

A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL ENQUANTO NECESSIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO

ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ

Resumo: o autor aborda o surgimento da justiça constitucional na transição do Estado Liberal para o Estado Democrático e a criação de órgãos jurisdicionais com a competência de defesa da constitucionalidade. Analisa e tenta seguidamente responder, sempre com especial atenção à realidade do Tribunal Constitucional espanhol, a três questões-chave: qual é a verdadeira natureza dos tribunais constitucionais — judicial ou político-judicial?; quais são as competências atuais dos Tribunais Constitucionais, particularmente da Corte Constitucional espanhola?; o exercício de tais competências pode levar a uma redução do princípio democrático e que técnicas ou mecanismos são geralmente estabelecidos pelos Estados para evitar um desenvolvimento antide-mocrático dos poderes dos Tribunais Constitucionais?

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; Corte Constitucional; justiça constitucional; separação de poderes; fiscalização da constitucionalidade; Estado Liberal; Estado Democrático; Constituição Espanhola; modelo europeu ou concentrado; modelo americano ou difuso; princípio democrático.

O ilustre filósofo argentino Ángel Cappelletti disse que a justiça constitucional foi considerada em determinado momento como “*a resposta mais importante e promissora para o problema da opressão do governo*”.

O alcance e o significado daquela frase, embora possa levantar questões, tem em si, no entanto, um claro sentido e é uma interpretação correta, porque a justiça constitucional é o último recurso num Estado democrático para garantir o cumprimento da Constituição.

Mas esta afirmação não significa que a evolução tendente ao pleno reconhecimento do que conhecemos hoje como justiça ou jurisdição constitucional tenha sido rápida e sem problemas. Muito pelo contrário.

As revoluções americana e britânica primeiro e, depois, a francesa terminaram com o Antigo Regime e levaram à criação do Estado Liberal, que tinha como um dos seus principais princípios o Estado de Direito, entendido como uma expressão da vontade popular. A ideia de soberania nacional ou popular significava, portanto, que o Parlamento deveria ser considerado o eixo do sistema, como expressão da vontade dos cidadãos através dos seus representantes eleitos, de acordo com um processo eleitoral que reconheceu um tipo de sufrágio mais ou menos amplo de acordo com cada caso.

Assim, foi estabelecida a primazia do princípio democrático e do Parlamento sobre qualquer outra instituição, como titular do poder derivado daquele.

No liberalismo inicial era, portanto, absoluta a onipotência parlamentar. Tudo poderia ser feito em sede parlamentar. Consequentemente, era impensável o estabelecimento de algum controle ou limitação da liberdade do Parlamento. Foi, por isso, impossível nesta fase histórica do nascimento e desenvolvimento do Estado Liberal a existência de uma instituição que pudesse simbolizar algo como uma justiça constitucional moderna, basicamente, por duas razões, como já afirmou claramente Carl Schmitt, numa conhecida obra publicada em 1931:

- primeiro, não seria possível entregar a apreciação crítica do trabalho do Parlamento a um órgão não democrático e não representativo, por não ter sido eleito diretamente pelos cidadãos;
- em segundo lugar, seria impensável que esse órgão utilizasse como único método de trabalho a apreciação jurídica, sem ser acompanhada por (pelo menos) alguns critérios políticos.

A consequência destas ideias foi o não reconhecimento da justiça constitucional na Europa durante o Estado Liberal, embora tenha havido algumas tentativas de criar instrumentos de defesa e garantia nas Constituições, mas sem resultados convincentes. É ilustrativo desta problemática o exemplo da Constituição Espanhola de 1812. Uma das grandes preocupações dos autores daquela Constituição foi tentar garantir a eficácia das suas disposições e, sobretudo, dos direitos e liberdades reconhecidos, mas não foi incluído no texto final nenhum sistema autónomo de defesa da Constituição. Essa foi confiada ao próprio Parlamento e, especificamente, à sua *Diputación Permanente*, com um carácter puramente investigatório, mas não decisório.

Este liberalismo inicial e a sua abordagem do sistema parlamentar entraram gradualmente numa crise que levou ao surgimento do Estado Democrático dos nossos dias, que se caracteriza, entre outros aspetos, pela defesa do valor normativo supremo da Constituição. Neste extremo situa-se a legitimidade da justiça constitucional. Atualmente, é inconcebível que o Parlamento seja totalmente soberano e que qualquer ato normativo seja inatacável.

A experiência da Alemanha de Weimar e, em geral, os excessos e insuficiências corretivas características do período entre guerras do século XX vão tornar quase inevitável o reconhecimento do sistema de justiça constitucional em alguns países europeus, cujo único objetivo era então assegurar o império da Constituição sobre a legislação ordinária aprovada no Parlamento.

A partir da segunda década do século XX, deixa de ser visto com desconfiança o funcionamento desses órgãos que já não têm um déficit democrático inicial. Os Tribunais Constitucionais serão criados para garantir e controlar a constitucionalidade das leis, utilizando argumentos essencialmente jurídicos.

Vai ser nesta função de controlo externo do poder que a justiça constitucional encontrará o compromisso assumido e a sua própria justificação,

porque, como vai destacar Kelsen: “*considera-se que a essência da democracia não consiste num domínio sem limites da maioria, mas sim no compromisso permanente entre os grupos de pessoas representados no Parlamento pela maioria e pela minoria; então a justiça constitucional será um instrumento particularmente adequado para a realização desta ideia*”.

Uma vez chegados a este ponto, como sustenta o ilustre professor espanhol, Dr. López Guerra, é necessário responder a três questões-chave:

- qual é a verdadeira natureza dos tribunais constitucionais, especialmente do Tribunal espanhol: tem natureza judicial ou antes político-judicial?
- quais são as competências atuais dos Tribunais Constitucionais, particularmente da Corte Constitucional espanhola?
- o exercício destas funções pode levar a uma redução do princípio democrático e que técnicas ou mecanismos são geralmente estabelecidos pelos Estados para evitar um desenvolvimento antidemocrático dos poderes dos Tribunais Constitucionais?

É preciso tentar responder a essas três questões, mas, para fornecer uma orientação inicial, o Dr. López Guerra propõe as seguintes ideias:

A. na maioria dos Estados membros da União Europeia existem órgãos constitucionais que estão definidos com uma configuração judicial (Portugal, Alemanha e Itália e também na Espanha), embora haja exceções, como o *Conseil Constitutionnel* da República Francesa, que não tem essa natureza;

B. as funções atuais dos Tribunais Constitucionais são o resultado de uma evolução que levou a uma configuração muito diferente do “legislador negativo” Kelseniano;

C. os Tribunais Constitucionais aparecem como uma expressão do princípio da separação de poderes, como garantia da própria democracia; assim, vários sistemas jurídicos europeus conceberam os respetivos Tribunais Constitucionais como órgãos de origem predominantemente parlamentar e composição sujeita a renovação sucessiva (modelo espanhol).

Examinemos então brevemente estas três questões separadamente e em relação ao Tribunal Constitucional espanhol.

1.

A Constituição espanhola consagra o Tribunal Constitucional como um órgão autónomo, não integrado em qualquer poder do Estado, nem sequer no poder judicial: o legislador constituinte regulou-os em títulos separados — Título VI sobre o Poder Judicial e Título IX, dedicado ao Tribunal Constitucional.

É também um órgão independente, com jurisdição em todo o território nacional, e as suas decisões têm força de caso julgado e firme; as decisões são publicadas no jornal oficial do Estado e têm força *erga omnes* no dia seguinte ao da sua publicação.

Mas o Tribunal só pode atuar a pedido de uma das partes, sujeito, portanto, ao impulso processual das partes; está privado, por isso, de uma ação por sua própria iniciativa, o que é característico de um tribunal judicial ordinário, particularmente no âmbito da jurisdição penal.

Quanto à sua natureza jurídica, porém, é preciso responder a uma questão mais complexa: o Tribunal Constitucional espanhol é uma instituição estritamente jurídica ou, ao contrário, tem uma configuração de natureza política?

Há autores dentro da doutrina constitucional espanhola que argumentam que é um organismo conjunto ou misto, que tem ambas as naturezas, judiciária e política, embora com um aumento perigoso desta última, com referência a uma reforma recente na lei operacional orgânica de 2015 (Lei Orgânica 15/2015, de dezasseis de Outubro), que proporcionou novos instrumentos jurídicos ao Tribunal para assegurar a execução das suas decisões.

O Tribunal Constitucional espanhol, como outros tribunais da mesma natureza, resolve em muitos casos conflitos puramente políticos, em que a problemática criada é também de natureza política, mas o importante é verificar se os critérios utilizados para decidir são jurídicos ou não.

Muito recentemente, teve que decidir sobre várias questões relacionadas com a iniciativa de um número de grupos políticos representados no Parlamento da Catalunha, que defende a secessão desta Comunidade Autónoma do resto da Espanha, com a sua pretensão de criação de um Estado independente.

Nos seus acórdãos 42/2014, de 25 de Março, e 259/2015, de 2 de Dezembro, entre outros, o Tribunal, por unanimidade, proferiu algumas declarações de significado político profundo, mas com uma base jurídica apoiada no texto da Constituição e no princípio da soberania nacional.

O Tribunal Constitucional não é responsável pela defesa política da Constituição, mas pela sua defesa jurídica, tendo em conta o seu valor normativo supremo. O Tribunal Constitucional espanhol chamou-se a si mesmo “o guardião da Constituição”, sujeito a critérios estritamente jurídicos. O artigo 1.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional afirma que este “*está sujeito unicamente à Constituição e à presente Lei Orgânica do Tribunal*”, embora o vínculo jurídico possa ser concebido mais extensamente porque o artigo 9.º, n.º 1, da Constituição estabelece que os poderes públicos estão sujeitos à Constituição e ao restante ordenamento jurídico.

Portanto, as mencionadas disposições limitam a liberdade do Tribunal Constitucional para determinar os critérios utilizados para resolver os conflitos surgidos, com métodos e argumentos jurídicos e sempre presidida pela Constituição. Conclui-se, pois, que pela sua origem, pelo seu papel genérico e pelas suas diretrizes de desempenho, o Tribunal Constitucional é um órgão de natureza jurídica.

2.

As Constituições e as leis que regulam a composição e funcionamento dos Tribunais Constitucionais geralmente incluem uma longa lista de competências que lhes são atribuídas. São funções que se relacionam com problemáticas muito diferentes, dependendo do país, e incluem, além do controlo da constitucionalidade das leis, diferentes tarefas como a análise da regularidade do processo eleitoral, a declaração de inconstitucionalidade de partidos políticos ou a condução do processo criminal contra altos funcionários do Estado.

Apesar desta diversidade, a análise histórica da origem e desenvolvimento do Tribunal Constitucional permitirá a redução da multiplicidade de tarefas a algumas categorias ou funções genéricas. De facto, desde que a Constituição austríaca de 1920 foi aprovada, ao lado das funções tradicionais os diferentes ordenamentos jurídicos do nosso ambiente europeu reconheceram novas funções para os seus tribunais constitucionais, mais ou menos explicitamente: tal é o caso da defesa dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos como último recurso no desenho processual de cada sistema, o que significou um desvio do modelo clássico Kelseniano, que inspirou a criação destas instituições.

Hoje é possível dizer que nenhum dos tribunais constitucionais existentes corresponde inteiramente ao modelo de justiça constitucional “típico” europeu ou concentrado, em oposição ao modelo difuso ou americano. De 1920 até ao presente, os diferentes modelos de Tribunais Constitucionais evoluíram para fórmulas mistas, com características dos dois sistemas. Os modernos Tribunais Constitucionais adotaram do modelo americano a proteção dos direitos individuais em casos específicos e do modelo Kelseniano a defesa e proteção abstrata da ordem constitucional.

Atualmente, alguns ordenamentos jurídicos, como o sistema alemão e o espanhol, têm consagrado o procedimento de amparo para a defesa dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, a partir de recursos interpostos por indivíduos concretos e específicos.

A função da defesa abstrata da ordem constitucional, levada a cabo por alguns dos poderes públicos contra ações de outros ramos do Estado, manifesta-se principalmente no recurso de fiscalização abstrata de constitucionalidade; mas também é possível a formalização de outros processos de resolução de conflitos entre entidades territoriais ou entre os poderes constitucionais do Estado.

Dentro desta secção sobre processos para a defesa da Constituição, poderíamos também incluir os procedimentos de ilegalização de partidos políticos e o controlo do processo eleitoral. Talvez também os processos penais contra altos funcionários do Estado.

No que respeita à Constituição espanhola de 1978, seguindo o modelo europeu, principalmente os das Constituições italiana de 1947 e alemã de 1949, foi previsto que um órgão específico fosse responsável pela fiscalização da constitucionalidade das leis, sendo o *“intérprete supremo da Constituição”*.

Mas também foi configurado com uma natureza mista, permitindo a possibilidade de um recurso de amparo para a proteção dos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos contra a atuação das autoridades públicas. Uma reforma posterior da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, do ano de 2007, introduziu alterações significativas no modelo de recursos, passando de uma configuração subjetiva para outra puramente objetiva, que tem severamente restringido seu âmbito, porque o sistema atual só permite a admissibilidade do recurso quando o objeto da impugnação tenha “especial relevância constitucional”, além da alegada violação dos direitos fundamentais. Esta nova exigência foi definida pelo Tribunal no seu acórdão n.º 155/2009 e pode ser sintetizada em dever o caso ir para além do caso concreto e ter interesse geral.

Por outro lado, no ordenamento constitucional espanhol, a natureza mista das matérias da competência do Tribunal Constitucional também se estende à sua função genuína de controlar a constitucionalidade das leis. Assim, o artigo 161.º da Constituição criou o chamado procedimento da “*cuestión de inconstitucionalidad*” (questão da inconstitucionalidade), pelo qual, num determinado processo, qualquer juiz pode colocar uma dúvida sobre a constitucionalidade de uma norma ao Tribunal Constitucional, quando tenha que aplicar essa norma para a resolução do caso concreto. A decisão tomada nesse processo tem uma dimensão abstrata da constitucionalidade, porque o Tribunal Constitucional deve pronunciar-se sobre uma norma legal mas não sobre uma pretensão individual; ainda assim, tem também uma dimensão concreta, porque a decisão do Tribunal Constitucional vai determinar o curso e o resultado do processo que corre perante o juiz ordinário que levantou a questão.

3.

Finalmente, o terceiro problema que anteriormente destacámos foi se o amplo exercício das suas funções, em particular se o controlo judicial do desempenho das autoridades públicas, representa uma diminuição do princípio democrático.

Para a resolução desta problemática é necessário determinar qual é o nível de legitimidade democrática que têm os Tribunais Constitucionais dos países do nosso ambiente europeu e em que medida é possível conciliar a composição do grupo de juízes com a vontade popular.

São várias as razões para afirmar *ab initio* esta legitimidade democrática:

a. Em primeiro lugar, ao contrário dos altos tribunais da jurisdição ordinária, os membros dos Tribunais Constitucionais são muitas vezes, totalmente ou em grande parte, designados pelos organismos parlamentares.

O que às vezes é chamado de “politização” do Tribunal Constitucional seria, portanto, mais uma vantagem do que um inconveniente, especialmente se a sua origem parlamentar, que assegura uma certa ligação com a vontade popular, está ligada a requisitos eleitorais que impedem o monopólio da nomeação dos membros do Tribunal pela maioria parlamentar do momento e dão melhores garantias de independência dos juízes constitucionais.

b. Por outro lado, também ao contrário da maioria dos tribunais ordinários, o mandato do juiz constitucional é geralmente um mandato limitado no tempo. A consequência é uma renovação contínua e periódica do Tribunal Constitucional que, juntamente com a sua origem parlamentar, impede que os juízes constitucionais se configurem como uma elite profissionalmente definida e separada das crenças e sentimentos da sociedade e em relação ao que significa a democracia constitucional em cada momento.

c. Finalmente, a proibição geral de reeleição dos juízes do Tribunal Constitucional permite a entrada de novos magistrados com conceitos e ideias renovados.

No caso do Tribunal Constitucional espanhol, os seus 12 membros são eleitos sucessivamente em grupos de quatro, a cada três anos, pelos três poderes do Estado: os eleitos pelo poder legislativo são o conjunto mais numeroso (oito membros), por maioria de 3/5; os outros dois poderes designam os quatro restantes (2 pelo executivo e 2 pelo judicial). O mandato dos seus membros é de 9 anos, não sendo renovável no período subsequente. Presidente e vice-presidente são eleitos por um período de 3 anos pelos magistrados; tradicionalmente, os dirigentes do Tribunal pertencem ao grupo de 4 juízes que estão no último terço do seu mandato.

Consequentemente, a legitimidade democrática dos Tribunais Constitucionais, também do Tribunal espanhol, é determinada pelo procedimento de seleção dos juízes que o compõem e pelo tempo de duração do seu mandato. Além disso, o seu âmbito jurisdicional é muito delimitado pelo ordenamento jurídico — o seu papel é simplesmente ser o intérprete supremo da Constituição e o último garante dos direitos fundamentais.

*

Nos 37 anos da sua ainda jovem história, o Tribunal Constitucional espanhol teve e tem de enfrentar grandes desafios. Talvez as duas mais importantes questões para o Estado de Direito:

- por um lado, a consolidação da democracia e a defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos, no seu conjunto e individualmente;
- por outro lado, a coesão e equilíbrio entre os diferentes poderes constitucionais e entre os diferentes níveis de governo num Estado composto como o espanhol, caracterizado pela concorrência de três administrações que, em algumas competências, exercem o seu poder sobre a mesma matéria (por exemplo: meio ambiente ou planeamento urbano).

Também não podemos esquecer outras questões igualmente relevantes, tais como a proteção do princípio da soberania nacional e a defesa da integridade territorial do Estado.

Obrigado pela vossa atenção e interesse.