

O MODELO PORTUGUÊS DE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. ANÁLISE CRÍTICA

Por MARIA LÚCIA AMARAL*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.—1. MODELO KELSENIANO E MODELO AMERICANO DE *JUDICIAL REVIEW*. O ESSENCIAL E O ACESSÓRIO DA DISTINÇÃO.—2. AS RAZÕES DE KELSEN.—3. RAZÃO TEÓRICA E RAZÕES PRÁTICAS NO PRINCÍPIO KELSENIANO DA SEPARAÇÃO (SERÁ O MODELO PORTUGUÊS DE CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ASSIM TÃO SINGULAR?).—4. PROBLEMAS DA *JUDICIAL REVIEW* EM PORTUGAL.

ABSTRACT

The author presents a precise review of how the constitutionality of laws is controlled under Portugal's (mixed) model. She bases her review on the current state of constitutional law within Europe as a whole. Portugal's model has managed to iron out differences that used to be irreconcilable. Its system is theoretically closer to the common-law concept of judicial review, which in practice can lead to complications as Portugal's legal structures rest upon a culture of civil law. She thus questions Kelsen's assumptions and the principles underlying the concentrated classical model that is almost unanimously adopted by all the internal regulations of the EU member States.

Key words: Constitutional justice, constitutional court, judicial review model, Kelsenian model, mixed Portuguese model.

RESUMEN

La autora nos presenta una revisión precisa, a partir del estado actual de la justicia constitucional en el ámbito europeo, de la función de control de la constitucionalidad de las leyes en el modelo (mixto) particular de Portugal. Modelo que tiende a matizar las diferencias, otrora irreconcilables, con un sistema teóricamente más apegado al anglosajón (*judicial review*) pero que en la práctica denota complicaciones ante las estructuras propias, de Portugal, de la cultura del *civil law*. Por tanto, se pone en tela de juicio la tesis de Kelsen y los principios que fundamentan al clásico modelo concentrado, adoptado casi por unanimidad por todos los ordenamientos internos de los países miembros de la UE.

Palabras clave: Justicia constitucional, Tribunal constitucional, modelo de *judicial review*, modelo kelseniano, modelo mixto portugués.

* Profesora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

INTRODUÇÃO

Mais de metade dos vinte e cinco Estados que compõem a União Europeia contam, hoje, com a actuação de Tribunais Constitucionais ou de instituições que lhe sejam similares. Na República Federal da Alemanha, o Bundesverfassungsgericht exerce funções de controlo da constitucionalidade de normas desde inícios da década de 50¹; em Itália, a Corte Costituzionale, prevista pelo artigo 134^o da Constituição de 1947, exerce competências similares desde 1956²; em Espanha, o Tribunal Constitucional, instituído pela Constituição de 1978 (artigo 159^o), celebra agora mais de duas décadas de jurisprudência³. No Luxemburgo existe uma Cour Constitutionnelle (artigo 95^o da Constituição), na Bélgica uma Cour d'Arbitrage (artigo 142 da Constituição), em França um Conseil Constitutionnel (artigo 56^o da Constituição) e na Áustria (artigo 137 da Constituição) um Verfassungsgericht. Entre os dez novos países que recentemente aderiram à UE — Chipre, Eslováquia, Eslovénia, Estónia, Hungria, Letónia, Lituânia, Malta, Polónia e República Checa — só a Estónia confiou ao Supremo Tribunal (e não a um tribunal especializado com a designação de constitucional) a função última de controlo de constitucionalidade das leis e de outros actos normativos⁴.

Nos restantes Estados membros a situação é variável. Enquanto a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia optaram pelo modelo americano da judicial review of laws, atribuindo a todos os tribunais a competência para desaplicar normas legais que sejam contrárias à Constituição⁵, no Reino Unido e na Holanda não existe qualquer forma de controlo de constitucionalidade⁶. Na Grécia o controlo é difuso, realizado por todos os tribunais (artigo 93^o 4 da Constituição), tendo no entanto o Tribunal Superior Especial a competência para resolver os conflitos que surjam nas jurisdições comuns a propósito de questões de constitucionalidade (artigo 100. n^o 1,

¹ KLAUS STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band II, C. H. Beck, München, 1980, pp. 339 e ss.

² GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La Giustizia Costituzionale*, 2^a ed, il Mulino, 1988, pp. 73 e ss.

³ JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, 8^a ed., Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 935 e ss.

⁴ Vejam-se FABIO FEDE, *La giurisdizione costituzionale nelle repubbliche europee della ex Unione Sovietica*, CEDAM, Padova, 2001, p. 58, bem como o *Rapport général, Conférence des Cours Constitutionnelles Européennes*, XIIème Congrès, Bruxelles, Maio de 2002.

⁵ Com, ao que parece, escasso ou inexistente resultado prático: ver V. FERRERES COMELLA, «The European model of constitutional review of legislation», em *I-CON International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 2, n^o 4, 2004, p. 462.

⁶ Artigo 120 da Constituição holandesa: «O juiz não pode julgar da constitucionalidade das leis e dos tratados».

e). Por último, na Irlanda, só dois tribunais superiores da ordem dos tribunais comuns (a High Court e a Supreme Court) têm competência para conhecer e decidir sobre questões relativas à constitucionalidade das leis (artigo 34, 3. 2. da Constituição de 1937).

A verificação deste estado de coisas permite-nos retirar duas conclusões essenciais. Antes do mais, é fácil concluir que a ideia e a prática do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis — aquilo a que por agora, e de forma imprópria porque demasiado genérica, se pode chamar *judicial review of laws* — corresponde a uma realidade quase unanimemente aceite por todos os ordenamentos internos dos Estados membros da UE. Só dois países, a Holanda e o Reino Unido, ignoram a prática deste tipo de controlo, sob qualquer forma que seja⁷. Em segundo lugar, há que notar que o modo de controlo dominante é o concentrado ou Kelseniano, e não o americano de fiscalização difusa por todos os tribunais. Como vimos, mais de metade dos Estados preferiram atribuir o monopólio das funções de *judicial review* a um só tribunal especializado, constituído para além dos tribunais comuns, sendo a opção particularmente impressiva nas novas democracias do Leste e Centro Europeu⁸.

Esta uniformidade de soluções institucionais nacionais convida à reflexão sobre a sua razão de ser, e a reflexão conduz-nos por seu turno a uma situação paradoxal. Aparentemente, o que os dados empíricos nos revelam é que, por algum motivo, as democracias contemporâneas precisam de confiar ao poder judicial a competência para o controlo de validade das suas leis, provenientes dos seus Parlamentos democraticamente legitimados; mas tal sucede sem que se saiba ao certo como é que se justifica afinal semelhante necessidade, ou, pelo menos, sem que se tenha selado com algum conforto a tão antiga controvérsia sobre os fundamen-

⁷ Note-se, no entanto, que tal não signifique que não haja, no caso holandês, algumas *outras formas de controlo*, realizadas por outros motivos que não os de constitucionalidade. Como a Constituição holandesa reconhece a superioridade das normas de direito internacional face às normas do ordenamento interno (inclusive as constitucionais: artigo 91º 3 da Constituição), «as disposições jurídicas em vigor no Reino não são aplicáveis se a sua aplicação não for compatível com disposições dos Tratados» (artigo 94). Visto que este dever de desaplicação não pode deixar de caber ao juiz comum, o estatuto jurídico-constitucional deste último acaba por ser assaz singular: os tribunais holandeses não podem averiguar nem decidir sobre questões de conformidade das leis face à Constituição, mas devem averiguar e decidir sobre questões de conformidade das leis face a normas superiores de direito internacional. Voltaremos ainda ao assunto. Quanto ao Reino Unido, e às consequências decorrentes da aprovação do Human Rights Act de 1999, veja-se V. FERRERES COMELLA, *ob. cit.*, nota 5, p. 462.

⁸ À exceção da Estónia, todas as restantes novas constituições das democracias do Leste e Centro Europeu (mesmo daqueles Estados que não integram a UE) prevêem a instituição de Tribunais Constitucionais. Para mais informações, *supra*, nota 4 e obras aí citadas.

tos da judicial review e o modo da sua conciliação com o princípio democrático. A situação é, por isso, à primeira vista paradoxal. A saúde dos Tribunais Constitucionais parece mais sólida do que nunca, mas continuamos sem saber muito bem como é que ela se pode verdadeiramente explicar⁹. É por isso que os problemas de justificação deste tipo de instituições são agora particularmente actuais. Saber por que razão será válida a sua existência; procurar determinar os princípios e valores que a implicam; tentar encontrar parâmetros que nos permitam medir o grau de adequação das suas formas concretas — eis o que constitui, hoje, uma tarefa intelectual indeclinável¹⁰.

Os problemas de fundamentação da judicial review podem no entanto colocar-se sob duas perspectivas diferentes. Num domínio de indagação estritamente teórico, discutir-se-á a validade do controlo judicial de constitucionalidade independentemente das suas modulações específicas num certo ordenamento jurídico; num outro domínio — chamemos-lhe por agora dogmático — interessará a questão de saber por que motivos alguns direitos positivos escolheram certos modelos de controlo e rejeitaram outros. Argumentar-se-á porventura que esta distinção entre os dois domínios de colocação do problema não é em si mesma correcta, visto que só se poderá discutir a questão sob a perspectiva do «segundo domínio» se já se tiver «resolvido» o primeiro. De acordo com esta ordem de ideias, o problema da justificação da judicial review será por natureza um problema «teórico» e nunca uma dificuldade «dogmática», por dizer respeito a uma busca de fundamentação com lugar exclusivo em planos meta-positivos. Parece ser esta, pelo menos, a tese recentemente defendida por Michel Troper¹¹.

O estudo que se segue não enfrenta nem discute este argumento. A questão teórica ou meta-positiva de saber como é que, racionalmente, se pode conciliar a prática do controlo jurisdicional da validade das leis com o princípio democrático, ou o problema de saber se e como se deverá inferir tal prática dos postulados da superioridade normativa da Constitui-

⁹ J. J. GOMES CANOTILHO, «Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva», em *Perspectivas Constitucionais* (organização Jorge Miranda), vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 876.

¹⁰ MICHEL TROPER, «The logic of justification of judicial review», em *I-CON, International Journal of Constitutional Law* (cit. nota 5), vol. I, nº 1, 2003, pp. 99-121.

¹¹ «It might, of course, be deemed that review is justified only when organized in a certain fashion, but this merely a secondary justification and necessarily presupposes a more fundamental justification. If the institution is unjustifiable, this is so no matter how it is structured». MICHEL TROPER, *ob. cit.*, nota 10, p. 100. Note-se, no entanto, que o autor sublinha que a escolha exclusiva do «primeiro nível» de justificação é a única que corresponde ao tema da sua investigação; de qualquer modo, o problema que o seu artigo coloca é justamente o de saber se, havendo uma prioridade lógica do «primeiro nível» de justificação face ao segundo, este último poderá ser tratado autonomamente.

ção não serão aqui abordados. O nosso propósito é outro. Dado que os elementos há pouco recolhidos demonstram que os direitos nacionais europeus continuam a preferir o modelo Kelseniano — ou de controlo concentrado da constitucionalidade das normas em tribunais especializados — ao modelo americano de controlo difuso por parte de todos os tribunais, resta apurar por que razão tal sucede. A questão tem um evidente interesse para a resolução dos problemas de justificação da judicial review em direito português. Como é sabido, o nosso modelo de controlo não corresponde nem à matriz Kelseniana nem à matriz americana. Ora, a expansão, crescente nas últimas décadas, da forma europeia da justiça constitucional concentrada tornou a «mistura» portuguesa ainda mais isolada, sublinhando portanto a sua notável singularidade. Interessa por isso discutir até que ponto é válida tal singularidade, sendo este o propósito fundamental do trabalho que agora se inicia.

A discussão far-se-á ao longo de três fases. Em primeiro lugar, recordaremos os traços essenciais da distinção entre o modelo Kelseniano e o modelo americano de judicial review; em segundo lugar, procuraremos sumariar as razões fundamentais que sempre foram invocadas para defender a maior adequação do modelo Kelseniano às estruturas e culturas jurídicas da Europa continental, ou dos países de civil law. Ambos os temas são sobejamente conhecidos, e têm sido tratados com abundância na nossa e noutras literaturas. Permanecem no entanto em relação a eles alguns equívocos — ou, *rectius*, alguma confusão entre o que é essencial à distinção e o que lhe é meramente acessório — que o passar do tempo e o alargamento das práticas permitem agora detectar com mais nitidez. Este artigo procurará sublinhar justamente o que é essencial, e não meramente acessório, à distinção, como procurará apenas recordar as razões fundamentais que sempre foram invocadas para sustentar a melhor adequação do modelo Kelseniano às culturas de civil law. De seguida, tentar-se-á recortar o essencial da diferença, ou da singularidade, do modelo «misto» português. O tema tem sido também sobejamente tratado e é sobejamente conhecido. A perspectiva sob a qual ele voltará, aqui, a ser olhado é no entanto peculiar. Explicá-la-emos sob a forma de uma pergunta: sendo certo que as práticas dos modelos de controlo concentrado, dominantes na Europa, acabaram por evoluir para formas que não correspondem hoje à idealização Kelseniana, será assim verdadeiramente tão singular a solução portuguesa? Valerá a pena reabrir o debate, ou pensar sequer em discutir a possibilidade — ou a deseabilidade — de reforma de um sistema que existe e é praticado há quase trinta anos? Tal será a pergunta que ocupará a terceira parte deste artigo.

Chegaremos a final à conclusão segundo a qual o modelo português de judicial review não deixa de mostrar traços paradoxais que convidariam a uma reflexão alargada sobre a sua validade.

1. MODELO KELSENIANO E MODELO AMERICANO DE *JUDICIAL REVIEW*. O ESSENCIAL E O ACESSÓRIO DA DISTINÇÃO

Entre o modelo americano da *judicial review of laws* e o modelo Kelseniano, ou europeu, de fiscalização concentrada num único Tribunal existe uma oposição essencial. A oposição radica em duas formas distintas de responder à questão de saber quem deverá ser o intérprete final da Constituição. A tradição americana, nunca «planeada» ou escolhida como tal pelo direito positivo, estruturou-se em torno do princípio da unidade. De acordo com este princípio, o intérprete final da Constituição deve ser o poder judicial, todo ele, não havendo portanto lugar a qualquer divisão ou separação estrutural entre o juiz de direito comum e o juiz de direito constitucional. Não quer isto dizer — e a questão é bem importante, pelo que a ela voltaremos várias vezes — que o princípio da unidade de juízo conduza à diluição das «matérias» jurídico-constitucionais em matérias de direito comum. A ideia americana de unidade sobre a qual assentou a *judicial review* foi desde o início, e continua ainda a ser, uma ideia estritamente adjectiva. A resolução de questões relativas à interpretação da Constituição — ou o julgamento de «matérias» especificamente jurídico-constitucionais — é (e não pode deixar de ser) para a tradição dos Estados Unidos uma tarefa judicial estruturalmente diversa daquela outra que se cumpre com a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional. Dizendo respeito apenas a juízos de compatibilidade ou de conformidade entre normas de graus hierárquicos diferentes, o que ela obriga é à resolução de uma questão de direito, a ser colocada incidentalmente durante o processo destinado à composição do caso concreto¹². O que sucede, porém, é que esta separação estrutural entre questões de direito constitucional e questões de direito comum — inevitável pela própria «natureza das coisas» — não impede que, sob o ponto de vista adjectivo, o sistema americano decorra de um princípio que postula a indistinção de juízos. O juiz que é competente para resolver a controvérsia do caso concreto — e

¹² Recorde-se, a este propósito, a aparentemente simples fundamentação da função jurisprudencial da *judicial review* que é apresentada pelo *Chief-Justice* Marshall, no célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803): «It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to the particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict to each other, the courts must decide on the operation of each (.). So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law (...) these conflicting rules [*lex superior derogat lex inferiori*] governs the case. This is of the very essence of the judicial duty». *Apud* LAURENCE H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 2ª ed., The Foundation Press, Mineola/New York, 1988, p. 24

para aplicar o direito infraconstitucional — deve também ter competência para julgar a questão de direito que decorre da conformidade, ou não conformidade, entre norma de lei e norma da Constituição.

O modelo Kelseniano assenta, pelo contrário, no princípio da separação. Com efeito, o que se diz na Europa desde Kelsen é basicamente o seguinte: como as questões jurídico-constitucionais são substantivamente diversas das questões de direito comum, a diversidade substantiva terá que ter alguma correspondência na organização dos poderes do Estado. O poder judicial, que deve ter o monopólio da competência de aplicação do direito infraconstitucional, não pode por seu turno exercer quaisquer competências quanto ao julgamento de questões jurídico-constitucionais, devendo a resolução destas últimas ser atribuída, também a título de monopólio, a um poder novo — situado algures entre o legislativo e o jurisdicional — e que é o poder dos Tribunais Constitucionais. Estes são, por isso mesmo, sempre desenhados pelos textos constitucionais como órgãos à parte, quer pela inserção sistemática¹³ quer pelo processo de escolha dos seus membros¹⁴.

Embora as formas adoptadas por cada direito nacional possam variar muito, esta solução europeia, identificada essencialmente por este princípio da separação, é caracterizada por um traço fundamental que está presente em todas as Constituições que, mais ou menos recentemente, instituíram Tribunais Constitucionais. O traço comum encontra-se na figura da questão ou reenvio prejudicial.

¹³ Normalmente, os tribunais constitucionais são previstos em títulos autónomos — ou insertos nas «garantias da Constituição» — e não nos títulos relativos ao poder judicial. É assim, por exemplo, nas Constituições italiana, espanhola, austríaca, francesa, e belga. A Lei Fundamental de Bona constitui, quanto a este ponto, uma excepção: o *Bundesverfassungsgericht* vem consagrado no Título IX, relativo à *Jurisdição*, exemplo que foi recentemente seguido pela Polónia, pela Eslováquia e pela República Checa. A CRP escolheu uma solução intermédia (desde a revisão de 1989), que espelha bem a singularidade de posição do Tribunal Constitucional português face aos restantes órgãos do poder judicial. Voltaremos ao assunto.

¹⁴ Todos os Tribunais Constitucionais são compostos por juízes escolhidos pelos restantes poderes do Estado, com predominância do poder legislativo. É assim em Espanha, onde os doze juízes são nomeados pelo Rei, sob proposta do Congresso, do Senado e do Conselho Geral do Poder Judicial (artigo 159^a da Const.); é ainda assim na Alemanha: os membros do *Bundesverfassungsgericht* são escolhidos quer pelo *Bundestag* quer pelo *Bundesrat*, as duas câmaras do Parlamento federal (artigo 94^o da Const.); continua a ser assim ainda em Itália (artigo 135^o, 1 da Constituição, que atribui ao Presidente da República a competência para a nomeação de um terço dos quinze juízes que integram a *Corte*) e na Áustria (artigo 147^o da Const). As novas constituições dos Estados da Europa central e de Leste parecem seguir uniformemente esta solução. Leiam-se, por exemplo, o art. 147^o, 1, da Constituição da República da Bulgária (1991); o art. 32^o/A, 4 da Constituição da República da Hungria (1990); o art. 84^o, 3, da Constituição da República Checa (1992) ou o art. 33 a 4 da República da Polónia (1992).

Normalmente, os Tribunais Constitucionais exercem tanto um controlo abstracto e principal de normas quanto um controlo concreto e incidental¹⁵. É certo que a regra admite excepções. No Luxemburgo, por exemplo, o Tribunal Constitucional só conhece de questões colocadas em sede de controlo concreto, não prevendo a Constituição qualquer forma de controlo abstracto (artigo 95 ter); e em França, como é demais sabido, o Conseil Constitutionnel — que de resto se comporta como um verdadeiro «Tribunal» — só exerce controlo abstracto, porque preventivo. O Conseil, quando solicitado, intervém no decurso do próprio procedimento legislativo, antes que ocorra a promulgação das normas cuja constitucionalidade se discute¹⁶. Mas à parte estes exemplos — que não podemos obviamente afirmar como sendo únicos — a regra é a da coexistência do controlo abstracto de normas com formas de controlo incidental e concreto.

O modo de organização do controlo concreto varia muito, de país para país. Veremos em breve como. As variações, porém, andam sempre em torno de uma solução uniforme, que decorre justamente do princípio da separação de jurisdições que estrutura o modelo Kelseniano. Dado que este modelo se funda na existência de um duplo monopólio — o do Tribunal Constitucional para julgar questões atinentes a matérias jurídico-constitucionais, e o dos tribunais comuns para julgar questões atinentes a todas as outras matérias — nenhum juiz comum detém competências para julgar da (in)constitucionalidade das normas que se apresta a aplicar ao caso concreto. Por isso, sempre que, num determinado processo, o incidente de inconstitucionalidade se coloca, o juiz a quo suspende a instância e solicita ao Tribunal Constitucional que o resolva. O mecanismo do reenvio prejudicial é assim um meio estruturante de todos os processos de controlo concreto de tipo concentrado ou europeu, não obstante as diversidades de modelação positiva por parte de cada direito nacional. A «essência» do paradigma Kelseniano exprime-se nele, visto que é precisamente o instrumento da suspensão de instância que assegura o cumprimento do princípio da separação: assim, nem os juízes comuns detêm quaisquer competências para decidir em matéria de inconstitucionalidade de normas legais nem o juiz constitucional detém quaisquer competências para decidir em matérias infraconstitucionais, que digam respeito ao modo de composição do caso concreto. O que verdadeiramente separa os dois grandes modelos de justiça constitucional é, pois, uma diferente concepção sobre qual deve ser a função constitucional do juiz comum. Para a visão europeia das coisas, e em relação à interpretação da Constituição, este último — como

¹⁵ Os critérios de distinção entre estas duas formas de controlo são sobejamente conhecidos, pelo que os não retomaremos aqui. Sobre eles, J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2004, pp. 899 e ss.

¹⁶ Entre nós e para maiores desenvolvimentos, BEATRIZ SEGORBE e CLÁUDIA TRABUCO, *O Conselho Constitucional Francês*, Quarteto, Coimbra, 2002.

alguém disse — é visto e tratado mais como se fora um polícia do que como se fora um juiz¹⁷.

A absoluta singularidade do sistema português de fiscalização da constitucionalidade das normas — singularidade absoluta, pelo menos, no contexto cultural que nos interessa, e que é o europeu¹⁸ — decorre do facto de, entre nós, a figura do reenvio prejudicial ter sido substituída pela do recurso para o Tribunal Constitucional. A diferença pode parecer minúscula¹⁹, mas na realidade não o é. O que ela demonstra é que, em Portugal, a judicial review não se estrutura nem em torno do princípio da unidade nem em torno do princípio da separação. A leitura conjunta dos artigos 204º e 221º da CRP prova-o. Por um lado, «[n]os feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados». (artigo 204). O princípio que aqui vai consagrado é, como se sabe, o da unidade, que funda a prática americana do controlo difuso. Mas, por outro lado, e porque «[o] Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (artigo 221) a CRP acaba por consagrar, também, o princípio da separação, que estrutura e dá coerência ao modelo Kelseniano. Normalmente, a coexistência, nos sistema normativo da Constituição, destes dois princípios — coexistência essa explicada por consabidas razões históricas²⁰ — não é vista tanto como uma indecisão mas como uma mistura. O sistema português é único, diz-se, precisamente porque é misturado; e é misturado porque combina na sua estrutura tanto a lógica do controlo difuso quanto a lógica do controlo concentrado²¹.

Como quer que seja, a singularidade da mistura portuguesa torna-nos, no quadro europeu, interessantes porque nos coloca no quadrante mais

¹⁷ VÍCTOR FERRERES COMELLA, *ob. cit.*, nota 5 p. 465. A imagem, se bem que expressiva, não nos parece inteiramente correcta: o poder-dever de *exame quanto à questão da inconstitucionalidade* (e o poder-dever de colocação da correspondente questão prejudicial ao Tribunal Constitucional) fazem parte integrante das funções jurisprudenciais de conhecimento do direito aplicável. Recorde-se a argumentação de Marshall no caso *Marbury vs. Madison*, cit. nota 12.

¹⁸ Sobre esta absoluta singularidade, ver por último o *Relatório da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*, ano de 2002, cita nota 4. p. 16. Não estudámos direitos não europeus, onde porventura se poderão encontrar sistemas similares ao nosso.

¹⁹ O que explicará o pouco interesse que ela tem despertado nas nossas últimas obras sobre *Justiça Constitucional*. Vejam-se FERNANDO ALVES CORREIA, *Direito Constitucional. A Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2001 e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

²⁰ Por todos, JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «O Tribunal Constitucional Português: a sua origem histórica», em *Portugal, o sistema político e constitucional 1974/1987*, org. Mário Baptista Coelho, ed. ICS, Lisboa, 1989, pp. 913 e ss.

²¹ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996, pp. 385 e ss.

próximo do direito norte-americano. Como vimos no início deste artigo, outros direitos nacionais — como os escandinavos — escolheram, porventura antes de nós, adoptar o controlo difuso da *judicial review of laws*. Invariavelmente, porém, tem sido escasso ou nulo o êxito prático desta escolha²². O facto, combinado com a recente consagração, por todas as novas constituições do Leste e Centro Europeu, do modelo kelseniano com reenvio prejudicial, leva a que inevitavelmente se coloque a pergunta. Teria afinal razão Kelsen? A tese que defendeu — e que acabou por ser historicamente vitoriosa — era a da inadequação da prática do controlo difuso às culturas de *civil law*. O princípio da unidade — dizia — só faria sentido e só poderia vir a ter um funcionamento harmonioso em culturas de *common law*. Aliás, sendo ele próprio uma decorrência estrutural da *common law*, dever-se-ia evitar a sua exportação para dentro de sistemas de tradição romano-germânica²³. Perante o que se foi passando ao longo do século XX não se pode deixar de colocar a questão: estaria afinal certa, a tese de Kelsen?

Para nós, portugueses, a pergunta, mais do que inevitável, é de colocação obrigatória. A história pode explicar muito mas não legitima nada. O facto de o sistema misto da CRP ter tido uma evidente razão de ser histórica não é, em si mesmo, algo que esgote ou torne inútil a discussão sobre a sua validade. Portugal não é, por certo, um país de *common law*; no entanto, a *judicial review* tem funcionado entre nós há quase trinta anos — como não aconteceu em nenhum outro lugar de tradição europeia continental. Tem sido bom o seu funcionamento? Teremos nós razões especiais para ser — ao contrário dos outros europeus — quasi-americanos no que toca ao controlo da constitucionalidade das leis? O problema não pode deixar de ser debatido. Afinal, «Let us remember, then, in the first place, that political institutions (however the proposition may be at times ignored) are the work of men; owe their origin and their whole existence

²² Confrontar *supra*, nota 5. O exemplo mais impressionante do «fracasso europeu» da fiscalização difusa encontra-se porém em Itália. Como vimos, entre a aprovação da Constituição, em finais de 1947, e o início de funções da *Corte Costituzionale* (1956) medeou quase um década. O direito transitório italiano previa que, enquanto não fosse instituído o Tribunal Constitucional, todos os juízes deveriam, nos casos concretos, desaplicar leis ordinárias que fossem contrárias à Constituição. Durante quase dez anos não se registaram praticamente decisões judiciais de desaplicação: para os juízes comuns italianos de finais de 1940 e da década de 50, a Constituição surgia como qualquer outra coisa que não uma fonte de direito. Veja-se MAURO CAPPELLETTI, *Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato*, Milano, 1968, pp. 56-7.

²³ Sobre todas estas questões, o mais importante escrito de KELSEN é «La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice Constitutionnelle)», em *Revue de Droit Public et de Science Politique*, XXXV, 1928, pp. 197 e ss., que contém algumas alterações face ao «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», em *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1929, Heft 5, pp. 30 e ss.

to human will. Men did not wake on a summer morning and find them sprung up. Neither do they resemble trees, which, once planted, ‘are ay growing’ while men ‘are sleeping’. In every stage of their existence they are made what they are by human voluntary agency. Like all things, therefore, which are made by men, they may be either well or ill made»²⁴

2. AS RAZÕES DE KELSEN

Por que razão entendia Kelsen que se não deveria importar para a Europa o modelo americano da judicial review? A questão, aludida e trabalhada como poucas outras na literatura europeia de Direito Constitucional²⁵, pode agora ser respondida de forma sintética. Sabe-se hoje, aliás, que nas respostas divulgadas se foram misturando argumentos equívocos e argumentos seguros.

Equívoca foi sempre a ideia, frequentemente repetida, segundo a qual os juízes comuns, na Europa continental, não estariam preparados, pelo seu trajecto de vida e pela sua experiência profissional, para interpretar e aplicar normas de textura aberta e indeterminada como são as normas de uma constituição. O facto — disse-se muitas vezes — obrigaria à nomeação de juízes especiais, com outros trajectos de vida e outras experiências profissionais, capazes da necessária adaptação à tarefa judicial de «aplicação» de um direito de tipo novo. Neste argumento, tantas vezes esgrimido, há que distinguir entre aquilo que pode relevar de estratégias político-pedagógicas, eventualmente adoptadas por agentes políticos em contextos de afirmação de novas ordens constitucionais, e aquilo que pode relevar do debate racional e (digamos assim) «historicamente desinteressado». É evidente que as novas ordens constitucionais que foram nascendo na Europa depois da segunda metade do século XX, ao longo das várias «vagas» de risorgimento do constitucionalismo (1940; 1970; 1990), não podiam deixar de surgir como ordens estranhas a um poder judicial ainda educado na cultura jurídica europeia de 1800. O que ocorreu em Itália entre 1947 e 1958 pode ser bem ilustrativo²⁶. Para uma tradição fundada na codificação e na legalidade (tradição esa que, bem o sabemos, nunca chegou a afectar do mesmo modo o mundo da common law), a

²⁴ JOHN STUART MILL, *Considerations on representative government* [1861], hoje publicado em *On liberty and other essays*, Oxford World’s Classics, Oxford University Press, Oxford/New York, 1991, p. 207. Itálico nosso.

²⁵ Perante o carácter já inabarcável dessa mesma literatura, veja-se — por todas — a bela síntese que é feita por GUSTAVO ZAGREBELSKY, em *La Giustizia Costituzionale*, cit. nota 2, pp. 11-69.

²⁶ *Supra*, nota 22.

interpretação das normas abertas e de natureza principialista das constituições podia bem surgir como tarefa difícil, senão, pelo menos nos primeiros tempos, impossível. O «pouvoir en quelque sorte nul», que fora em geral distribuído aos juízes europeus continentais depois da era oitocentista da codificação, casar-se-ia logicamente mal com o empreendimento das tarefas próprias de interpretação da Constituição, tão necessárias à afirmação da normatividade dos novos ordenamentos. Tudo isto é certo. Mas também é certo que se não pode extrair deste argumento mais do que ele pode dar. É difícil fazer sustentar nele, e só nele, a tese segundo a qual os direitos europeus precisariam em absoluto de uma jurisdição constitucional separada, e especialmente instituída para além da ordem dos tribunais comuns. E isto por razões várias, todas elas, aliás, estritamente interligadas. Primeiro, porque o argumento é antes do mais um argumento de teor essencialmente pedagógico, destinado a valer para os primeiros tempos de vigência das novas Constituições. Depois, porque nada nele nos obriga à suposição — nem sequer a permite — segundo a qual o poder judicial, nos países de matriz europeia continental, seria por estrutura e condição um poder inpeto, ou inadequado, ao exercício das tarefas de interpretação constitucional. Como bem sublinha Francisco Rubio Llorente²⁷, tal suposição esteve sempre, aliás, por demonstrar.

Kelsen nunca partiu dela, nem nunca lhe deu mais relevo do que aquele que o seu carácter marcadamente empírico permitiria que se desse. Não deu nem poderia dar. Para a «Teoria Pura» as constituições deveriam ser — porque o eram logicamente — instrumentos imperativos de distribuição de competências entre os diferentes centros de produção de normas e os diferentes poderes do Estado; mas não eram — nem logicamente deveriam ser — pautas valorativas que contivessem princípios jurídicos indeterminados. Em 1929, o defensor da instituição da Verfassungsgerichtsbarkeit não se cansava de alertar para os «perigos» que ameaçariam a segurança e a previsibilidade do Direito, caso os textos constitucionais, garantidos por Tribunais especializados, viessem a conter conceitos tão indeterminados e princípios jurídicos tão vagos e gerais quanto os de «justiça», «equidade», ou «igualdade»²⁸. O argumento da irredutível especialidade da tarefa de interpretação da Constituição não era (nem podia ser) o argumento kelseniano para a necessidade de instituição de tribunais constitucionais, especializados em razão da matéria. As razões de Kelsen sempre foram outras.

²⁷ Em «Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa», em *La Forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 577.

²⁸ HANS KELSEN, «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit», cit. nota 23, em p. 69.

Como bem recordou, recentemente, Víctor Ferreres Comella²⁹, tais razões decorreram fundamentalmente de uma dupla preocupação. Em primeiro lugar, de uma preocupação de segurança jurídica; depois, da preocupação em assegurar a compatibilidade entre o princípio democrático e a existência de uma jurisdição constitucional. Mas procedamos por partes.

A primeira razão invocada por Kelsen para sustentar a inadequação da prática da judicial review of laws aos direitos de tradição europeia continental era uma razão de segurança jurídica. Apesar do argumento ser bem conhecido vale a pena voltar a olhá-lo com cuidado. Basicamente, o que estava em discussão no início do século XX, na Europa, era o seguinte. Sendo a justiça constitucional (entenda-se: a decorrente da atribuição ao poder judicial da competência de controlo dos actos legislativos do Parlamento) não uma justiça de casos mas uma justiça de normas, como poderia ela funcionar em culturas de civil law, que desconhecem a regra do precedente? Valendo na Europa o princípio da obediência de cada juiz à lei e só à lei³⁰ — e, portanto, a sua não-obeidência à jurisprudência fixada por tribunais superiores — como poderiam evitar-se os riscos de insegurança e incerteza que traria o enxerto, nestes sistemas «legalistas», de práticas de controlo judicial difuso da inconstitucionalidade das normas? Se aceite pelos direitos da Europa, tal controlo cifrar-se-ia no exercício de uma justiça de tipo novo, com efeitos constitutivos no próprio sistema de fontes. As capacidades imagéticas e gráficas da pirâmide kelseniana tornavam a diferença bem explícita. A justiça comum, ao resolver litígios concretos através da aplicação do direito infraconstitucional, operaria apenas ao «nível» de uma das bases inferiores da pirâmide, deixando intocado o seu «nível» normativo intermédio. Mas a justiça constitucional, essa, por implicar juízos sobre a validade ou invalidade de normas, actuaria (constitutivamente) no «nível» intermédio da pirâmide, modificando-a: Ora, como poderia funcionar, sem sistema de precedente, uma actuação jurisprudencial que produzisse efeitos constitutivos (leia-se: modificativos) no próprio sistema de fontes normativas? A resposta de Kelsen era a da concentração. Só um Tribunal, especializado em razão da matéria, deveria ter, em regime de monopólio, a competência para declarar a validade

²⁹ Em «The European model of constitutional review of legislation», citado na nota 5, pp. 465-470

³⁰ Aqui, o termo «lei» significa, também, *constituição* — ou, melhor dito, *lei constitucional*. Não abordaremos por isso no texto um outro *problema*, de algum modo logicamente anterior a este que se discute (e que se prende apenas com a regra do precedente), problema esse que diz respeito ao modo como, na tradição da Europa continental e a partir do início do século XX, a «constituição» passa gradualmente a valer também como «lei [constitucional]» Quanto a esta outra questão — sobre a qual existe agora uma literatura inabarcável — e sobre a influência também exercida por Kelsen na sua resolução, permitimo-nos remeter para o nosso *Responsabilidade do Estado e dever de indemnizar do legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, pp. 305-393.

ou invalidade das normas; só um tribunal, especializado em razão da matéria, poderia actuar constitutivamente no sistema de fontes, alterando-o. A questão da segurança e certeza do Direito — revelado pelo mesmo sistema — estaria assim resolvida.

Restava porém resolver o problema da conciliação entre a actuação de um tal Tribunal e o princípio democrático.

Dado que ao juiz constitucional (e apenas a ele) seriam atribuídas competências próprias para julgar sobre a validade ou invalidade de normas, e, portanto, para agir sobre o sistema de fontes normativas de forma a modificá-lo, as suas funções seriam afinal as de um anti-parlamento, ou de um legislador negativo; e num Estado democrático tais funções teriam que ser especialmente legitimadas. Como justificar, perante a expressão maioritária da soberania popular, que um grupo restrito de pessoas pudessem ter a competência constitucional para invalidar decisões tomadas por um parlamento eleito? A solução encontra-a Kelsen no princípio da legitimação indirecta. Se os membros do tribunais constitucionais não forem juizes como os outros, por a sua nomeação depender de uma escolha política de consenso alargado feita pelos poderes do Estado democraticamente legitimados — em particular, pelo próprio Parlamento — o tal «legislador negativo», ao qual virá a ser atribuída a competência constitucional para alterar o sistema de fontes, acabará por ter ele mesmo uma certa justificação democrática, ainda que mediatizada pela escolha parlamentar³¹.

Como é evidente, estas duas razões de Kelsen farão todo o sentido se se puder manter como inquestionável o pressuposto fundamental de que partem. Há ou não uma distinção cerce entre a «natureza» da justiça constitucional como justiça de normas, tendente a modificar o sistema de fontes, e a «natureza» da justiça comum como justiça dos casos concretos, tendente apenas a «aplicar» aquele mesmo sistema³²? Em última análise, o debate relativo à correcção deste pressuposto abre para um campo vasto, com implicações jurídico-metodológicas que excedem em muito os problemas da judicial review. Não entraremos agora nele. O que nos interes-

³¹ Em «Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit» (cit. *supra*, nota 23), Kelsen indica os requisitos indispensáveis à composição e organização de um Tribunal Constitucional, para que a sua função possa vir a ser cabalmente desempenhada: (i) o tribunal não deve ser muito numeroso; (ii) os seus membros devem ter uma elevada preparação técnica; (iii) os mandatos devem ser longos e não renováveis e, sobretudo (iv) a designação dos juizes deve resultar de um amplo compromisso político, que envolva tanto a maioria quanto a minoria parlamentar. Sobre este ponto, e de modo bem expressivo, JAVIER PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional* (cit. *supra*, nota 3), p. 937.

³² Note-se que, de algum modo, o sistema americano da *judicial review* também parte tendencialmente desta «separação» (cfr. *supra*, nota 12). O que nele não existe é nenhuma decorrência lógica entre a sua verificação no plano substantivo e a necessária organização, no plano adjectivo, de jurisdições separadas.

sa é tão somente a discussão sobre os diferentes modelos de organização da justiça constitucional. Ora, neste contexto, a questão de saber se Kelsen teria ou não razão só poderá ser respondida se se puder também responder a esta outra pergunta: em mais de meio século de práticas, foi ou não foi confirmado, empiricamente, o pressuposto Kelseniano? Ou perguntando de outra forma: o modo de relacionamento dos Tribunais Constitucionais com os tribunais comuns — através, nomeadamente, do uso do instrumento do reenvio prejudicial — veio dar razão às «razões» de Kelsen, que se fundavam todas elas numa ideia de necessária separação entre a justiça [constitucional] de normas e a justiça [comum] de casos? É importante que se equacione a pergunta e se procure obter, para ela, uma resposta. Afinal, só poderemos saber se o modelo «misto» português é verdadeiramente um modelo singular — e só poderemos ajuizar sobre a sua validade — se pudermos também distinguir, nestes campos, entre aquilo que decorre da razão teórica e aquilo que, ao fim e ao cabo, veio a decorrer das (chamemos-lhe assim) razões práticas.

3. RAZÃO TEÓRICA E RAZÕES PRÁTICAS NO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO (SERÁ O MODELO PORTUGUÊS DE CONTROLO DE CONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ASSIM TÃO SINGULAR?)

O modelo kelseniano foi desenhado tendo em linha de conta não uma verificação empírica mas um princípio. Este último, que se apresenta simultaneamente como um princípio lógico e como um princípio deontico, obtém-se através do seguinte raciocínio : dado que (i) julgar sobre a validade de uma norma não é o mesmo que julgar sobre a composição de um caso; e dado que (ii) os juízos sobre a validade das normas têm como efeito alterações imediatas no sistema de fontes, logo (iii) pelas duas razões atrás examinadas — a razão da segurança jurídica e a razão democrática —, nos sistemas europeus de civil law, nem os juízes comuns devem ter competência para decidir sobre a inconstitucionalidade das normas nem os juízes constitucionais devem ter competência para decidir sobre o modo de composição dos casos concretos. Daqui decorre a fórmula da separação: (ia) a jurisdição constitucional e a jurisdição comum devem estar absolutamente separadas; (iia) o método da separação deve ser o do duplo monopólio — só os Tribunais constitucionais decidem sobre questões constitucionais e só os tribunais comuns decidem sobre questões infraconstitucionais; (iia) sempre que, através dos processos de controlo concreto ou incidental de normas, tenha que haver alguma relação entre umas questões e outras, deve adoptar-se o instrumento do reenvio prejudicial. Por este meio cumpre-se o princípio da separação. O juiz comum, que não pode decidir sobre questões de inconstitucionalidade, em vez de

desaplicar, no caso concreto, a norma reputada inconstitucional, suspende a instância e coloca a questão ao Tribunal Constitucional, para que este — e só este — venha a decidir sobre ela.

Como já vimos, o modelo português de controlo da constitucionalidade das normas é, no quadro europeu, um modelo único porque desconhece o instrumento do reenvio prejudicial. Tanto basta para que entre nós (e só entre nós) se não cumpra o princípio da separação. Como, em Portugal, todos os juízes detêm o poder-dever de emitir juízos de inconstitucionalidade (artigo 204º da CRP), nem o Tribunal Constitucional português detém o monopólio das funções de interpretação da Constituição nem os juízes comuns detêm apenas o monopólio da interpretação do direito infraconstitucional. Daqui resulta o carácter singularmente bifronte do nosso juiz constitucional, que é, ao mesmo tempo, juiz dos juízes e juiz do legislador. Juiz dos juízes em processos de fiscalização concreta, em que o Tribunal Constitucional — apesar de ser colocado pela Constituição num lugar que se situa para além dos restantes tribunais³³ — na realidade actua como última instância de recurso das decisões dos demais juízes; e juiz (exclusivo) do legislador³⁴ nos processos de fiscalização abstracta sucessiva e de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, em que o TC, detendo reserva absoluta de jurisdição, cumpre em plenitude a sua função constitucional. A questão toda é, porém, a de saber se nos deve verdadeiramente inquietar esta natureza bifronte. Não restam dúvidas de que ela é, em direito comparado, absolutamente singular. Mas que importância tem o facto?

O facto teria importância, e muita, se fosse empiricamente comprovável a verosimilhança do pressuposto kelseniano. Mas a verdade é que tal verosimilhança não é comprovável por três razões fundamentais. Primeira, porque os juízes comuns (nos direitos que acolhem o princípio da separação) não deixam nem podem deixar de ser juízes da validade de normas legais face a outros parâmetros que não os constitucionais; segunda, porque os juízes comuns, nos mesmos direitos, não deixam nem podem deixar de ser intérpretes autónomos da Constituição; terceira, porque os Tribunais Constitucionais tendem cada vez mais a ser — mesmo nos sistemas que acolhem o princípio da separação — Tribunais que determinam o modo de composição dos casos concretos, por causa da sua crescente função de guarda dos direitos fundamentais. Expliquemo-nos

A formulação do princípio da separação tem uma estrutura dupla. O que ela diz é o seguinte: visto que existe uma diferença radical entre a «natureza» da administração de uma justiça de normas e a «natureza» da

³³ Artigo 209º, nº 1: «Além do Tribunal Constitucional, existem as seguintes categorias de tribunais (...)»

³⁴ Abstemo-nos evidentemente de considerar a função de controlo da constitucionalidade de outras normas que não as constantes de leis.

administração de uma justiça de casos (i:formulação substantiva) então (ii:formulação adjectiva) deve existir uma separação, também radical, entre o Tribunal que administra a primeira e os Tribunais que administram a segunda. Eleger como objecto da discussão o problema da verosimilhança desta dupla fórmula implica não discutir a sua validade. Não está em causa saber se é ou não válida a fórmula contida em i ou a fórmula contida em ii. O que está em causa é apenas a questão de saber se, face à experiência, é ou não verosímil a aplicação prática do princípio.

O primeiro motivo que nos leva a pôr em causa esta verosimilhança prende -se com a crescente importância que tem a vigência de normas de proveniência não nacional na ordem interna dos direitos nacionais dos Estados da Europa. O caso holandês, que atrás mencionámos³⁵, é aqui bem expressivo. Por proibição constitucional expressa, o juiz comum, na Holanda, não pode julgar da inconstitucionalidade das normas, constem elas de leis ou de tratados (artigo 120º da Const.); mas em contrapartida deve julgar da conformidade de todas as normas de direito interno face a normas de direito internacional que as vinculem (artigo 94º). É certo que, na Holanda, não existe nenhum Tribunal Constitucional. Mas também é certo que o «fenómeno» que aqui se regista exprime exemplarmente uma tendência geral: o movimento crescente de «internacionalização» e «europeização» dos direitos estaduais nacionais faz com que, cada vez mais, os seus juízes comuns sejam naturalmente chamados a administrar uma justiça de normas, mesmo que esta não seja a justiça constitucional. A competência de todos os tribunais para a desaplicação de normas de direito interno que sejam contrárias a normas superiores de direito internacional ou de direito comunitário assim o demonstra³⁶. A difusão crescente desta competência tem um significado importante para a questão que nos ocupa. Afinal, por causa do processo histórico de desestatização da produção do Direito, as práticas dos países de civil law tendem a aproximar-se de práticas tradicionais do sistema de common law.

³⁵ *Supra*, nota 7.

³⁶ Este fenómeno crescente é sublinhado por V. FERRERES COMELLA, *ob. cit.*, nota 5, p. 477, que o identifica como sendo a fonte das «pressões externas» a que estão hoje sujeitos os sistemas concentrados de controlo da validade das normas, que inevitavelmente tendem para a descentralização (ou para a prática de uma verdadeira *judicial review of the legislation*) no que diz respeito ao controlo da validade das normas internas face a parâmetros normativos superiores de proveniência não estadual. A mesma tendência é sublinhada pelo Relatório do ano de 2002 da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus (cit. *supra*, nota 4), onde se salienta que, podendo em geral todos os tribunais nacionais averiguar a conformidade de actos internos com força de lei face a normas superiores de proveniência «externa», tal conduz, *de facto*, à generalização da prática de um controlo difuso da validade das normas nacionais (p. 9). Não consideraremos aqui a solução dada a este problema pelo direito português.

Esta mesma aproximação é aliás verificável num outro domínio, situado desta vez no próprio coração do modo de funcionamento do «paradigma» kelseniano.

Dissemos acima que o instrumento do reenvio prejudicial — reconhecido por todos os direitos dos Estados da Europa que instituíram Tribunais Constitucionais, à excepção do nosso — surge naturalmente como um corolário do princípio da separação. Nos processos de controlo concreto, a suspensão da instância por parte do juiz a quo e a consequente devolução da questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional faz, dissemos ainda, com que se cumpra o monopólio deste último quanto à emissão de juízos de (in) constitucionalidade. A afirmação, porém, só em parte é verdadeira: a própria decisão de suspensão da instância não pode deixar de atribuir, ao juiz que a profere, algum poder de apreciação da constitucionalidade das normas.

Tal como todas as restantes formas de justiça constitucional, também a modelação positiva do reenvio prejudicial pode variar muito, de país para país. Há casos, por exemplo, em que o poder de suspensão da instância e de consequente devolução da questão da inconstitucionalidade ao Tribunal Constitucional só é conferido aos tribunais superiores e outros, em que é conferido a todos os tribunais; ou casos em que a decisão do reenvio só pode ser tomada ex officio pelo juiz e outros, em que pode ser desencadeada a pedido das partes³⁷. Mas a mais importante diferença — importante pelo menos para a questão que nos ocupa — diz respeito à obrigação, por parte da jurisdição a quo, de proceder ao reenvio prejudicial. Em que circunstâncias deve o juiz comum decidir a suspensão da instância, colocando ao Tribunal Constitucional a questão prévia relativa à inconstitucionalidade da norma que se apresta a aplicar ao caso em julgamento? Só quando haja, da sua parte, uma convicção fundada quanto à inconstitucionalidade da norma (ou, o que é o mesmo, uma convicção fundada quanto à impossibilidade de a interpretar em conformidade com a Constituição), ou assim que ocorra qualquer dúvida, por menor ou menos fundada que seja, suscitada pelas partes no processo ou pensada apenas por ele próprio? Compreende-se bem a importância que pode ter a resposta a esta pergunta. Nos direitos que optam pela segunda possibilidade — ou seja, que acolhem um modelo de obrigação forte de reenvio prejudicial — o monopólio do controlo da constitucionalidade das normas por parte do Tribunal Constitucional é logicamente muito mais intenso do que naqueles que optam pela primeira. Significa isto, portanto, que esse mesmo «monopólio» — e, portanto, a própria essência do princípio da separação — não é afinal um quid estático ou disjuntivo (avaliável em

³⁷ Para mais informações quanto a estas diferenças, veja-se o relatório cit. na nota 4, p. 16.

termos de sim ou não) mas antes uma realidade gradativa, que variará de intensidade de acordo com o regime de fundamentação que for aplicável ao reenvio prejudicial³⁸. Dizer isto é o mesmo que dizer que a «fórmula da separação», quando entendida na sua pureza, é de aplicação inverosímil: basta que haja controlo concreto, ainda que com reenvio prejudicial, para que qualquer juiz comum tenha sempre algum poder de apreciação relativamente à questão da inconstitucionalidade. A ideia da «concentração pura» deste poder no Tribunal Constitucional corresponde portanto ao domínio da ficção. Os diferentes direitos nacionais serão mais ou menos «generosos» quanto à amplitude de poder que conferem ao juiz comum; mas nunca chegam — porque tal é impossível — a eliminá-lo³⁹.

A terceira razão pela qual o princípio da separação revela inverosimilhanças práticas está na existência das chamadas queixas constitucionais.

Não procederemos aqui a um estudo comparado do regime destas queixas, aí onde existem. Tal trabalho deverá ser feito em outro lugar, e a propósito de questões diversas daquelas que agora nos ocupam. O que nos interessa é apenas acentuar o modo pela qual a sua simples existência desmente a possibilidade do cumprimento do segundo postulado do princípio da separação — a saber, aquele que determina que à jurisdição constitucional deve estar sempre vedada uma qualquer forma de administração da justiça de casos.

Em geral, pode definir-se a queixa constitucional como sendo a via de recurso particular, isto é, da titularidade de privados, em princípio subsidiária, dirigida ao Tribunal Constitucional por causa da violação de

³⁸ MIGUEL GALVÃO TELES, «A competência da competência do Tribunal Constitucional», em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, ob. col., Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 113.

³⁹ Será por isso importante estudar com cuidado o direito comparado neste domínio. Entre, por exemplo, a solução alemã — que requer que o juiz *a quo* formule e fundamente o seu próprio juízo de inconstitucionalidade, sem o que a questão prejudicial não será aceite pelo *Bundesverfassungsgericht* — a solução espanhola — que requer que o juiz *a quo* formule o seu juízo de dúvida — e a solução italiana — que se limita a exigir que o juiz *a quo* formule apenas a não manifesta desrazoabilidade da dúvida sobre a inconstitucionalidade das normas — existem diferenças que devem ser conhecidas, porque delas depende o modo pelo qual, em cada direito positivo, se processa a partilha de competências (quanto à apreciação da inconstitucionalidade) entre Tribunal Constitucional e tribunais comuns. Quanto mais forte for, para estes últimos, a obrigação do reenvio prejudicial, e mais fraco o dever de fundamentação da questão da inconstitucionalidade, maior será o monopólio do Tribunal Constitucional; inversamente, quanto mais fraca for a obrigação do reenvio — e mais forte o dever de fundamentação — menor o dito monopólio. Quanto a este ponto, veja-se o relatório da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cit. nota 4, p. 19, e MIGUEL GALVÃO TELES, *ob. e loc. cit.*, nota 39. Questão diferente desta, e que retomaremos em breve, é a de saber como é que esta «paleta» de possibilidades se repercute na influência que poderão ter as partes no processo *a quo*, quanto à decisão de proceder, ou não, ao reenvio.

direitos fundamentais e interposta contra actos do Estado em princípio de carácter individual, sejam eles actos administrativos ou sentenças judiciais. Quando, no decurso de um pedido concreto ou de um litígio concreto, um particular se sentir lesado — quer por decisão da Administração quer por sentença judicial — no exercício de um direito seu que seja fundamental, pode expor a questão ao juiz constitucional, que estará assim habilitado a submeter o acto contestado a um controlo de constitucionalidade⁴⁰. Ao contrário do reenvio prejudicial — que pode ou não vir a ser admitido pelo juiz constitucional, de acordo com o regime legal que valer para a sua fundamentação —, a queixa constitucional não desencadeia só por si o processo de controlo. A sua interposição corresponde apenas a um pedido que é dirigido ao Tribunal, que fica assim habilitado a iniciar, caso entenda, o referido processo⁴¹.

O regime destas queixas poder ser muito variado, quer quanto aos fundamentos — ou seja, quanto aos direitos cuja violação pode ser alegada⁴² — quer quanto ao objecto. Normalmente, este último restringe-se, como já se disse, a actos concretos, sejam eles decisões administrativas ou sentenças judiciais; casos há, porém, em que se prevê a possibilidade de interposição de queixas directamente contra actos legislativos⁴³. Ora, nos casos dominantes, em que a queixa tem por objecto um acto concreto, é inevitável que o juiz constitucional, ao examinar a sua pretensa inconstitucionalidade, acabe por ter em conta quer os factos que envolveram o litígio quer o modo pelo qual, relativamente a eles, foi interpretada pela instância recorrida uma norma infraconstitucional⁴⁴. A separação cerce entre a justiça das normas e a justiça dos casos — e a repartição rígida de competências para a sua administração entre jurisdição constitucional e jurisdição comum — torna-se também, por este via, de aplicação inverosímil. Basta que se reconheça que aos Tribunais Constitucionais compete uma especial função de guarda do cumprimento das normas de direitos

⁴⁰ Retirámos esta definição (que parece ser obtida por depuração de todas as diferenças existentes entre os direitos nacionais) do Relatório da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cit. nota 4, p. 27.

⁴¹ *Ibidem*, p. 12.

⁴² E que podem, ou constar de um elenco expressamente identificado (artigos 53º. 2 e 161, b) da Constituição espanhola) ou, por não serem taxativamente enumerados, corresponder ao conjunto de todos os direitos fundamentais — pelo menos em sentido *formal*. Note-se no entanto que sempre que os textos constitucionais consagrarem o *direito ao livre desenvolvimento da personalidade* (entendido como *liberdade geral de actuação*) tornar-se-á praticamente impossível *fechar* o elenco daqueles direitos cuja violação poderá ser alegada em queixa.

⁴³ Como sucede na Alemanha, nos termos do § 95 (3) da Lei sobre o Tribunal Constitucional (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

⁴⁴ Sublinhando precisamente este ponto, veja-se o Relatório da Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, cit. nota 4 p. 29-30.

fundamentais, e que por isso se admita a existência de queixas dos cidadãos contra actos estaduais concretos que os lesem, para que a justiça que é administrada por aqueles Tribunais se transforme inevitavelmente numa espécie de mistura de justiça de casos e justiça de normas.

4. PROBLEMAS DA *JUDICIAL REVIEW* EM PORTUGAL

Que importância pode então ter o facto de, em Portugal, se não seguir, quanto à organização da justiça constitucional, nem o princípio da unidade nem o princípio da separação? À primeira vista, nenhuma. Acabámos de ver que o paradigma kelseniano é, na sua inteireza, inaplicável; que as práticas têm demonstrado que a sua tradução histórica o tornou inverosímil; que, ao fim e ao cabo, aquilo que Kelsen mais pretendia evitar — e que era a irrupção, digamos assim, não planeada, de modos de proceder próprios da common law em culturas de civil law — acabou malgré tout por acontecer. Que inquietação nos deve então merecer a nossa condição? Afinal, nós, portugueses, com aquela possibilidade de «planeamento» que o nosso próprio espaço histórico nos concedeu, acabámos por delinear um sistema de justiça constitucional que, sendo europeu, é só um pouco mais americano do que os outros sistemas europeus. O facto não merece à primeira vista qualquer inquietação.

Há, no entanto, no modo pelo qual nós praticamos há quase trinta anos um sistema de quasi- *judicial review*, certos aspectos problemáticos que não devem passar despercebidos. Não é razoável que os ignoremos.

O primeiro problema está aqui. Nós, que em sistema somos quasi americanos, comportamo-nos na prática como os mais ferozes epígonos da tradição de civil law. Invertemos a situação: enquanto no resto da Europa se procurou consagrar um modelo teoricamente adequado às estruturas próprias da cultura jurídica do continente, e se reconheceu depois a sua aproximação gradual a modos de proceder típicos da common law, em Portugal adoptou-se um sistema teoricamente mais adequado ao mundo anglo-saxónico, sem que tal implique o reconhecimento e a assunção das suas consequências práticas. A nossa dificuldade em aceitar a função inevitavelmente conformadora da jurisprudência constitucional demonstra-o.

Uma das razões pelas quais a existência de uma qualquer forma de justiça constitucional — seja qual for o seu modo concreto de organização — implica sempre a aproximação a práticas de common law decorre da importância que, por causa dela, inevitavelmente adquire o *acquis* formado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. É evidente que aí onde existir uma tal jurisdição existirá também um corpus que será composto tanto pelo texto da Constituição quanto pelo acervo da jurisprudência que for interpretando o sentido do enunciado textual. Reconhecer este

modo de aproximação à common law não equivale à aceitação acrítica de um qualquer ilegítimo governo de juizes; equivale, apenas, à aceitação razoável de qualquer coisa semelhante ao que é dito pelo artigo 5º,1 da Lei Orgânica espanhola do Poder Judicial (LOPJ): «A Constituição é a norma suprema do ordenamento jurídico, e vincula todos os Juizes e Tribunais que interpretarão e aplicarão as leis e os regulamentos, conforme a interpretação dos mesmos que resulte das resoluções ditadas pelo Tribunal Constitucional em todo o tipo de processos.» É isto exactamente que se quer dizer, quando se reconhece que a jurisprudência constitucional é — e não pode deixar de ser — especialmente conformadora. Aliás, visto que ela passa a ser parte integrante do corpus constitucional, por quase todo o lado onde existe se vai naturalmente formando, a seu respeito, uma espécie de opinião pública especialmente crítica e vigilante, destinada a assegurar o controlo da sua natural e inevitável evolução.

Em Portugal, porém, textualiza-se a jurisprudência, isto é, procura-se assegurar a sua fixação em norma constitucional escrita. Em vez de se admitir que ela não pode deixar de integrar o corpus constitucional — aceitando-se também que parte desse corpus terá inevitavelmente que ser móvel, evolutivo, sujeito à crítica pública e gradualmente melhorado pelo que se vai aprendendo com experiência dos casos concretos — procede-se à sua rigidificação, integrando-a, por via de revisão, no texto da própria Constituição. Não é que a prática, em si, seja sempre negativa. Podem evidentemente ocorrer casos que provoquem tal incerteza que se recomende que, neles, a autoridade do texto legislativo (particularmente, a autoridade do texto constitucional revisto) empreste suporte à menor autoridade da jurisprudência; mas o que não pode logicamente ocorrer é que tal empréstimo se transforme em sistema. Ora, a história das sucessivas modificações de que têm sido alvo, por exemplo, as normas constitucionais relativas ao direito de asilo (artigo 33º da CRP)⁴⁵, ou relativas às regras de repartição de competências entre Estado e regiões autónomas (artigo 228º, na versão anterior à revisão de 23 de Abril de 2004), torna a suspeita bem legítima: não parece que a decisão de transformar a jurisprudência em norma constitucional escrita seja sempre, entre nós, antecedida de rigoroso exame prévio que comprove a sua absoluta necessidade. O facto — relacionado sobretudo com esse outro que decorre de o nosso modelo de judicial review nos ter transformado («em teoria») nos mais americanos entre todos os europeus — não pode deixar de ser paradoxal.

Mas o sistema português encerra ainda um segundo problema, que diz respeito à sua eficácia quanto a uma adequada protecção dos direitos fun-

⁴⁵ Quanto a este ponto, veja-se PAULA ESCARAMEIA, «Quando o mundo das soberanias se transforma no mundo das pessoas: o Estatuto do Tribunal Penal Internacional e as Constituições nacionais», em *Themis*, ano II, nº 3, 2001, pp. 143-182.

damentais. A questão é, evidentemente, a mais grave de todas; limitámo-nos por enquanto à sua equação.

A principal diferença existente entre os outros sistemas europeus de controlo de constitucionalidade das normas e o nosso está aqui. Nos outros direitos, sempre que há Tribunal Constitucional há também reenvio prejudicial (por parte dos tribunais comuns para aquele último quanto a questões de constitucionalidade); no nosso, há Tribunal Constitucional e recurso, interposto para aquele de decisões jurisdicionais que desaplicam — ou aplicam — normas tidas por inconstitucionais.

Se elegermos como parâmetro de avaliação de cada um destes sistemas a função eficiente, que ambos devem prosseguir, de guarda das normas constitucionais que consagram os direitos das pessoas, a pergunta a formular será naturalmente a seguinte: quem deve deter o poder último de decidir se se coloca ou não, ao Tribunal Constitucional, a questão relativa à [in]constitucionalidade das normas? O juiz ou as partes no processo?

Os sistemas kelsenianos permitem que se alcance uma solução gradativa e maleável para este problema. Sucede com ele o mesmo que sucede com a questão da distribuição de competências entre Tribunal Constitucional e tribunais comuns relativamente à apreciação da constitucionalidade. Em vez de respostas disjuntivas de aut aut, o que se obtém é uma resposta gradativa de et, oferecida uma vez mais pelas diferentes possibilidades de regime do reenvio prejudicial. Por princípio, este instrumento processual tem sempre a virtualidade de atribuir ao juiz (e não às partes no processo) o lugar de dominus da questão da constitucionalidade. Como a decisão de suste, ou não, a instância, e de colocar ou não a questão prévia ao Tribunal Constitucional pertence obviamente ao juiz da causa e só a ele, é sempre o juiz quem permanece (como deve) o senhor último da questão da constitucionalidade. Este «domínio judicial» — chamemos-lhe assim — é a verdadeira âncora do sistema. No entanto, a âncora não tem necessariamente que amarrar o barco com excessiva rigidez: basta que se estabeleça uma obrigação forte de reenvio prejudicial, aliada à possibilidade de as partes argüirem a questão da inconstitucionalidade, para que se alcance uma situação de compromisso — apesar de o juiz não deixar de ser o senhor do reenvio prejudicial reconhece-se a importância que pode ter o interesse da parte na colocação da questão da inconstitucionalidade. O direito italiano é, aliás, bem ilustrativo, quanto ao modo de funcionamento deste compromisso⁴⁶; mas o que ele não permite — por-

⁴⁶ O direito italiano não admite queixas constitucionais; no entanto, aceita que as partes num certo processo *a quo* tenham alguma forma de acesso directo ao Tribunal Constitucional para defesa dos seus direitos justamente por causa do regime do reenvio prejudicial. Como vimos, basta, para que a *Corte Costituzionale* admita conhecer a questão prévia, que o juiz comum sustente a não manifesta desrazoabilidade da dúvida de inconstitucionalidade,

que nenhum sistema de reenvio prejudicial o faz⁴⁷ — é que o domínio do processo seja confiado apenas à parte e ao seu interesse.

Ao invés, o sistema português de recursos permite que tal suceda, residindo aqui a mais importante consequência prática que decorre da sua singularidade. Coloca-se, por isso, a questão de saber se é este o modelo mais adequado para uma eficiente protecção dos direitos fundamentais. Será eficiente uma justiça constitucional que permite que a tutela dos direitos possa vir a depender apenas do modo pelo qual as partes «gerem» os seus interesses no processo? A discussão, cremos, não pode nem deve ser evitada.

dúvida essa que pode ser suscitada pela parte processual que nela tiver interesse: ZAGREBELSKY, *ob. cit.*, nota 2, pp. 202 e ss.

⁴⁷ Mesmo quando existem queixas constitucionais: recorde-se (*supra*, nota 41) que a apresentação da queixa não dá por si mesma início ao processo de controlo mas apenas *habilita* o juiz a fazê-lo.