o processo político é dinamizado pela dialética maioria-oposição. Muitas das decisões do Tribunal Constitucional repercutem-se nesse contraditório, favoravelmente às posições de uns, desfavoravelmente às de outros. É irrealista pensar, pelo menos dentro da nossa cultura política, que a crítica destes corresponda, para dizê-lo com Kant, a *“um uso público da razão”*. Mas é exigível que sejam observados os limites impostos por aquele dever de cooperação leal e, até, pela dignidade do Estado.

Vale a pena atentar no que, a propósito, se escreveu num documento da Comissão de Veneza do Conselho da Europa:

“No quadro das suas funções oficiais, uma pessoa depositária de uma autoridade pública não goza da mesma liberdade de expressão da de um simples particular. Os órgãos do Estado podem naturalmente exprimir publicamente o seu desacordo com um acórdão do tribunal constitucional, mas, fazendo-o, devem comprometer-se claramente a executá-lo e limitar as suas críticas ao acórdão, em si mesmo. Os ataques pessoais contra o conjunto dos juízes ou alguns deles são totalmente inadmissíveis”.

É um passo que consta do parágrafo 63 da Opinião n.º 685, emitida em 2012, não a propósito da situação portuguesa então vigente, mas da situação romena, gerada pela suspensão de funções do Presidente da República.

Do outro lado, o dos juízes constitucionais, a diretriz básica de conduta é a de observância dos limites funcionais da sua jurisdição, num quadro constitucional de que é também pedra angular a liberdade originária de conformação, de que goza o legislador, em função dos princípios democrático e de separação de poderes.

O primeiro corolário desse dever parece óbvio e é o de o Tribunal se manter fiel à eficácia meramente negativa do controlo de constitucionalidade, evitando intervenções de conformação positiva. Diga-se, todavia, que, mesmo no espaço europeu, a prática pretoriana nem sempre segue estritamente esta linha de orientação. O exemplo extremo fornece-o o credenciado Tribunal Constitucional Federal alemão que, quando opta por não declarar a nulidade da norma inconstitucional, mas a simples desconformidade à Lei Fundamental — o que faz com frequência — geralmente acompanha a decisão de

interpelações ao legislador, com injunções autoritárias de intervenção legifera, até uma data-limite precisamente fixada, não hesitando mesmo, nalguns casos, em estabelecer regulações provisórias, para vigorar até essa intervenção.

Ao invés, a prática do Tribunal Constitucional português caracteriza-se, neste domínio, por uma grande autocontenção. O Tribunal evita, em geral, as sentenças aditivas ou, mesmo, as reconfigurações manipulativas do conteúdo prescritivo das disposições objeto de fiscalização. Abstém-se também de formular recomendações ao legislador para intervir, como faz o Tribunal italiano com as sentenças *monitorie*, ou de sugerir soluções alternativas constitucionalmente conformes ou ainda de determinar as consequências legislativas ou administrativas das suas decisões. Sempre se recusou a enunciá-las, nas raras vezes em que para tal foi solicitado, em processos de fiscalização abstrata, mediante pedidos de esclarecimento. O exemplo mais recente deu-o o Acórdão n.º 468/2014. Tendo o órgão autor da norma requerido uma esclarecimento do Acórdão n.º 413/2014, que declarara inconstitucionais certas normas orçamentais, a decisão deixou lapidarmente claro: “*Não cabe ao Tribunal Constitucional esclarecer outros órgãos de soberania sobre os termos em que estes devem exercer as suas competências no plano administrativo ou legislativo*”.

Mas, esta primeira e básica orientação de que o Tribunal não deve extravasar a sua função de controlo, dizendo apenas aquilo que *não* pode constitucionalmente valer, deixa de pé a questão dos limites funcionais do controlo nesses termos exercitável.

A exigência adicional de que adote como únicos critérios de decisão os padrões normativos inferíveis da Constituição por métodos validáveis pela metodologia jurídica é de pertinência incontroversa. O cumprimento dessa exigência exclui do âmbito do controlo de constitucionalidade, desde logo, que este possa ser influenciado por considerações atinentes ao mérito ou à bondade das soluções legislativas. É nessa medida que a decisão política do legislador se distingue da decisão jurisdicional de avaliação da sua conformidade com a razão jurídica da Constituição. E é nessa medida que encontra confirmação a observação de Stern, de que “*jurisdição sobre matéria política não é o mesmo que jurisdição política, no sentido de jurisdição que segue o tipo e o método da decisão política*”.

Mas dizer isto, que deve ser dito, é dizer pouco, pois a questão decisiva está em saber o que a Constituição concretamente prescreve. Essa é uma tarefa de dificuldade variável, consoante a estrutura normativa e o conseqüente grau de determinação do conteúdo dos preceitos constitucionais. Essa determinação é progressivamente menor, consoante se trate de regras, de princípios ou de diretivas de políticas públicas. Em correspondência, progressivamente menor é também o grau de vinculação do legislador. Quanto mais Constituição, o mesmo é dizer, quanto mais extensa e intensamente tiver sido exercido o poder constituinte — também ele democraticamente legitimado — menos liberdade de conformação do poder constituído que é o poder legislativo.

O problema está em que a Constituição é hodiernamente “*um sistema jurídico estruturado através de princípios*”, como salienta Habermas. Ora, os

princípios têm elasticidade adaptativa e admitem graus de realização variável, consoante as configurações das questões e o peso, em concreto, de outros princípios colidentes. Acresce que as normas dos direitos fundamentais — elas próprias com a natureza de princípios, na tese de Alexy — obedecem a uma formulação lapidar, elíptica, muito concentrada, requerendo do intérprete uma exigente tarefa de densificação, para além de também poderem, em concreto, colidir entre si ou com interesses constitucionalmente credenciados.

Neste contexto aplicativo, a interpretação dificilmente se autonomiza da concretização e da *ponderação*. Esta, quase universalmente presente, rege-se por critérios de *proporcionalidade* e de *razoabilidade*, para os quais há diretrizes, mas não, evidentemente, uma precisa unidade de medida.

Tudo isto evidencia que estamos fundamentalmente perante uma questão de cariz metodológico, ou se preferirmos, que a separação de poderes se apresenta aqui numa dimensão metodológica — observa-o, certamente, Habermas, em *Faktizität und Geltung*. Na verdade, o que está em causa é determinar quais os processos hermenêuticos legítimos para o juiz constitucional aceder à normatividade que se extrai da Constituição e aplicá-la como parâmetro da validade do direito ordinário.

Enunciados normativos algo indeterminados abrem a porta a níveis distintos de escrutínio e a densidades de controlo graduáveis. A incerteza inerente deve ser combatida e minorada pela explicitação dos critérios optativos e da fundamentação do adotado, consoante o quadrante normativo e o tipo de questão em juízo.

No caso do *princípio da igualdade* — onde a questão se põe com particular evidência —, a opção por um critério de controlo mais intenso, integrante de pontos de vista de proporcionalidade, foi demarcada, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, que o lançou no início da década de 80 do século passado, pelas situações normativas de tratamento diferenciado de grupos de pessoas. Entendendo ser essa a situação em juízo, foi em tal critério que o Tribunal Constitucional português fundou algumas decisões de inconstitucionalidade de medidas de austeridade constantes de leis orçamentais, designadamente de reduções de vencimentos pagos por verbas públicas e de pensões.

Trata-se, sem dúvida, de um critério mais exigente e compreensivo do princípio da igualdade, que não o reduz à simples proibição do arbítrio. Mas não, de forma alguma, de um imprevisto e assistémico afastamento de parâmetros de controlo internos à ordem jurídico-constitucional, suplantando-os por padrões de metajuridicidade.

Pode, certamente, debater-se criticamente se este critério mais exigente é justificadamente aplicável em matéria de restrições a direitos económicos e sociais, ou se o é numa situação excecional de crise financeira do Estado. E esse, não há como negá-lo, é um debate alimentado por distintas compreensões da Constituição, em particular, da natureza e alcance daquela categoria de direitos fundamentais e da sua força de resistência a medidas de redução do seu grau de realização, já alcançado por via legislativa.

O que, seguramente, não contribui para um debate dogmaticamente sustentável e esclarecedor é a menorização da força normativa de um princípio constitucional básico e estruturante como é o princípio da igualdade ou a apressada qualificação da solução como uma manifestação de *ativismo judicial*.

Vou concluir.

Na raiz de todo o constitucionalismo está a ideia da limitação do poder, mesmo do poder legitimado pela vontade maioritária. E a história europeia do século XX tornou dramaticamente claro que os direitos e liberdades mais elementares têm que ser protegidos do próprio legislador. Por isso, a instauração das democracias, com a queda dos regimes ditatoriais, em sucessivas ondas de democratização, na Europa, foi sempre acompanhada pela institucionalização de mecanismos fortes de controlo de constitucionalidade, a cargo de tribunais constitucionais.

Inversamente, estes órgãos estão invariavelmente entre os primeiros alvos de políticas desvirtuadoras do Estado de direito. A fiscalização judicial da constitucionalidade é, quase universalmente, uma dimensão constitutiva de um Estado constitucional democrático, que não se confunda com um simples Estado de legalidade. Só nele ganha sentido e expressão autêntica.

De tal modo assim é que a qualidade da vida pública democrática pode ser medida pelo grau de reconhecimento de uma justiça constitucional independente, equilibrada e efetiva. Fatores variados, entre outros, a crise de representação política, os estrangulamentos financeiros do Estado, a força ideológica de um economicismo que pretende impor ao político e retirar da sua esfera de decisão opções fundamentais para a vida coletiva, os enquadramentos transnacionais, as legítimas preocupações de segurança, as derivas iliberais de democracias formais, tudo concorre para, nos nossos dias, abalar a estabilidade dos consensos constitucionais favoráveis à paz jurídico-política.

Neste contexto difícil, sobre os juízes constitucionais pesa a responsabilidade acrescida de evitar os dois riscos opostos a que o exercício da sua função está exposto: o de ficar aquém do que o seu papel exige, numa atitude deferencial perante o poder político, ou, pela inversa, o de extravasar do seu âmbito de competência, obstaculizando indevidamente programas de governo sufragados nas urnas.

Muito obrigado!