

**Faculdade de Direito da Universidade Católica- Escola de Lisboa**

**2.º Ciclo de estudos 2012/2013**

**Mestrado Jurídico Forense – Área Civil e Penal**



**UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA | FACULDADE  
DE DIREITO**  
ESCOLA DE LISBOA

# **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**

**Paula Margarida Tavares Falcão**

**Orientador: Professor Doutor Jorge Miranda**

**25 de Março de 2013**

**Faculdade de Direito da Universidade Católica- Escola de Lisboa**

**2.º Ciclo de estudos 2012/2013**

**Mestrado Jurídico Forense – Área Civil e Penal**



**UNIVERSIDADE  
CATÓLICA  
PORTUGUESA** | **FACULDADE  
DE DIREITO**  
ESCOLA DE LISBOA

# **Sistema de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal**

**Paula Margarida Tavares Falcão**

**Orientador: Professor Doutor Jorge Miranda**

**25 de Março de 2013**

*Aos meus Avôs pelos  
princípios e ensinamentos  
que são o fundamento deste  
trabalho.*

<b>MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES .....</b>	<b>4</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS.....</b>	<b>5</b>
<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>6</b>
<b>2. SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>3. O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA EM PORTUGAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....</b>	<b>13</b>
<b>4. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA ACTUAL.....</b>	<b>20</b>
<b>5. PRESSUPOSTOS DO RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>25</b>
5.1. O OBJECTO.....	25
5.2. LEGITIMIDADE PARA RECORRER.....	30
<b>6. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDADE.....</b>	<b>33</b>
6.1. DAS DECISÕES POSITIVAS DE INCONSTITUCIONALIDADE – 280.º N.º1 ALÍNEA A) , N.º2 B) C) E D) .....	33
6.2. DECISÕES NEGATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDADE .....	34
6.3. DAS DECISÕES NEGATIVAS DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS ANTERIORMENTE CONSIDERADAS INVÁLIDAS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – 280.º N.º5 DA C.R.P. ....	34
<b>7. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO O TRIBUNAL DOS TRIBUNAIS.....</b>	<b>35</b>
<b>8. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA – QUESTÕES CONTROVERSAS.....</b>	<b>41</b>
8.1. O RECURSO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO RECURSO OBRIGATÓRIO OU PELO CONTRÁRIO, MERAMENTE FACULTATIVO .....	42
8.2. RECURSO DE DECISÕES QUE APLIQUEM NORMAS JURIDICAMENTE INEXISTENTES.....	43
8.3. DECISÕES INTERPRETATIVAS .....	45
8.4. EFEITOS DAS DECISÕES .....	48
8.5. DECISÕES SURPRESA.....	50
8.6. QUEM FISCALIZA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	51
8.7. A FISCALIZAÇÃO CONCRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	52
<b>9. APRECIÇÃO CRÍTICA.....</b>	<b>56</b>
<b>10. O RECURSO DE AMPARO .....</b>	<b>58</b>
<b>11. CONCLUSÃO.....</b>	<b>64</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>68</b>

## MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES

As citações ao longo do texto são feitas com indicação do nome do autor pelo qual é conhecido, do título da obra e dos números de páginas para que se remete, aos quais acrescem a edição e os volumes citados.

Na bibliografia final encontram-se todas as obras citadas no texto, indicadas pelo nome do autor, pelo título completo, pela edição e editor, bem como pelo local de edição sempre que conhecido e pelo ano de publicação.

As obras são indicadas por ordem alfabética do último apelido do autor, ou do primeiro autor, no caso de obras colectivas.

As citações de jurisprudência no texto são feitas pela indicação abreviada do tribunal, da data do acórdão. A jurisprudência citada, sem indicação do local, encontra-se disponível em [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

Todas as abreviaturas utilizadas no texto encontram-se devidamente identificadas na lista de abreviaturas.

A Autora escreve segundo a antiga ortografia, sem ter aderido ao Acordo Ortográfico, em vigor em Portugal, à data.

O presente texto contém opiniões estritamente pessoais que, em caso algum, podem ser atribuídas a qualquer instituição com a qual o Autor colabore.

## LISTA DE ABREVIATURAS

**Ac.** – acórdão

**arts./art.** – artigos/artigo

**CEDH** – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

**Cfr./cfr.** – Confrontar

*cit. nota* – Obra citada em nota anterior

**coord.** – Obra coordenada por

**CPC** – Código Processo Civil, 1996 com a redacção actualmente em vigor

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**DL** – Decreto-Lei n.º

*DR* – *Diário da República*

**LOFTC** – Lei da Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional

**págs./pág.** – páginas/página

**Proc.** – Processo

**TEDH** – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

**TC** – Tribunal Constitucional

**V.g.** – Por exemplo

**vol.** – volume

**ss.** - seguintes

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objectivo a realização de uma análise crítica, ainda que sintética, do sistema de fiscalização concreta existente no ordenamento jurídico português, procurando, antes de mais, suscitar a reflexão sobre a justiça constitucional e diligenciar por melhores soluções para o sistema actual. Constitui o presente trabalho o seguimento, de um trabalho anteriormente realizado, de análise do recurso de amparo no direito comparado.

O interesse pelo tema da garantia da constituição surgiu, pela verificação de que, o modelo de fiscalização concreta da constitucionalidade postulado na lei superior do nosso ordenamento jurídico representa, na sua integralidade, uma solução menos óbvia. O modelo português resultou assim, da procura de uma solução compromissória, que conjugasse, tanto as linhas do sistema norte-americano, como as linhas do sistema europeu continental, com uma elevada influência histórica do modelo de justiça constitucional brasileira, ressaltando, a inexistência em Portugal de uma justiça de direitos fundamentais, que tem presença em diversos ordenamentos jurídicos, como Alemanha, Espanha, Brasil, Estados Unidos da América, Cabo Verde.

A Constituição, enquanto lei fundamental de um Estado, e base de um ordenamento jurídico, para que tenha uma aplicação efectiva tem de ser acompanhada por um sistema de garantias da Constituição, tendo o sistema de fiscalização judicial da Constituição o papel principal, e mais relevante no controlo do cumprimento da lei fundamental.<sup>1</sup>

A garantia da Constituição representa a concretização, no sistema jurídico, do Estado de Direito Democrático, plasmado nos artigos 2.º e 3.º n.º 3 da Constituição da República Portuguesa (doravante, designada por C.R.P.), e a integridade da própria Constituição.

A legitimidade da justiça constitucional advém do próprio ideal de democracia e de estado de direito, configurando uma concretização dos mesmos, dado que a democracia representa o governo da maioria e da soberania popular, e o Estado de direito a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, « *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Garantias da constituição* », Almedina, Coimbra, 7ª Edição, págs. 887 e 888.

controle jurisdicional do poder estatal, não só para protecção da maioria, mas também, e principalmente, para protecção dos direitos da minoria.

Hans Kelsen define a Constituição como “o princípio supremo que determina a ordem estatal na sua totalidade”<sup>2</sup> e estabelece que a ordem jurídica é composta por um conjunto de fontes de direito que devem ser estruturadas/ hierarquizadas. Apontando a Constituição como a lei superior de todo e qualquer sistema jurídico, que deve ser respeitada por todas as outras fontes de direito. A ordem jurídica é, assim composta por diversos degraus de direito, regularmente organizados.<sup>3</sup> O que vem, expressamente plasmado, no artigo 3.º n.º3 da nossa Constituição “ A validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer entidades públicas, depende da sua conformidade com a Constituição.”<sup>4</sup> Assim, para que, o respeito pela constituição seja efectivo, deve a mesma prever a existência de mecanismos de garantia e controlo, designadamente um modelo de justiça constitucional.<sup>5</sup>

O modelo de justiça constitucional existente em cada ordenamento jurídico, é hoje em dia apontado como o elemento definidor do constitucionalismo<sup>6</sup>, podendo a justiça constitucional apresentar-se apenas centrada na fiscalização de normas ou, pelo contrário, abrangendo também a fiscalização de actos, proporcionando um modelo mais proteccionista de justiça constitucional e mais próximo dos cidadãos.

Em Portugal a justiça constitucional tem um carácter restritivo, incidindo apenas sobre normas, como resulta claro dos artigos 204.º, 277.º, 280.º, 281.º, e 283.º da C.R.P. Ficando de fora da competência de fiscalização dos tribunais, os actos políticos e executivos, bem como, as próprias decisões dos tribunais, enquanto actos jurisdicionais.

---

<sup>2</sup> KELSEN, HANS, « *Justiça Constitucional – A garantia Jurisdicional da Constituição* », in Revista sub Judice nº 20/21 - 2001, pág. 10 e 11.

<sup>3</sup> KELSEN, HANS, « *Justiça Constitucional – A garantia Jurisdicional da Constituição* », in Revista sub Judice nº 20/21, 2001, pág. 10 e 11.

<sup>4</sup> Constituição da República Portuguesa, Artigo 3.º n.º3.

<sup>5</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013 págs. 11 e 50 a 54.

<sup>6</sup> Cfr. CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, « *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Garantias da Constituição* », Almedina, Coimbra, 7ª Edição, pág.892.

## 2. SISTEMAS DE FISCALIZAÇÃO

É, na Inglaterra no século XVII, que surgem os primeiros casos, de invocação da Constituição enquanto elemento interpretativo e limitativo da actuação legislativa. Naturalmente, dada a história constitucional deste país, na medida em que, é a mais antiga e mais rica dos sistemas jurídicos, remontando à Magna Carta de 1215, foi aqui que foram suscitadas pela primeira vez as invalidades constitucionais.

Em 1609, surge o primeiro exemplo de invocação, da necessidade das leis parlamentares respeitarem a Constituição, no caso jurisprudencial do Dr. Bohman. No qual, o juiz Coke, na fundamentação da decisão desenvolve, a sua concepção do valor da Constituição.

Conforme refere Nuno Cunha Rolo, in *A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)*, “O juiz Coke desenvolveu a sua fundamentação no seguinte sentido “Coke considerou o *estatuto real* (aprovado pelo Parlamento inglês e sancionado pelo Rei) contrário ao *Common Law*, pois convertia o *Colégio* num juiz em causa própria, violando, assim, o princípio *nemo iudex in re sua*: «Em muitos casos, o common law controlará as leis do Parlamento e em alguns casos julgará que são totalmente nulas quando estão contra a razão do Direito ou são de impossível cumprimento» (Coke). Ou seja, existem determinadas regras de Direito (*rules of law*) que estão acima das leis do Parlamento, porque pertencem ao âmago enformador do Direito aplicável na Grã-Bretanha: o *Common law*.”<sup>7</sup>

A doutrina desenvolvida pelo juiz Coke surpreendeu o mundo jurídico, no entanto, não teve aplicação prática imediata, na ordem jurídica inglesa, por ordem do rei, que recebeu perder o seu poder. Porém, esta mesma doutrina serviu de inspiração para a oposição da colónia norte-americana, a qual utilizou o mesmo fundamento, para se posicionar contra as leis do Império inglês. E que mais tarde veio a servir de base à elaboração da

---

<sup>7</sup> ROLO, NUNO CUNHA, «*A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)*», publicado em <http://www.verbojuridico.net> Lisboa, pág. 17.

Constituição Americana após a independência em 1787, que afirma no seu artigo 6.º, que a Constituição é a norma fundamental do ordenamento.

É sem dúvida, o caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, que vem marcar definitivamente o início da afirmação da competência efectiva dos tribunais para fiscalizarem a constitucionalidade das leis, e de que a contrariedade à ordem jurídica, ou à constituição, implica a invalidade da lei. Neste caso, o Juiz Marshall afirmou que todo o acto legislativo contrário à constituição é inválido. E que, caberia aos tribunais americanos verificarem a constitucionalidade das leis.<sup>8</sup>

É então, com as revoluções do final do século XVIII, e com as constituições que destas nasceram, nas quais se exprimiam os ideais liberais de legalidade e igualdade, que se começaram a desenvolver as ideias de constitucionalidade, não só como necessidade de garantia da constituição, mas também, como exigência de controlo dos poderes instituídos e de garantia da supremacia da lei. Deste período da história, nasceram dois modelos completamente antagónicos, resultantes de ideologias e concepções políticas diversas, o modelo de fiscalização política e o modelo de fiscalização judicial.

Na Europa, o modelo vigente de garantia da Constituição assentava no controlo político, a competência para a fiscalização era centrada num órgão/organismo político criado para tal. Este modelo, teve origem em França no pós revolução e no clima de desconfiança existente em relação ao poder judicial, atribuindo-se ao poder político e ao legalismo democrático toda a credibilidade. De forma a que, os representantes do povo eleitos democraticamente, eram tidos como os maiores protectores da Constituição e dos direitos. Como tal, em princípio, não produziram leis inconstitucionais e ainda assim, seriam os únicos elementos com legitimidade suficiente, para suscitar a controlo da constitucionalidade da actuação do Estado.

O modelo de fiscalização judicial nasceu com a justiça constitucional inglesa e americana e associada à sempre presente e vincada necessidade de “*chekcs and balances*” entre os diferentes poderes, inerente à cultura anglo-americana, como mecanismo de controlo do poder político e garantia dos direitos dos cidadãos.

---

<sup>8</sup> BOTELHO, CATARINA SANTOS, « *A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* », Almedina Editora, Coimbra, 2010, pág.26.

É, contudo, no século XX, que a verdadeira justiça constitucional e a preocupação com a garantia de direitos fundamentais, bem como o respeito pela lei maior de uma ordem jurídica, surge, na Europa. Num primeiro momento, pela mão de Hans Kelsen, que na sua tese configura o ordenamento jurídico como, uma estrutura em pirâmide, e em que no vértice da mesma, deve estar a Constituição. Sendo que, a garantia da Constituição, teria de ser feita através de um tribunal, e que o mesmo devia ser especializado em questões constitucionais. Nasce assim, o modelo de justiça kelsiano que foi aplicado na Constituição Austríaca de 1920. E, num segundo momento, após a 2ª Guerra Mundial, em que ocorreu a maior difusão e preocupação com as questões dos direitos fundamentais e com a garantia da Constituição, é que surgiram as convenções internacionais dos direitos do homem.

A evolução da justiça constitucional supra referida, levou a que se distinga entre dois modelos de justiça constitucional, o modelo americano (de fiscalização judicial difusa) e modelo europeu-kelsiano (de fiscalização concentrada). Verificando-se nos últimos anos, uma evolução e convergência entre os mesmos.

O sistema americano deriva, na sua razão de ser, da vontade de se estabelecer a supremacia do Poder Judiciário (o denominado “governo dos juízes”) sobre os restantes poderes, particularmente sobre o poder legislativo, o que constitui um acto de confiança nos Juízes. Ao contrário, a *Verfassungsgerichtsbarkeit* kelseniana representa, um acto de desconfiança em relação aos juízes, desenvolvido para salvaguardar o princípio da segurança jurídica e estabelecer a supremacia do Parlamento, posta em sério perigo pela batalha iniciada por amplos sectores do mundo jurídico a favor do controle jurisdicional (difuso) das leis, o que compreendia deixar nas mãos de uma casta judicial, em ampla medida de origem aristocrática e vocação autoritária, um instrumento de extraordinária relevância na vida de um Estado de Direito.<sup>9</sup>

Dentro do modelo de fiscalização judicial, que foi o que vingou, tanto nos Estados Unidos como na Europa, ainda que só a partir do século XX, pode optar-se por uma divisão mais lata, apontando apenas dois modelos, o modelo unitário e o modelo de

---

<sup>9</sup> SEGADO, FRANCISCO FERNANDEZ, « *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional* », in *Revista Derecho Público*, n.º 2, pág. 11, out./nov./dez. 2003.

separação, na esteira do Professor Gomes Canotilho. Ou optar-se por uma abordagem mais repartida, no seguimento do que é ensinado pelo Professor Carlos Blanco de Moraes que considera existirem três modelos.

No entendimento do Professor Gomes Canotilho<sup>10</sup>, o modelo unitário configura-se por uma justiça constitucional em que, cabe a todos os tribunais da ordem jurídica o controlo e fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos, não existindo uma autonomia organizativo-institucional, uma jurisdição constitucional autonomizada da jurisdição comum. Este modelo de justiça constitucional, comumente designado por modelo americano, está directamente ligado aos sistemas de fiscalização difusa, existente nos Estados Unidos, Austrália, Índia, Japão, Brasil, Suíça, Estados Escandinavos.

O modelo de separação, contrariamente ao modelo unitário, é constituído por uma ordem jurídica composta por diversas jurisdições, existindo autonomamente uma justiça especializada em questões constitucionais, com tribunal próprio competente. Este modelo, ao autonomizar a justiça constitucional procura estabelecer e reforçar a especialidade das questões constitucionais. Sendo os países Europeus na sua maioria a adoptar este modelo, nomeadamente, Alemanha, Itália, Áustria, Portugal, Espanha, Bélgica, e alguns estados sul-americanos, como o Chile, Perú e Guatemala. Designando-se, muitas vezes, este modelo por modelo europeu ou kelseniano.

Para Blanco de Moraes, existem actualmente três modelos, todos eles modelos de controlo jurisdicional, o modelo de fiscalização jurisdicional difusa, instituído no sistema americano, inglês e brasileiro, o modelo de fiscalização concentrada austro-germânico, existente na Alemanha, em Itália e em Espanha, e o modelo concentrado Francês por via preventiva.<sup>11</sup>

Já no entendimento do Professor Jorge Miranda<sup>12</sup>, os sistemas de fiscalização podem ser repartidos em essencialmente 3 tipos de modelos:

---

<sup>10</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, « *Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Garantias da Constituição*», Almedina, Coimbra, 7ª Edição, pág. 896.

<sup>11</sup> Cfr. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*», Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 2006, págs. 265 a 305.

<sup>12</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 124 e ss.

- Modelo de fiscalização política – em que a competência para conhecer ou decidir questões de constitucionalidade não está entregue aos tribunais, mas ao poder político – modelo holandês e finlandês.

- Modelo de fiscalização judicial – em que a fiscalização da constitucionalidade normativa é realizada por todos os tribunais, modelo de *judicial review*, no qual não existe, na ordem jurídica, um tribunal constitucional especializado – como exemplos o modelo americano e brasileiro.

- Modelo de fiscalização jurisdicional concentrada – neste modelo o sistema jurídico, integra um tribunal especializado, o tribunal constitucional que é, exclusivamente, competente para conhecer as questões constitucionais, através do mecanismo de reenvio prejudicial – como exemplos o modelo francês, alemão e italiano.

É ainda, distinguido pela doutrina um quarto modelo, o modelo misto de fiscalização, existente em Portugal, embora no entendimento do Professor Jorge Miranda, como no entendimento do Professor Blanco de Moraes, este não deva ser autonomizado, por representar uma aglutinação entre dois grandes modelos de fiscalização. Assim, no modelo de fiscalização misto, a competência para conhecer e decidir as questões constitucionais cabe a todos os tribunais, contudo existe, na ordem jurídica, um tribunal especializado, para o qual cabe recurso das questões de constitucionalidade.

Nos últimos anos, surgiu ainda um sistema de fiscalização interestadual, com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), o qual vem conferir efectividade à Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), criando desta forma, um supra-ordenamento jurídico, através de um sistema próprio, que se baseia na existência de um mecanismo de queixa individual, previsto no artigo 34.º da CEDH, em que aos cidadãos é atribuída legitimidade para propor uma acção junto do TEDH, para defesa de direitos fundamentais. No entanto, as decisões do TEDH não têm força executiva directa, mas apenas declarativa e reparadora, sendo a sua execução dependente da vontade do Estado. À semelhança, da Europa surgiu, o Tribunal Inter-Americano dos Direitos do

Homem, com competência contenciosa na defesa dos direitos fundamentais postulados na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.<sup>13</sup>

### **3. O SISTEMA DE FISCALIZAÇÃO CONCRETA EM PORTUGAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA**

A história da justiça constitucional em Portugal remonta ao início do século XIX, com a Constituição Monárquica de 1822, a Carta Constitucional de 1826 e a Constituição de 1838, em que o modelo de fiscalização encontrado era puramente político, estando o controlo da constitucionalidade atribuído às cortes, fruto dos ideais do parlamentarismo e da desconfiança quanto ao poder judicial, decorrentes da revolução francesa.

Foi, ainda, durante a segunda metade do século XIX, que surgiram as primeiras manifestações doutrinárias que preconizavam a criação de um modelo de fiscalização judicial, como meio de controlo da actividade legislativa do executivo, que há época não estava legitimado pela Constituição para legislar, mas que, ainda assim, legislava, pondo em causa o parlamentarismo e a própria Constituição.

É com a Constituição de 1911, após a proclamação da República, que surge em Portugal o modelo de fiscalização jurisdicional difusa e concreta da constitucionalidade, consagrando o artigo 63.º da Constituição, a fiscalização difusa de leis e diplomas emanados do poder executivo.<sup>14</sup>

A inspiração da Constituição Republicana de 1911 tem um forte marco do modelo judicial americano, de *judicial review*, que foi trazido até ao nosso ordenamento jurídico, por influência da Constituição brasileira de 1891.<sup>15</sup> Tomaram os constituintes de 1911 uma clara opção, no sentido de acabar com o dogma originário do

---

<sup>13</sup> BOTELHO, CATARINA SANTOS, « *A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*», Almedina Editora, Coimbra, 2010, págs. 317 a 322.

<sup>14</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág.156 a 158.

<sup>15</sup> Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911: de 15 de Junho a 25 de Agosto, Lisboa, Assembleia da República, 1986, sessão n.º15, pág.17.

constitucionalismo francês, de que só ao parlamento, como criador legislativo, é que era permitida a fiscalização da legislação.<sup>16</sup>

Implementou-se assim, no ordenamento português, um sistema de fiscalização da constitucionalidade judicial, centrado nos tribunais, ainda que a Constituição continuasse a atribuir ao Congresso competência para garantir a observância da Constituição e das leis.

Os tribunais judiciais portugueses ficaram encarregues da função de garantia da Constituição, através da fiscalização de leis e regulamentos, de acordo com o art.º 63.º do texto da Constituição de 1911. No entanto, esta função só poderia ser desempenhada, quando a questão de invalidade da lei tivesse sido suscitada por uma das partes, que interviesse no processo. Afastando-se a officiosidade do controlo da constitucionalidade, embora tivesse havido no debate constituinte a defesa de uma apreciação *ex officio* da constitucionalidade.<sup>17</sup>

No entanto, apesar da inovação constitucional levada a cabo pelos constituintes de 1911, na prática o sistema de fiscalização da constitucionalidade das leis, não teve qualquer efeito. Demonstrando-se que, apesar da tentativa de quebra do dogma de que, somente ao parlamento é que cabe fiscalizar a lei, por ser o seu único e legítimo criador, mais uma vez, a lei formal não conseguiu gerar uma verdadeira alteração na prática jurídica e judiciária.

Em 1933 surge uma nova Constituição, então, associada ao regime ditatorial do Estado Novo, implantado por Salazar. A Constituição de 1933 vem de certa forma alterar a geometria da justiça constitucional, consagrando um sistema misto de fiscalização da constitucionalidade. Embora o sistema de fiscalização judicial difusa se mantivesse, apenas seria aplicável quanto a questões de inconstitucionalidade material, ficando as

---

<sup>16</sup> CAMARGO, MARGARIDA, DIREITO, WANDA VIANA, ALEXANDRE, CRISTINA V. M., «*Rui Barbosa e a Constituição Republicana Portuguesa de 1911*», in *Anuário Português de Direito Constitucional – volume II*, 2002, Lisboa, Coimbra Editora.

<sup>17</sup> Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911: de 15 de Junho a 25 de Agosto, Lisboa, Assembleia da República, 1986, sessão n.º17, pág.73.

questões de inconstitucionalidade formal ou orgânica, entregues à fiscalização política da Assembleia Nacional.

A principal alteração do regime, foi a atribuição aos tribunais da competência de, oficiosamente, conhecerem da inconstitucionalidade das normas. Dispondo o artigo 123.º da Constituição de 1933, que os tribunais poderiam não aplicar normas que considerassem feridas de inconstitucionalidade.

Quanto ao mecanismo de fiscalização atribuído à Assembleia Nacional, o artigo 122.º da constituição de 1933 conferia-lhe poderes de controlo da constitucionalidade orgânica e formal das leis, resoluções da Assembleia Nacional, decretos-leis, decretos regulamentares e decretos dos ministros do ultramar.

A natureza do regime político existente em Portugal, entre 1933 e 1974, condicionou a actuação dos tribunais no seu papel de fiscalizadores da constitucionalidade das leis, quase inexistindo uma aplicação prática do sistema de fiscalização.

Ao longo, da vigência das Constituições de 1911 e 1933, o modelo de fiscalização difusa foi continuamente, questionado, e dando origem a várias propostas de alteração da lei, para que se consagrasse um sistema de fiscalização concentrado, ou no Supremo Tribunal de Justiça ou num órgão fora da organização dos tribunais judiciais. Não chegando a ser feita qualquer alteração ao modelo existente.

No período pós revolucionário (1974-1976), vigorou o sistema de fiscalização judicial difusa previsto na constituição de 1933 que, no entanto, tinha apenas carácter incidental, o qual, era conjugado com fiscalização política, a título principal, levada a cabo pela Junta de Salvação Nacional e pelo Conselho de Estado<sup>18</sup>, e mais tarde pelo Conselho de Revolução.

O sistema de fiscalização judicial difusa, tal como estava architectado, foi amplamente alterado com a entrada em vigor da Constituição de 1976. As alterações políticas levaram à criação de um sistema excessivamente complexo e antagónico, decorrente da

---

<sup>18</sup> Lei n.º 3/74, de 14-5, artigo 13.º n.º3.

necessidade de atender às diversas vontades políticas que se faziam sentir, após o 25 de Abril.

A nova Constituição procurou consagrar um sistema de fiscalização jurisdicional concentrada embora, mantendo a fiscalização judicial difusa. Ora, o legislador constituinte optou por manter o sistema de fiscalização judicial difusa, decorrente da tradição das Constituições portuguesas, desde 1911. No entanto, atribuiu ao Conselho de Revolução e à Comissão Constitucional, então criada, poderes de fiscalização, tentando desta forma encontrar uma solução que não causasse desconforto político em alguns sectores, e fossem assim mantidos poderes que emergiram com a Revolução.<sup>19</sup>

A atribuição de poderes de fiscalização a um órgão como o Conselho de Revolução revelou, a incerteza que ainda se fazia sentir, na tão recente democracia portuguesa, e fez perpetuar a existência de elementos ditatoriais, na Constituição de 1976, conferindo poderes de *chek's and balances*, a um órgão militar e revolucionário.

O sistema de fiscalização da constitucionalidade estava dividido essencialmente em dois blocos, a fiscalização preventiva, *a priori*, e a fiscalização sucessiva, *a posteriori*.

Na fiscalização preventiva, a competência era atribuída ao Conselho da Revolução, que deveria emitir uma resolução, bem como à Comissão Constitucional, que estava incumbida de emitir um parecer quanto à inconstitucionalidade dos diplomas. Este era o mecanismo de fiscalização principal.

A fiscalização sucessiva, e de natureza incidental, era já da competência dos tribunais judiciais, dizendo esta respeito a normas, e não a diplomas completos. No entanto, à Comissão Constitucional era ainda, atribuída competência para apreciar recursos de decisões judiciais, que aplicassem normas inconstitucionais, uma vez esgotadas todas as instâncias judiciais.

---

<sup>19</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs.166 e ss.

O Conselho da Revolução representava assim, o eixo da fiscalização política do sistema de 1976, com poder de decisão, como “instância concentrada”<sup>20</sup>, sobre a constitucionalidade das normas jurídicas. O Conselho da Revolução, depois de ouvida a Comissão Constitucional, a quem competia a emissão de parecer quanto à questão suscitada, deliberava a inconstitucionalidade das normas.<sup>21</sup>

Após a decisão, e se esta fosse, de declaração da inconstitucionalidade, o diploma era vetado pelo Presidente da República, ou Ministro da República. Só podendo ser readmitido o diploma na ordem jurídica se, tivesse sido emitido, pela Assembleia da República e a mesma, confirmasse por maioria qualificada, de 2/3 dos deputados presentes, a intenção de manter o diploma.<sup>22</sup>

Ao Conselho de Revolução cabia ainda, a competência de decidir da inconstitucionalidade, quando eram suscitadas questões de inconstitucionalidade sucessiva, pela via abstracta, através da iniciativa do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República e dos órgãos regionais. Novamente, a decisão do Conselho era antecedida pelo parecer da Comissão Constitucional. Caso, se confirmasse a inconstitucionalidade, a mesma era declarada inconstitucional com força obrigatória geral.<sup>23</sup>

Por último, o Conselho da Revolução era ainda competente para, proceder à fiscalização da constitucionalidade por omissão, e no seu seguimento de ordenar os órgãos competentes à emissão de medidas legislativas concretizadoras da Constituição.<sup>24</sup>

Apesar do Conselho da Revolução ser o elemento central do poder político decisório, a Comissão Constitucional desempenhou um papel de elevada importância, tornando-se o “primeiro órgão especializado na garantia da constituição”<sup>25</sup>. Embora não sendo um Tribunal Constitucional, dado a sua função estar adstrita apenas a coadjuvar o Conselho

---

<sup>20</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade* », Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 2006, pág.326.

<sup>21</sup> Artigos 277.º, 235.º, 284.º a) da Constituição de 1976.

<sup>22</sup> Artigo 278.º da Constituição de 1976.

<sup>23</sup> Artigo 281.º da Constituição de 1976.

<sup>24</sup> Artigo 279.º da Constituição de 1976.

<sup>25</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 169 e 170.

da Revolução, destacou-se com a emissão de pareceres conseguindo influenciar, em inúmeros casos a decisão do Conselho da Revolução, bem como, por ter sido chamada a resolver, em última instância, recursos de decisões suscitadas no modelo de fiscalização difuso. Permitindo assim, como refere Jorge Miranda, a comunicação entre a fiscalização difusa e concentrada, ao permitir o recurso para a Comissão Constitucional quando, o tribunal que em última instância apreciasse a causa, considerasse inconstitucional qualquer norma aplicável, e a fiscalização concreta e abstracta, dado que, se a Comissão julgasse inconstitucional por três vezes a mesma norma, o Conselho de Revolução podia declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral.<sup>26 27</sup>

A revisão da Constituição em 1982 teve como um dos temas centrais, a reformulação do sistema de fiscalização da constitucionalidade, decorrente das inúmeras críticas então feitas ao sistema vigente, e à necessidade de alteração deste, em virtude de uma evolução natural na democracia portuguesa, com o progressivo afastamento das forças revolucionárias militares.<sup>2829</sup>

É com a revisão de 1982 que é criado um verdadeiro sistema de justiça constitucional no nosso ordenamento jurídico.

As propostas de revisão constitucional, na sua maioria, previam a extinção do Conselho da Revolução, o que implicava uma reestruturação do sistema de fiscalização da constitucionalidade<sup>30</sup>.

Entendeu o legislador, que a melhor forma de reorganizar a justiça constitucional não seria, voltar pura e simplesmente, ao modelo de fiscalização difusa da Constituição de 1911, inspirado no modelo norte-americano. Mas, estabelecer um modelo misto em que, num único sistema se conjugassem, as melhores matrizes dos diferentes sistemas de fiscalização da constitucionalidade. Assim, o modelo português, surge como um modelo

---

<sup>26</sup> ANTUNES, MIGUEL LOBO, «A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional», in *Análise Social*, n.º81-82, 1984, págs. 309 e ss.

<sup>27</sup> MIRANDA, JORGE, « *Comissão constitucional*», in *Verbo*, XIX, pp. 847 e segs. e Miranda, Jorge, « *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 167.

<sup>28</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 170 a 174.

<sup>29</sup> ALMEIDA, LUIS NUNES DE, «*Da politização da justiça à judicialização da política – do Conselho da Revolução ao Tribunal Constitucional*», in *20 anos da Constituição de 1976*, obra colectiva, Coimbra, 2000, págs. 277 .

<sup>30</sup> Cfr. ARAÚJO, ANTÓNIO, « *Construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional* » - in *Revista Análise Social*, vol. xxx (134), 1995 (5.º), págs. 881-946.

único, resultante da aglomeração de diferentes partes do modelo norte-americano da judicial review, do modelo europeu, kelseniano, do modelo francês, e ainda com inspiração na Constituição da Jugoslávia de 1975.<sup>31</sup>

O sistema português apresenta assim, quatro características fundamentais, a conjugação da fiscalização judicial concreta e difusa, com a fiscalização abstracta e concentrada, tendo esta lugar no Tribunal Constitucional, mais ainda, prevê a possibilidade de fiscalização não apenas por acção, mas também por omissão, bem como, o mecanismo de fiscalização preventiva, de inspiração francesa, que abarca o maior número possível de diplomas, integrando a fiscalização de legislação internacional, como acordos e tratados. Não esquecendo, a existência no sistema português, de um instituto que não tem paralelo em nenhum outro sistema jurídico, designadamente o da fiscalização da legalidade das leis, para além do mecanismo de fiscalização da constitucionalidade das normas.

A revisão de 1989 teve como fim, a adequação da Constituição ao funcionamento dos tribunais. Foram assim, revistos os artigos que definiam as funções dos tribunais judiciais e do Tribunal Constitucional, e a sua organização. Entre os quais, extensão das competências do Tribunal Constitucional no contencioso eleitoral e nas questões dos referendos. E ainda, o alargamento do objecto do processo de fiscalização da legalidade das leis, incluindo a violação das leis de valor reforçado. Tendo, por fim, sido criado o recurso para o Plenário do Tribunal Constitucional.

Após a revisão de 1992, que se prendeu com a adesão ao Tratado da União Europeia, a qual não alterou em nada o sistema de fiscalização da constitucionalidade, houve a revisão de 1997. Em 1997 a revisão veio, mais uma vez, incidir em alterações que foram surgindo como necessárias, para o melhor funcionamento do Tribunal Constitucional e afirmação do mesmo, enquanto um tribunal independente. Foram atribuídas novas competências, ligadas a questões dos referendos, e aos processos eleitorais. Foi ainda, alterado o regime de mandato dos juízes, impedindo que este fosse renovável.

---

<sup>31</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio* », Coimbra Editora, Coimbra, 2005, págs. 329 e 330.

As revisões constitucionais de 2001 e 2005 não alteram em nada o sistema de fiscalização da constitucionalidade. Em 2004 houve, duas alterações mas por força do desaparecimento do conceito leis gerais da República.<sup>32</sup>

#### 4. CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA ACTUAL

O sistema português de fiscalização da constitucionalidade pode ser descrito, como um sistema misto e/ou compromissório, como foi referido aquando da introdução ao presente estudo. Ou seja, o sistema português é composto por vários tipos de controlo constitucional, preventivo, sucessivo, difuso e concentrado. No entanto, todos entregues à ordem jurisdicional, tendo sido por completo afastada a hipótese de controlo político, com a constituição de 1982, e o fim do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional.

A Constituição Portuguesa prevê assim, no seu articulado, a existência de quatro mecanismos de fiscalização da constitucionalidade, designadamente:

- a fiscalização preventiva da constitucionalidade (arts. 277.º, 278.º, C.R.P.), em que o Tribunal Constitucional se pronuncia quanto à inconstitucionalidade de determinadas normas jurídicas, antes de as mesmas entrarem em vigor na ordem jurídica;
- a fiscalização sucessiva, concreta (arts. 277.º, e 280.º da C.R.P.), pela qual qualquer tribunal pode julgar ou não quaisquer actos normativos inconstitucionais;
- a fiscalização sucessiva, abstracta (arts. 277.º e 281.º, C.R.P.), através da qual somente o Tribunal Constitucional tem legitimidade processual passiva e o poder de declarar ou não a inconstitucionalidade de certa norma jurídica;
- a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 283.º, C.R.P.), pelo Tribunal Constitucional, que ocorre «em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos»<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 181.

<sup>33</sup> CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, « *Direito, direitos; Tribunal, tribunais, em Portugal - O Sistema Político e Constitucional* », org. por M. Baptista Coelho, 1989, Lisboa, págs. 901 e ss.

Importa neste trabalho, centrar a atenção perante o mecanismo de fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade e da legalidade, previsto no extenso e complexo artigo 280.º da C.R.P..

A suscitação da fiscalização concreta de uma norma surge aquando, no decorrer de uma acção proposta nos tribunais comuns, para defesa de um direito ou interesse de um particular, é suscitada a inconstitucionalidade de uma norma aplicável ao caso concreto. Assim, a questão da inconstitucionalidade apresenta-se como uma questão prejudicial, que dependente da acção principal e que é suscitada incidentalmente num processo relativo a questão diversa.<sup>34</sup> Não existindo no nosso sistema uma acção de inconstitucionalidade, na qual o objecto seja, pura e simplesmente, a avaliação da inconstitucionalidade de normas. Como ensina o Professor Jorge Miranda “A questão de inconstitucionalidade *só pode e só deve* ser conhecida e decidida na medida em que haja umnexo incindível entre ela e a questão principal objecto do processo, entre ela e o feito submetido a julgamento”.<sup>35</sup> Já o Professor Blanco de Moraes, define o processo de fiscalização constitucionalidade, como tendo por objecto uma questão prejudicial heterogénea, desprovida de carácter devolutivo e que emerge a título incidental, no âmbito de um processo principal.<sup>36</sup>

A questão da inconstitucionalidade de uma norma pode ser suscitada pelas partes, ou pode ser conhecida officiosamente pelo tribunal *a quo*. Mas, ao contrário do modelo kelseniano, o modelo português, atribuiu ainda, aos tribunais em geral, o poder de decidir a questão da inconstitucionalidade, afastando os mecanismos de reenvio prejudicial. Como resulta, claro da letra, do artigo 204.º da C.R.P..

Assim, a questão da inconstitucionalidade tem uma natureza processual mista, com uma vertente objectiva, estando o juiz incumbido de decidir qualquer questão de inconstitucionalidade, independentemente da invocação das partes. Ao juiz cabe assim, decidir o direito, e desaplicar as normas que considere inconstitucionais, em cumprimento do princípio *iura novit curia* e do princípio da livre apreciação do

---

<sup>34</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 58 e 251.

<sup>35</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, pág. 244.

<sup>36</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio* », Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.562.

juiz. Este poder de, aplicar ou recusar a aplicação do direito conferido aos juizes, é uma consagração e efectivação do princípio da independência e da irresponsabilidade dos mesmos ( artigo 216.º C.R.P.). Estando o juiz, apenas limitado e vinculado, pela sua subordinação à Constituição (artigos 3.º n.º3 e 204.º da C.R.P.). Contudo, nas decisões negativas de inconstitucionalidade e no recurso, que das mesmas resulta, interposto pelas partes, ressalta a vertente subjectivista do modelo de fiscalização concreta, uma vez que o Tribunal Constitucional fica vinculado ao pedido.<sup>37</sup>

O sistema actual de fiscalização concreta pode ser definido como, um modelo que assenta na fiscalização difusa de base, relativamente à qual, é sobreposto um elemento de concentração, por existência de um tribunal com competência específica, o Tribunal Constitucional, ao qual cabe decidir, em recurso, as questões de natureza jurídico-constitucional, de acordo com o artigo 221.º da C.R.P..

Assim, em primeira mão, a decisão sobre a constitucionalidade de uma norma cabe, obrigatoriamente, aos tribunais judiciais, mas da qual poderá caber recurso para o Tribunal Constitucional, que em última instância decidirá a questão.

Podendo, no seguimento do entendimento do Professor Blanco de Moraes, e do próprio Tribunal Constitucional, considerar-se que a fiscalização concreta da constitucionalidade é um “direito-dever” de todos os tribunais.<sup>3839</sup>

Para que a questão de inconstitucionalidade possa ser conhecida e decidida pelo tribunal, esta tem de ser trazida ao processo antes de esgotado o poder jurisdicional do juiz, quer seja em 1ª ou em 2ª instância. Deste modo, o conhecimento destas questões, só pode ocorrer quando tenham sido invocadas durante o processo. Não podendo as partes suscitar a questão, apenas nas alegações de recurso para o Tribunal Constitucional.

---

<sup>37</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,págs.568 a 571.

MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs.57 e 58.

<sup>38</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.550.

<sup>39</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 169/92 e Acórdão do Tribunal Constitucional. n.º200/98.

O acesso ao Tribunal Constitucional em Portugal é feito através do recurso, e não de uma espécie de reenvio prejudicial.<sup>4041</sup> No entanto, o Tribunal Constitucional não é um tribunal de super-revisão, uma vez que não lhe compete decidir do mérito da causa. Prevalece assim, em Portugal, um sistema cassatório mitigado uma vez que, o Tribunal Constitucional decide definitivamente a questão da constitucionalidade, mas quanto à decisão recorrida apenas a revoga, cabendo ao tribunal “*a quo*” o poder de reformular a mesma.

Ao Tribunal Constitucional só cabe administrar questões de natureza jurídico-constitucional, ficando desta forma impedido de se debruçar sobre a questão de mérito de fundo, de acordo com o artigo 79.º-C da LOFTC (Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional). Limitando-se, a proferir decisões quanto à constitucionalidade das normas, e remetendo para o tribunal *a quo*, o processo para que este, seja agora decidido, tendo em conta a decisão de inconstitucionalidade da norma, mas sem interferir de modo algum, no mérito da causa.<sup>42</sup> Fica também de fora, da competência do Tribunal Constitucional, o conhecimento da matéria de facto do caso concreto, não prevendo a lei, ao contrário dos sistemas alemão, italiano e espanhol, mecanismos de apreciação da matéria de facto e da prova, uma vez que não estamos perante um tribunal de revisão de sentenças.

O Tribunal Constitucional está limitado na sua competência, dada a natureza específica da sua jurisdição, como resulta dos artigos 221.º e 280.º da C.R.P. e do artigo 71.º da LOFTC., não funcionando como um tribunal de revisão de sentença, ainda que apenas quanto à questão de direito. Como explicita Carlos Blanco de Morais, através da letra do Ac. n.º 279/00, “ Não compete (...) ao Tribunal Constitucional sindicar a aplicação de direito infraconstitucional, a menos que tal sindicabilidade seja indispensável para a resolução de uma questão de constitucionalidade suscitada nos autos”.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional. N.º 596/03.

<sup>41</sup> MEDEIROS, RUI, «Anotação ao artigo 280.º da Constituição», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pág.742.

<sup>42</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.574.

<sup>43</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 586 e 587.

Debrucemo-nos então, sobre o artigo, 280.º da C.R.P., que prevê a existência de recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais, sobre a constitucionalidade das normas jurídicas, artigo que, tem de, necessariamente, ser conjugado com o artigo 204.º da C.R.P. e com os artigos 69.º e ss. da LOFTC.

Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos Tribunais Comuns que:

- recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade ou ilegalidade – n.º 1 alínea a) e n.º2 alíneas a), b) e c) do artigo 280.º da C.R.P. e artigo 70.º n.º1, alínea a, c), d), e) f), i)) da LOFTC – Decisões positivas de inconstitucionalidade.

- que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo ou ilegalidade – n.º1 alínea b), e n.º2, alínea d) do artigo 280.º e artigo 70.º n.º1 alínea b) da LOFTC – Decisões negativas de inconstitucionalidade.

- que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional – n.º5 do artigo 280.º e artigo 70.º n.º1 alínea g) e h) da LOFTC– Decisões negativas de inconstitucionalidade relativamente a decisões anteriormente julgadas como positivas.

O Tribunal Constitucional veio ainda admitir, nos Acórdãos ns.º 532/99 e 340/2000, a existência de um recurso atípico e autónomo, que terá como fundamento a violação do caso julgado, por não cumprimento pelo tribunal judicial de uma decisão, do Tribunal Constitucional. Por, nos termos do artigo 2.º da LOFTC, as decisões do Tribunal Constitucional deverem ser respeitadas e terem carácter obrigatório, para todas as entidades públicas e privadas, prevalecendo sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades.<sup>44</sup> Apesar de, não existir no artigo 70.º da LOFTC uma norma que preveja, expressamente, esta modalidade de recurso para o Tribunal Constitucional, este será sempre competente, para conhecer da violação do caso julgado

---

<sup>44</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, pág.280.

uma vez que, esta constitui uma excepção dilatória, nos termos do artigo 494.º alínea i) do C.P.C. e como tal, é de conhecimento officioso.<sup>4546</sup>

## **5. PRESSUPOSTOS DO RECURSO PARA O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **5.1. O Objecto**

Como refere Carlos Lopes do Rego<sup>47</sup>, os pressupostos gerais relativos ao objecto nos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade, podem dividir-se em três traços fundamentais:

1- deve o recurso reportar-se a uma decisão de natureza jurisdicional, proferida por um tribunal, nos termos dos artigos 202.º, 205.º e 209.º da C.R.P., e a decisão deve ser definitiva, ainda que não seja final. Não é admissível por isso recurso de decisões provisórias<sup>4849</sup>.

2 - o recurso tem de ter objecto normativo, devendo incidir sobre normas ou interpretações normativas, relevantes no caso concreto, e não sobre decisões judiciais concretas.<sup>50</sup>

3 - o objecto do recurso de inconstitucionalidade tem de ter natureza instrumental, quanto à decisão da causa. Além de que, a sua apreciação tem de ter utilidade e interesse processual para o julgamento da causa principal.

O objecto do recurso para o Tribunal Constitucional é uma das questões mais discutidas, pela doutrina e pela jurisprudência do próprio Tribunal Constitucional. O que deu origem, a que ao longo dos últimos vinte anos, se formasse uma corrente jurisprudencial que, veio a interpretar o conceito de norma, num sentido mais lato.

---

<sup>45</sup> Cfr. BELEZA, MARIA DOS PRAZERES, «Admissibilidade de um recurso autónomo para o Tribunal Constitucional por violação do caso julgado», in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço, II, Coimbra, 2002.

<sup>46</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, « Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional », Almedina, 2010, pág. 303 a 306.

<sup>47</sup> REGO, CARLOS LOPES, « Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional », Almedina, 2010, págs. 17.

<sup>48</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 151/85, 400/97, 664/97, 442/00, 235/01, 457/07, 427/2012.

<sup>49</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, « Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional », Almedina, 2010, págs. 22 e ss.

<sup>50</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs. 199/88 e 367/94.

Permitindo, deste modo, que o Tribunal Constitucional se possa sobre um maior número de questões, que *ab initio* estariam fora da sua competência. No entanto, não se deve entender que exista um contencioso de decisões, limitando-se a competência do Tribunal Constitucional, efectivamente, à fiscalização de actos normativos, aplicados ou aplicáveis, ao caso concreto, e cuja sua constitucionalidade foi colocada em dúvida pelas partes ou pelo tribunal.<sup>5152</sup>

Mas, para que seja permitido o acesso ao Tribunal constitucional é necessário, que tenha havido uma decisão definitiva e jurisdicional, quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma. Não podendo, o recurso de constitucionalidade ter por base, uma decisão provisória, como seja, a decisão de uma providência cautelar<sup>53</sup>, o despacho de pronúncia<sup>54</sup>, ou despacho de expediente, com carácter meramente informativo ou de advertência da parte para um efeito cominatório<sup>55</sup>. Também assim, o entende o Professor Jorge Miranda, à semelhança do que tem sido a jurisprudência do Tribunal Constitucional. Quando esteja em causa uma norma que diga respeito ao direito ou interesse em causa, não é admissível o recurso para o Tribunal Constitucional, por estarmos perante um juízo de probabilidade, já quando esteja em causa uma norma atinente ao próprio regime da providência cautelar o recurso deve ser admitido.<sup>56</sup>

Apesar de, ser esta a jurisprudência constante do Tribunal Constitucional e a opinião maioritária da doutrina, é imprescindível pensar, no que diz Carlos Lopes do Rego. Não devemos confundir decisões provisórias e decisões precárias. Assim, não faz sentido admitir o recurso de constitucionalidade relativamente a decisões que não admitem recurso ordinário, mas fará sentido ser admitido o recurso, quanto às decisões, ainda que provisórias, que detenham alguma autonomia e produzam efeitos, como é o caso das providências cautelares, que podem até antecipar a decisão da causa principal, e ainda do despacho de pronúncia. Nesta linha, o critério para decidir da admissibilidade do

---

<sup>51</sup> Cfr. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,págs.653.

<sup>52</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 633/2008, 52/2012, 118/2012, 129/2012, 132/2012.

<sup>53</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 442/00, 234/01, 457/07.

<sup>54</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 387/2008 e 95/09.

<sup>55</sup> Vide, Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 221/00, 369/02, e 377/07.

<sup>56</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013,pág.251.

recurso para o Tribunal Constitucional deveria ser o da utilidade da decisão, que se viesse a proferir em recurso.<sup>5758</sup>

Como foi referido, o recurso para o Tribunal Constitucional tem de ter utilidade processual, uma vez que a questão de constitucionalidade é, meramente, instrumental em relação à questão principal da causa. Só revelando utilidade processual, o recurso em que, a aplicação ou desaplicação da norma, dita inconstitucional, constituir efeito directo na questão principal. No sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade de normas, ao contrário do que sucede no sistema de fiscalização abstracta “tudo se reconduz a um «recurso», que, embora limitado à questão de constitucionalidade (ou equiparada), não chega a autonomizar-se inteiramente do processo (civil, criminal, administrativo, etc.), em que se enxerta.<sup>5960</sup>

Já quanto ao objecto *strictu sensu* do recurso de inconstitucionalidade, tem vindo a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional a pronunciar-se, definindo os limites do conhecimento do Tribunal Constitucional e inovando quanto ao que se poderá entender por de norma.

Assim, tem-se entendido que o recurso para o Tribunal Constitucional tanto pode recair sobre normas como sobre interpretações normativas. Devendo entender-se por norma, um conceito, composto por elementos funcionais e formais, no qual, norma será “uma regra ou padrão orientador e regulador de condutas e comportamentos, não se reconduzindo a actos de pura aplicação ou execução, pela administração ou pelos tribunais, de uma regra ou padrão valorativo pré-determinado” e “deve tal regra ou padrão valorativo ter sido estabelecido por acto de um poder normativo público, detendo por isso, natureza heterónoma, ao vincular as pessoas por ele abrangidas independentemente da vontade dos respectivos destinatários”.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, « *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional* », Almedina, 2010, págs. 23 a 25.

<sup>58</sup> Vide Declaração de voto anexa por Maria Fernanda Palma e Paulo Mota Pinto ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º235/01.

<sup>59</sup> CARDOSO DA COSTA, « *A Jurisdição Constitucional em Portugal* », Almedina, 2007, pág. 66.

<sup>60</sup> Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 169/92, 366/96, 463/94, 420/2001, 634/2003 e 687/2004, 200/2012, 577/2012.

<sup>61</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, « *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional* », Almedina, 2010, pág.27.

Neste seguimento, tinha vindo o Tribunal Constitucional a entender, em jurisprudência constante, que não tem competência para conhecer de actos normativos, que não tenham natureza jurídico-pública, como é o caso das convenções colectivas de trabalho.<sup>6263</sup> Contudo, pronunciou-se o Plenário do Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 174/08 no sentido de que as convenções colectivas de trabalho são verdadeiras normas, e como tal podem ser objecto de apreciação pelo Tribunal Constitucional.<sup>6465</sup>

Complementarmente, o Tribunal Constitucional admite a fiscalização de interpretações normativas, tal como vem previsto pelo artigo 80.º n.º3 da LOFTC.<sup>66</sup> Incidindo a fiscalização, na interpretação judicial da norma, ou seja, no sentido em que a norma é tomada, relativamente, ao caso concreto, e não com o sentido genérico e abstracto que lhe é dado pelo preceito legal. O controlo da constitucionalidade realizado sobre uma dada interpretação judicial da norma, aplicada no caso concreto, que é tida por inconstitucional, na medida em que viola princípios ou preceitos constitucionais, é uma extensão clara do conceito de norma.

Como refere, Carlos Lopes do Rego “Ao contrário do que ocorre com a delimitação do conceito “funcional e formal” de “norma”, em que, como se referiu, a jurisprudência constitucional “prescinde” das notas de generalidade e de abstracção – a “interpretação normativa” sindicável pelo Tribunal Constitucional pressupõe uma vocação de generalidade e abstracção na enunciação do “critério normativo” que lhe está subjacente – de modo a autonomizá-lo claramente da pura actividade subsuntiva, ligada irremediavelmente a particularidades específicas do caso concreto.”<sup>6768</sup>

---

<sup>62</sup> Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional ns.º 289/94, 580/2004 e 224/2005.

<sup>63</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*», Coimbra Editora, Coimbra, 2ª edição, 2006 págs.417 e ss.

<sup>64</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*», Almedina, 2010, pág. 31.

<sup>65</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 204 a 206.

<sup>66</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág.193.

<sup>67</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*», Almedina, 2010, págs.32 e 33.

<sup>68</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º Acórdão n.º 353/86, Diário da República, II Série, de 9 de Abril de 1987, 551/01, 238/2012, 282/2012.

No entanto, é necessário ter limites definidos, para que a mesma não resvale numa sindicabilidade do puro acto de julgamento, ou da fundamentação da decisão.<sup>69</sup>

Na linha do que é defendido pelos Professores Gomes Canotilho e Vital Moreira, não é necessário que a norma seja considerada em absoluto inconstitucional, mas podendo levantar-se a dúvida da constitucionalidade quanto a um sentido interpretativo da norma. Também neste sentido, tem vindo o Tribunal Constitucional a decidir, admitindo o recurso, nos termos da alínea a) do artigo 280.º da CRP, em que se impugne uma determinada interpretação da norma que seja contrária à Constituição.<sup>70</sup>

O recurso de inconstitucionalidade de interpretações normativas deverá ser admitido, quando o juízo de inaplicabilidade de uma interpretação inconstitucional se fundar única, ou primacialmente, no princípio da interpretação conforme à Constituição. É preciso, que o tribunal lance mão da interpretação conforme à constituição por ter entendido que, quaisquer outros sentidos possíveis do preceito eram incompatíveis com a constituição, tendo por isso que recusar-lhes aplicação no julgamento do caso.<sup>71</sup>

São ainda princípios do objecto do processo, no recurso de constitucionalidade, o princípio do dispositivo, na vertente de vinculação do pedido, ou seja, a vinculação pelo Tribunal Constitucional ao conhecimento da norma cuja inconstitucionalidade foi suscitada, e o princípio *iura novit curia*. Deste modo, o Tribunal Constitucional só poderá apreciar a constitucionalidade das normas, que constem do requerimento de interposição de recurso, mas é livre de conhecer os fundamentos dessa inconstitucionalidade, não estando, de modo algum, preso aos argumentos, trazidos pelas partes, podendo conhecer livremente a causa de pedir, como resulta, do artigo 79.º - C, da LOFTC.<sup>72</sup>

Cabendo, no entanto, ao recorrente interpor o recurso de forma adequada, indicando em que alínea do artigo 70.º da LOFTC se insere a sua pretensão, não podendo tal ser decidido ou convolado pelo Tribunal Constitucional.<sup>73</sup>

---

<sup>69</sup> Vide acórdãos do tribunal Constitucional n.ºs 224/2012, 230/2012.

<sup>70</sup> Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 336/95 e 238/94.

<sup>71</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, « *A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei* », Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, pág.331.

<sup>72</sup> Vide Acórdão Tribunal Constitucional n.º 107/2011.

<sup>73</sup> Acórdão do Tribunal Constitucional n.ºs 77/2000, 631/2007 e 420/2008, 148/2012.

Paralelamente, o Tribunal Constitucional está apenas habilitado para conhecer do direito, e dentro do direito de questões de natureza jurídico-constitucional, como ressalta dos artigos 221.º e 280.º n.º6 da C.R.P. e artigos 71.º e 79.º-C da LOFTC. Contudo, excepcionalmente, o Tribunal Constitucional poderá ainda, interpretar o direito infraconstitucional, se esta interpretação for essencial para a decisão da constitucionalidade. Ainda assim, a “ faculdade interpretativa não pode significar a formulação de juízos sobre o fundo da causa com efeitos revogatórios sobre os que foram produzidos pelas instâncias mas sim, a realização de operações hermenêuticas incidentes sobre o direito aplicável à questão de mérito julgada no processo principal”<sup>74</sup>

## 5.2.Legitimidade para Recorrer

A legitimidade para recorrer para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais *a quo*, vem prevista no artigo 72.º da LOFTC e é atribuída às partes e ao Ministério Público. Todavia, tem sido, também, reconhecida legitimidade para recorrer a terceiros que tenham sido, directa e efectivamente, prejudicados pela decisão.<sup>75</sup>

Ao Ministério Público é atribuída legitimidade para interpor recurso nos casos das decisões negativas de inconstitucionalidade se, tiver tido intervenção principal no processo-base<sup>76</sup> e tiver sido suscitado no processo adequadamente a questão da inconstitucionalidade ou de ilegalidade. Ou seja, relativamente aos processos em que as partes tenham suscitado a inconstitucionalidade ou ilegalidade da norma, de acordo com o n.º 2 do artigo 72.º da LOFTC.<sup>77</sup> Bem como, nos processos em que tenha sido o tribunal oficiosamente a conhecer da inconstitucionalidade e a recusar a aplicação da norma.

Compete, ainda, ao Ministério Público, derivado do seu papel de protector da legalidade e de garante da Constituição, o recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional,

---

Cfr. MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 262.

<sup>74</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,pág. 589.

<sup>75</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,pág. 638.

<sup>76</sup> Não é admitido o recurso se o Ministério Público tiver apenas intervindo como parte acessória, nos casos de processo de trabalho e processo administrativo.

<sup>77</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional* », Almedina, 2010, págs. 174 e 175.

quando o tribunal *a quo* aplique norma anteriormente considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, ou no caso de decisão positiva de inconstitucionalidade, a norma que se desaplique, pertença a normas de convenções internacionais, acto legislativo, ou regulamentos aprovados por decreto regulamentar, nos termos do artigo 72.º n.º3 da LOFTC.

A obrigatoriedade destes recursos é afastada, pelo n.º4 do mesmo artigo quando, a questão de inconstitucionalidade tenha já sido apreciada pelo Tribunal Constitucional, e a decisão do tribunal *a quo* seja conforme orientação de jurisprudência constante do Tribunal Constitucional.

Nas palavras do Professor Blanco de Moraes, o Ministério Público não dispõe de autonomia processual, como tal, recorre não por ter ficado vencido no processo mas, por a Constituição e a Lei do Tribunal do Constitucional, assim o determinarem.<sup>78</sup>

Quanto às demais partes estas também têm legitimidade para recorrer, de acordo com o artigo 72.º n.º1 alínea b) da LOFTC, desde que a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, também lhes confira legitimidade para recorrer e que, tenha regularmente suscitado a questão da inconstitucionalidade durante o processo. Assim, “apenas detém legitimidade para interpor recurso de fiscalização concreta para o Tribunal Constitucional a parte “vencida” ou “directamente e efectivamente prejudicada” pela decisão que pretende impugnar”.<sup>79</sup>

Na senda do preenchimento da legitimidade, surge o conceito de interesse em recorrer, que na linha jurisprudencial do Tribunal Constitucional, se tem demonstrado um pressuposto essencial, apesar do mesmo não vir, expressamente, previsto na LOFTC. Assim, não terá legitimidade quem, também não tenha interesse em recorrer, ou seja, a parte que tiver obtido ganho na causa no processo principal, não terá interesse em recorrer, e como tal, carecerá de legitimidade para interpor recurso<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,pág. 644.

<sup>79</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*», Almedina, 2010, pág.178.

<sup>80</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/94.

O interesse em recorrer, tem-se revelado um mecanismo utilizado pelo Tribunal Constitucional, para travar recursos infundados e meramente dilatórios, em nome do princípio da economia processual. Uma vez que, a natureza incidental da fiscalização concreta da constitucionalidade exige que, a resolução da questão da inconstitucionalidade seja indispensável, para a resolução da questão principal.

A legitimidade das partes em recorrer advém, directamente, de ter sido trazido ao processo, por estas, a questão da inconstitucionalidade, tendo de o fazer, adequadamente e atempadamente. Isto é, a questão tem de ser apresentada ao tribunal que decida a causa, de forma clara, expressa e explícita, antes de esgotado o poder jurisdicional deste, ou seja, antes da prolação da decisão que se pretende impugnar em fiscalização concreta, para que este possa decidir sobre a inconstitucionalidade.<sup>81</sup> Deverá a parte indicar qual a norma, ou interpretação normativa, que considera contrária à Constituição e quais as normas e princípios da Constituição que esta viola. Por outro lado, a parte que suscitar a questão da inconstitucionalidade na 1ª instância, deve recolocar a questão na instância de recurso, caso interponha recurso ordinário, sob pena de o recurso ulterior, enviado para o Tribunal Constitucional, não ser admitido por abandono da questão da inconstitucionalidade.<sup>82</sup>

Contudo, existem situações excepcionais, em que é permitido ao recorrente suscitar a questão da inconstitucionalidade depois, de esgotado o poder jurisdicional. Nomeadamente, como referem Inês Domingos e Margarida Menéres Pimentel, se o interessado não teve a possibilidade de suscitar a questão, em virtude de lhe não ter sido dada oportunidade de intervir no processo antes da decisão, ou tendo o interessado intervindo no processo, a questão da constitucionalidade só pôde colocar-se perante um circunstancialismo ocorrido, já após a sua última intervenção processual e antes da decisão; ou ao interessado não foi exigido pelo Tribunal Constitucional que antevisse a possibilidade de aplicação da norma ao caso concreto, de modo a impor-lhe a obrigação

---

<sup>81</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 252 a 257.

<sup>82</sup> MEDEIROS, RUI, « *Anotação ao artigo 280.º da Constituição* », in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, p.757. MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 255 a 257.

de suscitar a questão antes da decisão<sup>83</sup>. Podendo, nestes casos, ser trazida a questão apenas em recurso para o Tribunal Constitucional.<sup>84</sup>

O acesso ao Tribunal Constitucional, implica ainda, que nos casos de recurso de decisão negativa de inconstitucionalidade, tenham sido esgotados os recursos ordinários possíveis, querendo com isto dizer que, o recurso é admitido quando a decisão tenha transitado em julgado seja, por não ser admitido recurso ordinário, por já terem sido esgotados os recursos ordinários, ou por ter precluído o prazo para interposição de recurso, ou por as partes terem renunciado à interposição do recurso para o Tribunal constitucional (art. 70.º da LOFTC).<sup>8586</sup>

## **6. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDADE**

### **6.1. Das Decisões Positivas de Inconstitucionalidade – 280.º n.º1 alínea a) , n.º2 b) c) e d)<sup>87</sup>:**

- Efectiva recusa (implícita ou expressa) de aplicação pelo tribunal *a quo* de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade<sup>88</sup>;
- O recurso apresenta-se enquanto facultativo, apenas se demonstrando como obrigatório para o Ministério Público se recair sobre Tratados, Actos Legislativos e decretos regulamentares.
- Não é necessário o esgotamento das vias ordinárias de recurso, admitindo-se por isso o recurso directo para o Tribunal Constitucional, o que implicará que o mesmo tenha

---

<sup>83</sup> DOMINGOS, INÊS E PIMENTEL, MARGARIDA MENERES, « *O Recurso de inconstitucionalidade (espécies e respectivos pressupostos)* », in Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, págs.446, 427-452, Lisboa,1993.

<sup>84</sup> MEDEIROS, RUI, « *Anotação ao artigo 280.º da Constituição* », in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs.757 a 763.

<sup>85</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentativa do sistema de reenvio* », Coimbra, Coimbra Editora, 2005,págs. 735.

<sup>86</sup> Vide Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 281/2001, 545/03, 558/03, 349/2010, 282/2012.

<sup>87</sup> MEDEIROS, RUI, « *Anotação ao artigo 280.º da Constituição* », in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs.747 e 748.

<sup>88</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 249.

efeito suspensivo. Mas pode o interessado optar por recorrer de ulterior decisão que confirme a primeira.<sup>89</sup>

## **6.2. Decisões Negativas de Inconstitucionalidade<sup>90</sup>**

- Suscitação pelo recorrente em termos tempestivos e adequados a questão da inconstitucionalidade – Ónus de clareza na impugnação da constitucionalidade - artigo 280.º n.º4 C.R.P.<sup>91</sup>;
- Efectiva aplicação pelo Tribunal da norma ou interpretação normativa, como fundamento jurídico da decisão recorrida;
- Esgotamento dos recursos ordinários existentes no ordenamento jurídico.
- O recurso não seja manifestamente infundado (princípio da viabilidade do recurso) – artigo 76.º n.º2 da LOFTC.
- O recurso é facultativo tanto para as partes como para o Ministério Público.
- O Ministério Público só pode recorrer se for parte principal no processo.
- As partes só podem recorrer se tiverem interesse, na medida em que tenham ficado vencidas.

## **6.3. Das Decisões Negativas de Inconstitucionalidade de normas anteriormente consideradas inválidas pelo Tribunal Constitucional – 280.º n.º5 da C.R.P.:**

- O tribunal *a quo*, na sua decisão, aplique uma norma cuja inconstitucionalidade tenha sido suscitada no processo e tenha sido julgada inconstitucional, em momento anterior, pelo próprio Tribunal Constitucional.
- Haja uma coincidência total entre a norma ou interpretação normativa anteriormente julgada inconstitucional e a norma ou interpretação normativa efectivamente aplicada ao caso concreto.<sup>92</sup>

---

<sup>89</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 349/2010.

<sup>90</sup> MEDEIROS, RUI, «Anotação ao artigo 280.º da Constituição», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pág.753 a 766.

<sup>91</sup> Vide Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 199/1988, 392/93, 618/1998, 106/1999, 138/2012, 237/2012, 242/2012, 430/2012.

- Não é necessário o esgotamento de recursos ordinários.
- A precedente decisão de inconstitucionalidade pode ter sido tomada no âmbito de um processo de fiscalização concreta de constitucionalidade, e não abstracta sucessiva ou preventiva.<sup>93</sup>
- O recurso é obrigatório para o Ministério Público, excepto quando, o Tribunal Constitucional tendo julgado inicialmente inconstitucional certa norma, venha a alterar a sua jurisprudência e passe a considerá-la não contrária à Constituição.<sup>94</sup>

## 7. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO O TRIBUNAL DOS TRIBUNAIS

Antes de mais, para uma verdadeira apreciação do papel do Tribunal Constitucional, cumpre debruçar-nos sobre uma questão que tem sido levantada na doutrina, quanto à legitimidade e à natureza do Tribunal Constitucional. O Tribunal Constitucional pode ser visto como, possuindo uma natureza híbrida, uma vez que é definido pela Constituição, enquanto tribunal e possui competências, organização e funcionamento de ordem jurisdicional e de dizer o direito, enquanto ao mesmo tempo, é um órgão com características políticas, regulado num capítulo autónomo, relativamente aos outros tribunais, designadamente, o capítulo VII, em vez do título V, capítulo II, da C.R.P., estando desintegrado da estrutura do poder judicial.<sup>95</sup>

A composição do Tribunal Constitucional espelha o seu elemento político, a começar pelo sistema de nomeação dos juízes constitucionais. Em que dos 13 juízes, 10 são designados pela Assembleia da República, por maioria de 2/3, e os outros 3 são cooptados por estes (artigo 12.º da LOFTC). Porém, o sistema de nomeação não deve

---

<sup>92</sup> Não é admissível o recurso quando, o tribunal *a quo* aplicar seguimento normativo diferente, do seguimento que havia sido julgado inconstitucional pelo Tribunal Constitucional. Vide. REGO, CARLOS LOPES DO, « *Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional* », Almedina, 2010, pág.177 e 178. MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 249 e 250.

<sup>93</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 257 e 258.

<sup>94</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 268-269.

<sup>95</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, págs. 185 a 188.

ser visto com desconfiança pois, o mesmo é legitimado pela própria legitimidade da Assembleia da República. Como refere o Professor Jorge Miranda, “é justamente por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados (...) que eles podem invalidar actos com força de lei.”<sup>96</sup>

Podemos afirmar que a nossa Constituição não deixa dúvidas, quanto à natureza do Tribunal Constitucional, como um verdadeiro tribunal mas, tem sido ponderada, por parte da doutrina, a atribuição de uma natureza de órgão constitucional semelhante, à dos órgãos de soberania.<sup>97</sup> Não me parece, que seja essa a solução apontada pela Constituição e pelo legislador constituinte, aquando da criação do Tribunal Constitucional, na revisão de 1982, que pôs fim ao controlo político exercido pelo Conselho da Revolução e optou pela criação de um órgão jurisdicional, para continuar o trabalho desenvolvido pela Comissão Constitucional.

O Tribunal Constitucional é um verdadeiro tribunal, com competências jurisdicionais, e os juízes que o compõem estão vinculados à Constituição e à lei, possuindo garantias de independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade, bem como estão sujeitos às incompatibilidades previstas para os juízes dos outros tribunais.<sup>98</sup> Contudo, o Tribunal Constitucional, detém autonomia administrativa e financeira, não estando submetido ao controlo de qualquer outro órgão, ao contrário do que acontece com a jurisdição comum, que está submetida ao controlo por parte do Conselho Superior da Magistratura.

Analisando, agora, a questão do papel do Tribunal Constitucional na ordem jurídica e na sua relação com os demais tribunais, esta repartição das competências entre os tribunais judiciais e o Tribunal Constitucional, suscitou e continua a suscitar na doutrina nacional e internacional alguma curiosidade.

Procura a doutrina compreender a relação entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional e a sua potencialidade conflitual, na medida em que se possa ou não

---

<sup>96</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág.148.

<sup>97</sup> BOTELHO, CATARINA SANTOS, « *A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* », Almedina Editora, Coimbra, 2010, pág. 55 e 56.

<sup>98</sup> Cfr. MIRANDA, JORGE, « *Anotação ao artigo 222.º da Constituição* », in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III », Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 251-256.

distinguir por completo as duas jurisdições ou, se deva entender que as mesmas não são totalmente separáveis, tendo entre elas diversos elementos unificadores que nos levam a concluir pela crescente judicialização das Constituições.<sup>99</sup>

Começando por analisar a competência quanto às questões constitucionais, o sistema misto consagrado em Portugal confere, ao mesmo, características interessantes. O modelo português, não decorre por completo do modelo de unidade, da *judicial review* norte-americana, em que não existe uma separação entre a jurisdição comum e jurisdição constitucional especializada. Mas, também está longe, de se basear no modelo europeu, que se caracteriza pela separação de jurisdições.

A herança difusa no mecanismo de fiscalização da constitucionalidade está expressa, na atribuição a todos os tribunais (artigo 204.º da C.R.P.) da competência de, oficiosamente, ou por iniciativa das partes, desaplicar uma norma que considerem inconstitucional. Ou seja, os tribunais não só podem, conhecer de uma questão de inconstitucionalidade, como decidir da mesma. Não existindo, no entanto, no modelo português o mecanismo de “*stare decisis*”, excluindo-se assim a possibilidade de vinculação dos tribunais por decisão anterior. O modelo consagrado aproxima-se do modelo norte-americano de *judicial review*.

Em oposição, no modelo Europeu, nomeadamente, os modelos consagrados na Alemanha, Áustria e Itália, aos juízes não é atribuída competência para, ao conhecerem da questão de inconstitucionalidade, decidirem a mesma e realizarem eles o controle da constitucionalidade. Competindo-lhes apenas o reenvio da questão de inconstitucionalidade para o Tribunal Constitucional, ou seja, para a ordem jurídica especializada.

A letra do artigo 204.º da C.R.P. afasta por completo a doutrina imanente do modelo europeu, dado que rejeita a possibilidade do juiz, da jurisdição comum, interpelar *ex officio* o Tribunal Constitucional, para decidir uma questão da constitucionalidade. Conferindo-lhe o dever de decidir autonomamente, quanto à inconstitucionalidade das normas jurídicas. O reenvio prejudicial foi, totalmente, preterido do nosso modelo de justiça constitucional, tendo o legislador constituinte, mantido a tradição da atribuição a

---

<sup>99</sup> BOTELHO, CATARINA SANTOS, « *A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* », Almedina Editora, Coimbra, 2010, pág.71.

todos os tribunais do poder de controlo e fiscalização da constitucionalidade das normas. Assim, ao contrário do modelo europeu em que, cabe ao tribunal especializado a competência exclusiva de apreciação das questões constitucionais, o modelo misto português atribui a todos os tribunais a competência para conhecer das inconstitucionalidades nos casos de fiscalização concreta.

O acesso ao Tribunal Constitucional é então, feito apenas por via de recurso interposto pelas partes ou pelo Ministério Público. Fica assim, vedada a comunicação directa entre o juiz da jurisdição comum e o juiz constitucional, não podendo o juiz comum socorrer-se da competência especializada do juiz constitucional. A quando da suscitação da eventual inconstitucionalidade de uma norma, tem o juiz do processo o dever de decidir a questão ele próprio, sob pena de omissão de pronúncia artigo 668.º n.º1, alínea d) do C.P.C..

O Tribunal Constitucional apenas interferirá no processo, caso seja interposto recurso de inconstitucionalidade e este seja admitido. Assim, o Tribunal Constitucional apreciará a questão e decidirá pela sua inconstitucionalidade ou não inconstitucionalidade. Remetendo a sua decisão para o tribunal comum o qual, deverá julgar o caso concreto tendo em conta a apreciação de inconstitucionalidade.

Às diferentes categorias de tribunais, estabelecidas no artigo 209.º da C.R.P., é atribuída a competência de defesa da Constituição, podendo estes recusar a aplicação de qualquer norma que lhes suscite dúvidas quanto à sua constitucionalidade.

O Tribunal Constitucional, entra também no âmbito do artigo 204.º da C.R.P., enquanto guardião da Constituição, fora das suas competências de instância de recurso, no âmbito da fiscalização da constitucionalidade. Podendo conhecer, incidentalmente, da inconstitucionalidade quando, tiver de exercer qualquer das suas competências jurisdicionais, previstas na Constituição e na LOFTC, designadamente, nos processos eleitorais (artigo 223.º n.º2, alínea c) da CRP e artigos 92.º e ss. da LOFTC), no contencioso partidário ( artigo 223.º n.º2 alínea e) da CRP e artigos 103.º e ss da LOFTC) e ainda no próprio exercício de competências de fiscalização, quanto às respectivas normas processuais, quando arguida apenas a ilegalidade da norma *sub judice*.

Paralelamente, nas características de modelo concentrado, o Tribunal Constitucional ao ser um tribunal com competência específica, vê limitada a sua actuação às questões de natureza jurídico-constitucional. E, ao mesmo tempo, é a máxima instância decisória relativamente a essas questões. Assim, no processo de fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional “ funciona aqui como máxima instância de recurso no hemisfério de um processo de controlo com base difusa.”<sup>100</sup> O Tribunal Constitucional, surge assim como “juiz dos juizes e juiz do legislador”.<sup>101</sup>

É, exactamente, pela adopção no modelo português de um sistema misto em que, se consagra um sistema de fiscalização difuso de base e concentrado no topo, com a existência de um tribunal especializado, mas que, não tem a competência exclusiva do conhecimento das questões constitucionais, que se levantam problemas quanto à relação entre as duas jurisdições. Ao conferir-se, a ambas as jurisdições, poderes de decisão e ao atribuir-se a qualquer juiz, o poder de desaplicar normas que considere inconstitucionais, sem necessidade de reenvio da questão para a jurisdição especializada, a ordem jurídica está a desafiar o equilíbrio das competências. Principalmente quando, de seguida atribui às partes e ao Ministério Público a possibilidade de interpor recurso da decisão, para a instância especializada.

Naturalmente, assistiremos a uma sobreposição de decisões e a um afastamento da primeira decisão por força da segunda decisão, quando contrária. Assim, dada a existência do recurso para o Tribunal Constitucional, os tribunais comuns serão obrigados a acatar a decisão do tribunal de topo e reformularem a sua decisão de acordo com a orientação seguida pelo Tribunal Constitucional, num sistema de cassação mitigado, o que potencia conflitos entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional.

A possível conflituosidade entre as duas jurisdições advém do modelo português permitir que todos os tribunais possam decidir questões de inconstitucionalidade, bem como, não prever a existência do mecanismo de suspensão da instância, que atribua apenas a um Tribunal a competência de decidir e com efeitos *erga omnes*. Não

---

<sup>100</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 10.

<sup>101</sup> AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Problemas da Judicial Review em Portugal*», in Themis, ano VI, n.º10, 2005, págs. 82.

esquecendo que, o Tribunal Constitucional, enquanto instância máxima de decisão nas questões jurídico-constitucionais, possa revogar as decisões dos tribunais comuns e obrigar à reforma das mesmas, quando tenha sido interposto recurso, mas apenas quanto à matéria constitucional. É ao Tribunal Constitucional que é atribuída, a última palavra quanto à questão da constitucionalidade nos feitos submetidos a julgamento.

A existência deste “*quid specificum*” do sistema de fiscalização da constitucionalidade português, que prevê que, todo e qualquer tribunal, tenha competência para conhecer e decidir, pela não aplicação de uma norma que considere inconstitucional, mas sujeitando-o sempre à possibilidade de interposição de recurso para o Tribunal Constitucional e de uma decisão que ordene a reforma da sentença do tribunal *a quo*, o que potencia a contradição e conflito de decisões e jurisdições.<sup>102</sup>

Os sistemas europeus comuns ao criarem o Tribunal Constitucional atribuíram-lhe competência exclusiva para a decisão de questões jurídico-constitucionais, ainda que haja um controlo difuso a nível do conhecimento da questão, o modelo é concentrado a nível decisório, pois a questão é remetida para o Tribunal Constitucional através do mecanismo de reenvio prejudicial, com suspensão das instâncias, o qual decide com efeito *erga omnes*, diminuindo assim a possibilidade de contradição entre decisões, e transmitindo uma maior segurança jurídica. Como aponta Blanco de Moraes “ O modelo do reenvio prejudicial delimitaria com mais segurança o âmbito das competências do Tribunal Constitucional e das instâncias do poder judicial, favorecendo um traçado de fronteiras entre as duas actividades e a consequente pacificação entre os dois tipos de jurisdição. Isto porque, implicaria não a revogação pelo Tribunal Constitucional das sentenças já tomadas pela jurisdição comum, tal como ocorre no sistema vigente, mas antes uma suspensão do processo principal, um reenvio prejudicial e a tomada de decisão sobre a questão de constitucionalidade, antes de o tribunal “*a quo*” proferir a sentença que julga a questão de fundo no processo principal.”<sup>103</sup>

Assim, no modelo misto português podem encontrar-se alguns choques competenciais entre as duas jurisdições devido a: “interpretações autónomas realizadas pelo Tribunal

---

<sup>102</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, « *Anotação ao artigo 204.º da Constituição*», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág.51

<sup>103</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.1000 e 1001.

Constitucional, sobre a relação de significado do direito ordinário aplicado ao processo principal; as sentenças com efeitos aditivos de conteúdo mais criativo proferidas por aquele tribunal; as soluções únicas determinadas por uma interpretação conforme com a constituição que seja realizada pelo órgão máximo de justiça constitucional; Alguma dimensão de amparo de certas sentenças do Tribunal Constitucional que, sobre o pretexto de eliminar uma norma ideal inválida aplicada por uma sentença, acabam por fulminar esta mesma sentença quando violadora de direitos fundamentais; as tentativas episódicas do tribunal “a quo” para incumprir o julgado, através de parâmetros normativos, nem sempre credíveis, razoáveis ou sustentáveis, para manter a sentença recorrida.”<sup>104</sup>

O Tribunal Constitucional acaba por assumir um papel preponderante na ordem jurídica, como o guardião superior da Constituição, e tribunal dos tribunais, dada a sua natureza especializada e a sua posição privilegiada para a resolução dos conflitos jurídico constitucionais. Os mecanismos de recurso obrigatório do Ministério Público para o Tribunal Constitucional são expressão da supremacia do Tribunal Constitucional. Como consequência tem-se verificado “um efeito irradiante dos direitos constitucionais à totalidade da ordem jurídica”<sup>105</sup>, embora as decisões na fiscalização concreta da constitucionalidade não tenham efeitos *erga omnes*, não constituindo um verdadeiro precedente, apenas podendo influenciar como corrente jurisprudencial interpretativa conforme à Constituição.

## 8. FUNCIONAMENTO DO SISTEMA – QUESTÕES CONTROVERSAS

O sistema português de fiscalização concreta é composto por inúmeras particularidades o que, muitas vezes, leva ao aparecimento de problemas e questões controversas. Cumpre-nos, aqui abordar algumas dessas questões, ainda que muito sinteticamente, para que possamos compreender a engrenagem do sistema, e a forma como actores

---

<sup>104</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 952.

<sup>105</sup> BOTELHO, CATARINA SANTOS, «*A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* », Almedina Editora, Coimbra, 2010, pág.70.

actuam dentro dele. Assim, iremos analisar, nomeadamente, a questão que se levanta quanto à obrigatoriedade ou facultividade do recurso para o Tribunal Constitucional, aprofundando o tema da admissibilidade do recurso obrigatório pelo MP de decisões que apliquem normas juridicamente inexistentes. Abordaremos ainda, a controvérsia quanto à admissibilidade ou inadmissibilidade das decisões interpretativas, e quais os efeitos produzidos na ordem jurídica pelas decisões de inconstitucionalidade. E por fim, um olhar de relance sobre as decisões surpresa e a impossibilidade de recurso das decisões do Tribunal Constitucional. Bem como, a possibilidade de reformulação da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, passando também a admitir a fiscalização concreta das omissões inconstitucionais.

### **8.1.O recurso de constitucionalidade como recurso obrigatório ou pelo contrário, meramente facultativo**

A regra, no regime jurídico português previsto pelo artigo 280.º da CRP e pela LOFTC, é a de que o recurso para o Tribunal Constitucional é um recurso meramente facultativo, ficando na disponibilidade das partes (particulares ou Ministério Público quando intervenha como parte principal) a possibilidade de lançar mão da questão perante o Tribunal Constitucional. Daqui decorre que, ainda que, a parte tenha ficado vencida quanto à questão de inconstitucionalidade e haja interesse em recorrer, não há obrigação de interposição de recurso para a instância máxima de justiça constitucional. A faculdade de recorrer está, intrinsecamente, ligada à vertente subjectivista existente no nosso modelo de justiça constitucional concreta, que atribui às partes, na maioria dos casos, a disponibilidade da questão constitucional, uma vez que se destinam à tutela de direitos e interesses subjectivos. Porém, o sistema não é puramente subjectivista, contendo elementos de objectividade como o conhecimento officioso da inconstitucionalidade, a irrenunciabilidade do direito a recorrer, e a obrigatoriedade de recurso para o Tribunal Constitucional por parte do Ministério Público em duas situações expressamente previstas na Constituição, e das quais ressalta o seu papel de defensor da legalidade, da Constituição e da segurança jurídica. Estes dois casos, dizem respeito à obrigatoriedade de recurso. No primeiro caso, o Ministério Público é obrigado a recorrer da decisão tomada em tribunal comum, que decida pela inconstitucionalidade de uma norma prevista, numa convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar (280.º n.º3 CRP), no segundo caso, a obrigação de

recorrer recai sobre a decisão de tribunal comum que venha a aplicar norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional (280.º n.º5 CRP).

Podemos aqui, equacionar se não se deveria introduzir uma terceira possibilidade, conferindo ao Ministério Público, no âmbito das suas atribuições, enquanto defensor da legalidade, o poder/dever de suscitar a fiscalização abstracta, com efeitos *erga omnes*, nos termos do art. 281, nº 3 da C.R.P., aquando se verificassem três casos concretos de declaração de inconstitucionalidade da mesma norma, complementando assim, o poder já atribuído ao conhecimento officioso pelo Tribunal Constitucional nestas situações.

Parece-me que este mecanismo deveria ser, efectivamente, introduzido na Constituição, pois a LOTC já o prevê no seu artigo 82.º, atribuindo, ao MP ou a qualquer juiz do Tribunal Constitucional, iniciativa para promover o processo de declaração da inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Deveria assim, ser afirmado na letra da Constituição o dever do Ministério Público de promover a fiscalização abstracta, ao fim de três casos concretos de declaração de inconstitucionalidade. Tornando mais abrangente a actuação do Ministério Público e reforçando-se os meios de tutela da constitucionalidade. O Ministério Público poderá, desta forma, actuar ao lado do Tribunal Constitucional como fiscalizador e defensor da jurisprudência constitucional e da constitucionalidade da ordem jurídica.

## **8.2.Recurso de decisões que apliquem normas juridicamente inexistentes**

Quanto à questão de, o Ministério Público ser ou não obrigado a recorrer para o Tribunal Constitucional, no caso de ser proferida uma decisão que aplique normas juridicamente inexistentes, a Constituição e a LOFTC nada prevêem neste sentido.

É pacífico na doutrina a admissibilidade da fiscalização, seja concreta, seja abstracta, das decisões dos tribunais que apliquem normas juridicamente inexistentes, e que a declaração de inexistência do acto legislativo, tanto possa ocorrer junto dos tribunais comuns, como junto do Tribunal Constitucional<sup>106107</sup>. Contudo, ressalta a necessidade de analisar se, nestes casos em que o tribunal *a quo* declara a inexistência jurídica de

---

<sup>106</sup> Cfr. MEDEIROS, RUI, «*A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*», Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, págs.138 a 145.

<sup>107</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013,págs. 268 a 271.

uma norma e a desaplique, será ou não obrigatório para o Ministério Público interpor recurso nos termos dos artigos 280.º n.º3 da C.R.P. e 280.º n.º5 da C.R.P.

Assim, vejamos a letra do artigo 280.º n.º3 da C.R.P.. Cabe recurso obrigatório para o Tribunal Constitucional, a interpor pelo Ministério Público, das decisões dos tribunais comuns que julguem inconstitucional uma norma, constante de convenção internacional, acto legislativo ou decreto regulamentar. A *ratio* deste artigo prende-se com o princípio do *favor legislatoris*, ou seja a presunção de constitucionalidade das leis. Nestes casos, a presunção de constitucionalidade é posta em causa pela decisão do tribunal judicial, cabendo ao Ministério Público, enquanto defensor da legalidade e da constitucionalidade, lançar mão do recurso para o Tribunal Constitucional, instância máxima no conhecimento das questões de natureza jurídico-constitucional, para que o mesmo possa decidir quanto à validade ou invalidade da norma. Os diplomas sobre os quais recai a obrigatoriedade de recurso, são actos normativos/legislativos que obrigatoriamente têm de ser promulgados pelo Presidente da República. No entendimento do Professor Jorge Miranda a obrigatoriedade do recurso, nestes casos, advém da supremacia do Tribunal Constitucional em relação aos outros tribunais, em questões de natureza jurídico-constitucional, e pela sua legitimidade democrática.<sup>108</sup> Já para o Professor Rui Medeiros, a obrigatoriedade de recurso emerge da existência de uma “presunção qualificada de não inconstitucionalidade”<sup>109</sup>.

Neste sentido, ao Ministério Público apenas caberá recorrer das decisões que apliquem normas juridicamente inexistentes, quando estas normas estejam inseridas nos diplomas supra referidos e tipificados no n.º3 do artigo 280.º da C.R.P.. Na opinião de Rui Medeiros, não se justificará a obrigatoriedade de recurso, também nos casos em que uma pseudo-lei, ainda que devesse ter sido promulgada, não o foi, configurando assim, uma norma jurídico inexistente mas que, não preenche os requisitos do n.º3 do artigo 280.º da C.R.P. Para o Professor Jorge Miranda configurando-se uma situação de inexistência jurídica ainda que, de normas inseridas nos diplomas legais elencados no

---

<sup>108</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 270 e 271.

<sup>109</sup> MEDEIROS, RUI, « *A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*», Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, pág.74.

n.º3 do artigo 280.º da CRP, não há lugar a recurso obrigatório, pois as normas são inexistentes e não produzem quaisquer efeitos.<sup>110</sup>

E já quanto, ao recurso previsto no artigo 280.º n.º 5, seguindo o raciocínio de Jorge Miranda<sup>111</sup>, entendo que, prevendo a Constituição que, cabe recurso obrigatório para o Ministério Público, de decisão que aplique norma anteriormente julgada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional, o mesmo, é aplicável aos casos em que a norma tenha sido julgada inconstitucional com força obrigatória geral, configurando-se como inexistente, e seja novamente aplicada pelos tribunais, nas palavras de Jorge Miranda “ um recurso atípico (...) para o Tribunal Constitucional, não para que este vá apreciar a questão, mas para que verifique que a sua declaração com força obrigatória geral não foi respeitada e mande, portanto que o seja, revogando-se ou reformando-se a decisão do tribunal a quo.”<sup>112113</sup>

Assim, o Ministério Público é obrigado a recorrer de decisões que apliquem normas juridicamente inexistentes, na medida em que estas pertençam aos grupos de diplomas referidos no n.º3 do artigo 280.º da C.R.P., ou quando esteja em causa norma declarada inconstitucional com força obrigatória geral pelo Tribunal Constitucional, o que *per si* a torna inexistente.

### **8.3.Decisões interpretativas**

No que toca às decisões interpretativas tomadas pelo tribunal, nos termos do artigo 80.º n.º3 da LOFTC, o problema que aqui se levanta é o de saber, em que medida, os tribunais, ao julgarem a inconstitucionalidade de uma norma, podem fazê-lo remetendo apenas para uma interpretação normativa, que se demonstre contrária à Constituição, propugnando pela constitucionalidade dos outros sentidos interpretativos da disposição normativa. E, mais concretamente, se é admissível ou não ao Tribunal Constitucional impor ao tribunal *a quo* uma dada decisão, que o obriga a seguir aquele caminho interpretativo, uma vez que é o único que se demonstra conforme a Constituição.

---

<sup>110</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 268.

<sup>111</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 258 a 260 e 268 a 271.

<sup>112</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs.259.

<sup>113</sup> Orientação que também tem sido seguida pelo Tribunal Constitucional, vide Acórdãos n.ºs 528/96, 518/98.

Com a alteração legislativa que consagrou o n.º3 do artigo 80.º da LOFTC, a doutrina e a jurisprudência vieram a aceitar e a socorrer-se deste tipo de decisões interpretativas, na medida em que, as mesmas permitem um maior aproveitamento dos actos legislativos, mantendo em vigor o texto legislativo, apenas retirando eficácia a um ou mais sentidos interpretativos. A possibilidade de reconduzir, o recurso de constitucionalidade a uma questão de interpretação conforme à Constituição, veio a admitir o proferimento de decisões interpretativas, por parte do Tribunal Constitucional. As quais, têm força de caso julgado e deverão ser aplicadas pelo tribunal *a quo*, nesse mesmo sentido interpretativo proposto pelo Tribunal Constitucional, aquando da reforma da decisão. É nos casos em que o Tribunal Constitucional, por via de recurso, procede a uma interpretação totalmente diversa, da seguida pelo tribunal *a quo*, e determina que este reforme a sentença no sentido interpretativo por ele dado, que surgem os primeiros conflitos, dado que, esta interpretação acolhida pelo Tribunal Constitucional pode ser considerada violadora do princípio da limitação do objecto do recurso e do âmbito da competência, e da autonomia dos tribunais.<sup>114</sup> Neste sentido, diversos constitucionalistas têm manifestado discordância, ou pelo menos, reticências quanto à aceitação dos poderes do Tribunal Constitucional determinar a interpretação normativa a ser seguida, pelo tribunal *a quo*, entre os quais Gomes Canotilho, Vital Moreira e Rui Medeiros.<sup>115</sup>

De entre as decisões de fiscalização existem decisões interpretativas conforme a Constituição, bem como, existem sentenças redutivas ou limitativas e sentenças aditivas<sup>116</sup>, é nestas últimas que se levantam os maiores problemas. Nas sentenças redutivas ou limitativas o Tribunal Constitucional limita-se a considerar que existe um certo sentido de interpretação normativa que não é conforme à Constituição e determina que o mesmo não seja aplicável. Mas, nas sentenças aditivas, o Tribunal Constitucional declara uma disposição normativa inconstitucional, por não prever algo que deveria prever e acrescenta um seguimento à norma, por considerar que este está em falta. Naturalmente, estas decisões geram controvérsia, dado que, o juiz assume aqui o papel

---

<sup>114</sup> REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*», Almedina, 2010, págs.287 a 295.

<sup>115</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 86 e 87.

<sup>116</sup> MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 68 e 69.

de legislador e acaba por formular uma regra. O que pode gerar, algum conflito a nível do princípio da separação dos poderes. Contudo, entendo que tais decisões não são actos legislativos, uma vez que são decisões que apenas terão influência no caso concreto, em que foi suscitada a inconstitucionalidade.<sup>117118</sup>

Blanco de Moraes no seu manual, refere ainda um outro tipo de decisões, as substitutivas, mas apontando apenas um exemplo de utilização destas decisões pelo Tribunal Constitucional, o acórdão n.º 365/2000. Aqui, o Tribunal Constitucional, verdadeiramente, substituiu-se ao legislador e numa decisão com força obrigatória geral decidiu adicionar uma regra à disposição normativa em causa, para que a mesma pudesse ser considerada não inconstitucional.<sup>119</sup>

As decisões interpretativas continuarão a suscitar alguma controvérsia e choque entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional, por determinarem o sentido exacto em que o tribunal *a quo* deve aplicar o direito e interpretá-lo, designadamente, quando o Tribunal Constitucional aponta, apenas um sentido interpretativo, como não inconstitucional, mas estas são o reflexo da estrutura do sistema jurídico e do modelo de fiscalização consagrado de base difusa e concentrado no topo. A existência de decisões interpretativas, nem a sua obrigatoriedade, revelam qualquer violação dos princípios constitucionais uma vez que, a força de caso julgado, prevista no artigo 80.º n.º3 da LOTC, abrange apenas a parte dispositiva da decisão de inconstitucionalidade, ou seja, abrange somente a interpretação que é afastada, não abrangendo a fundamentação onde seja apontado o possível sentido de interpretação conforme a Constituição.<sup>120</sup> Para além disso, limitando-se a decisão a apreciar apenas a questão de constitucionalidade e cabendo ao tribunal *a quo* a reforma da decisão e aplicação no caso concreto da interpretação conforme à Constituição, não se pode considerar que o Tribunal Constitucional tenha interferido nas competências dos tribunais judiciais

---

<sup>117</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 85 a 98.

<sup>118</sup> Contra as decisões aditivas por considerar que as mesmas representam uma violação do princípio democrático e da separação de poderes – vide MEDEIROS, RUI, « *A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei* », Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, págs.456 e ss.

<sup>119</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio* », Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 870 a 873.

<sup>120</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio* », Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 831 e 832.

#### 8.4.Efeitos das decisões

As decisões de inconstitucionalidade tomadas pelo Tribunal Constitucional produzem diversos efeitos, contudo a Constituição, no artigo 282.º, apenas faz referência aos efeitos das declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral. Nada dizendo, quanto às decisões tomadas em sede de fiscalização concreta. O que levou à discussão doutrinária quanto aos efeitos das mesmas.<sup>121</sup>

Sempre se entendeu, que quanto às decisões proferidas nos processos de fiscalização concreta estas apenas produzem efeitos *inter partes*, fazendo caso julgado formal no processo quanto à questão de inconstitucionalidade<sup>122</sup>, o que veio a ser consagrado não na Constituição, mas na LOFTC, no artigo 80.º n.º1.

O caso julgado nas decisões de inconstitucionalidade concreta é também considerado pela doutrina como um caso julgado prejudicial, uma vez que existe uma relação de prejudicialidade entre o incidente de inconstitucionalidade e o julgamento do processo principal.<sup>123</sup>

A norma considerada inconstitucional é desaplicada no caso concreto, com efeitos retroactivos, ripristinando-se o direito revogado, por esta mas, não é eliminada da ordem jurídica, o que poderá implicar que a mesma norma venha a ser apreciada noutro processo, e que o juízo quanto à sua constitucionalidade seja diverso. Para Blanco de Moraes, nestes casos, existe apenas uma sanção de privação de eficácia da norma no caso concreto.<sup>124</sup>

Por outro lado, o Tribunal *a quo*, não poderá impor o seu entendimento sobre a questão de inconstitucionalidade, após o juízo qualificado proferido pelo Tribunal

---

<sup>121</sup> MEDEIROS, RUI, « Anotação ao artigo 282.º da Constituição», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs.819 a 862.

<sup>122</sup> MIRANDA, JORGE, « Manual de Direito Constitucional», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 72.

<sup>123</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 808.

<sup>124</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 783.

Constitucional.<sup>125</sup> Tendo necessariamente de levar a cabo a reforma da decisão recorrida.

Podemos dizer que, a norma cuja inconstitucionalidade foi declarada no caso concreto fica, como que, envolta numa dúvida quanto à sua validade e ao seu valor jurídico. Tem debatido a doutrina sobre qual o valor negativo da inconstitucionalidade declarada em processo de fiscalização concreta, e apresentado denominações e formas atípicas de nulidade para tentar caracterizar o regime específico da inconstitucionalidade concreta. Assim, para Jorge Miranda estamos perante uma nulidade, que poderá ser *radical ou fundamental*, se a norma violar direitos, liberdades e garantias fundamentais mencionados no artigo 19.º n.º6 da CRP, ou nulidade não fundamental, se a norma violar quaisquer outros direitos ou dispositivos.<sup>126</sup> Como acima foi referido, Blanco de Moraes opta por considerar que existe uma sanção de privação de eficácia no caso concreto, uma vez que “a invalidade em controlo concreto difuso consiste numa desaplicação da norma inconstitucional “ad casum” a qual não inibe que ela continue a produzir efeitos noutras situações, já que permanece no ordenamento jurídico.”<sup>127</sup>

No meu entender, a posição do Professor Blanco de Moraes, é a mais adequada aos efeitos, efectivamente, produzidos pela decisão de inconstitucionalidade no controlo concreto e que melhor caracteriza as consequências da invalidade. Pois, o regime de declaração da inconstitucionalidade em concreto é, claramente, diverso do regime da declaração da inconstitucionalidade abstracta no qual, existe uma invalidade que produz efeitos de nulidade.<sup>128</sup>

Questiona-se, também, a doutrina sobre a admissibilidade da restrição de efeitos das sentenças, nos casos de fiscalização concreta, nos termos do artigo 282.º n.º4 da Constituição, previsto para as decisões de fiscalização abstracta. No meu entender, dada a lacuna existente na lei e na Constituição, deve ser admitida a aplicação deste regime às

---

<sup>125</sup> MEDEIROS, RUI, «Anotação ao artigo 280.º da Constituição», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, pág.790.

<sup>126</sup> MIRANDA, JORGE, « Manual de Direito Constitucional», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013 ,págs.111 a 114.

<sup>127</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005,pág.788.

<sup>128</sup> Cfr. MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág.782 a 803.

decisões de fiscalização concreta, mas apenas quando esteja em causa a segurança jurídica ou a equidade, não fazendo sentido falar-se em interesse público, numa decisão do caso concreto.<sup>129</sup> Já no entendimento, de parte da doutrina o artigo 282.º tn.º4 da C.R.P. não é aplicável de todo à fiscalização concreta. Não estando o tribunal Constitucional, muito menos os tribunais comuns, admitidos a determinar a restrição de produção de efeitos, nesses casos.<sup>130</sup>

### 8.5. Decisões Surpresa

As decisões surpresas surgem raras vezes na nossa ordem jurídica, mas ainda assim, quando o direito aplicado ao caso concreto constitui uma verdadeira surpresa para as partes intervenientes no processo, não tendo existindo em algum momento da discussão da causa a previsibilidade daquela decisão, poem em causa a possibilidade de invocação da inconstitucionalidade da norma aplicada, e que devia ser suscitada durante o processo. Nestes casos, tem vindo a doutrina e a jurisprudência do Tribunal Constitucional a pronunciar-se sobre a admissibilidade do recurso para o Tribunal Constitucional, ainda que com carácter excepcional, em que a questão da inconstitucionalidade seja suscitada, pela primeira vez, nas alegações de recurso. Esta posição prende-se com o princípio da tutela jurisdicional efectiva e da segurança jurídica, bem como o princípio do contraditório. Não podendo o cidadão ser prejudicado, quando o direito aplicado pelo tribunal se afastou, totalmente, do que seria previsível. Não tendo, o cidadão, como prever o sentido que a decisão tomou, não pode este ser onerado com a preclusão da possibilidade de invocação da inconstitucionalidade.<sup>131</sup>

Como resulta do Acórdão 165/2012 do Tribunal Constitucional “O Tribunal tem admitido excepções a esta *exigência geral de suscitação prévia da questão de constitucionalidade* nos casos em que o tribunal *a quo* profira uma decisão de tal modo imprevisível e inesperada que torne desrazoável o impor-se ao recorrente a antecipação da mesma. Simplesmente, quando tal sucede o “inesperado” e o “imprevisível” do

---

<sup>129</sup> Também neste sentido MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 352 e 360.

<sup>130</sup> JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL, SILVEIRA, JOÃO TIAGO DA « *Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto*» in *Perpectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Lisboa, Almedina, 2012, págs.281 a 315.

<sup>131</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 253 e 254.

decidido pelo tribunal *a quo* – esse mesmo que, por ser surpreendente, dispensa a exigência da *suscitação prévia da constitucionalidade*– tem de dizer respeito *a normas e só a normas*. Ou a normas cuja aplicação for recusada pela decisão de que se interpôs recurso, por serem inconstitucionais [alínea a) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição; alínea a) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei do tribunal Constitucional], ou a normas que foram efectivamente aplicadas como *ratio decidendi* pela decisão recorrida, não obstante uma das partes no processo ter suscitado a questão da inconstitucionalidade [alínea b) do n.º 1 do artigo 208.º da CRP e alínea b) do n.º 1 do artigo 70.º da LTC, como é o caso]. Não havendo, em direito português, lugar para o controlo, por parte do Tribunal Constitucional, da constitucionalidade de decisões, judiciais ou outras, só assim se pode entender a qualificação, para efeitos de análise dos pressupostos de admissibilidade dos recursos de constitucionalidade, das decisões dos tribunais comuns como *decisões surpresa*.”

### **8.6. Quem fiscaliza o Tribunal Constitucional**

A tutela da Constitucionalidade suscita sempre a questão difícil de, quem fiscaliza as decisões do Tribunal Constitucional, que representa o vértice máximo da ordem jurídica, problema também levantado por Hans Kelsen. A ordem jurídica não prevê qualquer mecanismo de controlo das suas decisões, mas tem a doutrina apontado algumas soluções, para os casos em que as decisões do Tribunal Constitucional se demonstrem inválidas. Seja por admitir, que o próprio juiz venha a corrigir a decisão rectificando erros materiais, suprindo nulidades ou reformar a sentença, nos termos do artigo 666.º CPC, aplicável subsidiariamente com as devidas adaptações. O Professor Jorge Miranda defende, que se deve admitir a impugnação incidental, segundo o regime de fiscalização difusa, da decisão dos tribunais comuns, que reforme a decisão seguindo a orientação do Tribunal Constitucional, e que a mesma se configure inconstitucional. Cabendo assim, recurso para o próprio Tribunal Constitucional, que será obrigatório para o Ministério Público, quando considere que a interpretação feita pelo Tribunal Constitucional é inconstitucional.<sup>132</sup> Nestas situações o Professor Rui Medeiros defende

---

<sup>132</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 236 a 239.

a utilização do recurso de revisão previsto no artigo 771º do CPC.<sup>133</sup> Para Paulo Otero e Blanco de Moraes, deveria ser considerada a hipótese de reclamação atípica para o Tribunal Constitucional.<sup>134</sup>

### **8.7. A fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão**

Actualmente, o sistema português prevê a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, configurando o mesmo como um mecanismo de fiscalização abstracta. Assim, estabelece o artigo 283.º da C.R.P. que, a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão ocorre, por iniciativa do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os quais, ao denotarem que existe uma omissão de adopção de medidas legislativas, essenciais ao cumprimento da Constituição, podem e devem, levar a questão ao Tribunal Constitucional, para que este aprecie se existe, efectivamente, violação da Constituição e possa interpelar o órgão legislativo competente para suprir essa mesma omissão.

A inconstitucionalidade por omissão apenas se refere à questão da omissão legislativa, não se referindo à omissão de actos executivos, ou omissão jurisdicional. Deste modo, para que estejamos perante uma inconstitucionalidade por omissão, nos termos do artigo 283.º da C.R.P., antes de mais, tem de existir um verdadeiro dever de legislar, ou seja, temos de estar perante normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, e relativamente à quais não foi concretizada a legislação necessária, e essa mesma norma que foi violada, por não ser concretizada, tem de ser uma norma prescritiva e não, meramente, permissiva. O que gerará uma inconstitucionalidade por omissão. Havendo um vazio legislativo, onde deveria existir um complexo legislativo concretizador da Constituição.

Levanta-se então, a questão se, não poderá ser admitida a fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, por via de recurso ou de conhecimento oficioso do tribunal, quando estejam em causa acções de responsabilidade por danos decorrentes do

---

<sup>133</sup> MEDEIROS, RUI, «*A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*», Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, págs. 789 e ss.

<sup>134</sup> OTERO, PAULO, «*O caso Julgado Inconstitucional*», Lex, Edições Jurídicas, 1993. pág.77

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs.96 e ss.

exercício da função política e legislativa, e nestas seja suscitada a verificação de uma omissão legislativa inconstitucional. A declaração da inconstitucionalidade em casos concretos passaria a atribuir a competência para essa mesma verificação aos tribunais administrativos e judiciais.

Esta possibilidade de fiscalização da omissão, através da apreciação da inconstitucionalidade por acção tem sido levada a cabo em outras ordens jurídicas, como a Alemanha, Áustria, Itália e Espanha, bem como nos Estados Unidos. Contudo, a utilização da fiscalização por acção, para declaração da existência de uma omissão inconstitucional, deve-se ao facto de, essas ordens constitucionais não preverem a possibilidade de fiscalização por omissão, socorrendo-se, assim, os actores do direito, de artifícios para chegar mais longe na tutela da Constituição.<sup>135</sup>

Na ordem jurídica Brasileira, foi adoptado um mecanismo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão semelhante ao consagrado no sistema português. Funcionando, também, em sede de fiscalização abstracta e no qual, o Supremo Tribunal Federal apenas declara a inconstitucionalidade, não se substituindo ao legislador. Porém, para complementar o sistema de fiscalização foi criado um instituto, o mandato de injunção, através do qual, qualquer tribunal pode emitir uma ordem ao poder legislativo, para que este proceda à criação das normas necessárias para por fim à omissão inconstitucional, num caso concreto. Embora este último instituto tenha sido criado ele não tem aplicação prática na ordem jurídica brasileira, continuando a subsistir as mais das vezes, as omissões inconstitucionais.

Em Portugal não existe de todo um mecanismo de fiscalização concreta de omissões inconstitucionais. O que leva, a construções doutrinárias de que, uma omissão inconstitucional, determina a existência de uma norma contrária ao que a Constituição visava promover, e assim seria possível socorrer-se do mecanismo de fiscalização concreta por acção.<sup>136</sup>

Mas, ainda que, por vezes, no caso concreto haja uma estreita conexão entre a inconstitucionalidade por acção e a inconstitucionalidade por omissão, como nos casos

---

<sup>135</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 377 e 378.

<sup>136</sup> SILVA, JORGE PEREIRA DA, «*Dever de Legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*», Lisboa, 2003, págs. 173

de omissões parciais, que implicam também inconstitucionalidade por acção, por violação do princípio da igualdade, não devemos confundir os dois institutos e muito menos procurar uma convolação entre estes.

Jorge Miranda no seu manual refere que, “ Seria erróneo assimilar a verificação da existência da inconstitucionalidade por omissão à declaração de inconstitucionalidade por acção. Uma coisa é declarar inválida ou ineficaz uma norma com os efeitos que isso produz; outra coisa declarar que falta uma norma que não deveria faltar.” <sup>137</sup> A declaração de inconstitucionalidade não altera a ordem jurídica, enquanto na inconstitucionalidade por acção, a decisão produz efeitos directos na ordem jurídica. Não se devendo caminhar numa tentativa de aproximação de dois sistemas distintos.

Então, não sendo possível lançar mão do recurso de fiscalização concreta por acção, a verificação da inconstitucionalidade por omissão torna-se um mecanismo muito limitado, uma vez que só ocorre em termos abstractos, e a legitimidade para a sua suscitação é muito reduzida, ficando de fora do alcance de qualquer particular.

Jorge Pereira da Silva <sup>138</sup> entende que, a diminuta operatividade e eficácia prática do instituto consagrado no artigo 283.º da C.R.P., poderia ser contornada, através da existência de fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, principalmente, aquando da interposição de uma acção de responsabilidade civil do Estado. Através da, criação de uma hipotética norma implícita contrária à Constituição, que os tribunais não deveriam aplicar, e que existindo uma lacuna jurídica o juiz deveria proceder ao seu preenchimento. Já em sentido contrário, entendem Maria Lúcia Amaral e Carlos Blanco de Moraes, que consideram que de modo algum se pode desvirtuar competência exclusiva do Tribunal Constitucional para conhecer das omissões inconstitucionais, como tal, a apreciação da responsabilidade civil por omissão de actuação legislativa na acção competente, dependeria sempre da prévia declaração de inconstitucionalidade por omissão do Tribunal Constitucional e que a verificação da

---

<sup>137</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013, págs. 389 e 390.

<sup>138</sup> SILVA, JORGE PEREIRA DA, «*Dever de Legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*», Lisboa, 2003, págs. 173 e ss. e 335 e ss.

omissão inconstitucional pelo Tribunal Constitucional é pressuposto para o reconhecimento da responsabilidade civil, tal como vem previsto na Lei n.º67/2007.<sup>139</sup>

Para Rui Medeiros, que vai de encontro à tese defendida por Jorge Pereira da Silva, a exigência de um prévio juízo do Tribunal Constitucional quanto à omissão inconstitucional, para que possa efectivamente ocorrer a responsabilidade civil do legislador por omissão ilícita, é pura e simplesmente inconstitucional, constituindo um limite intolerável ao direito fundamental à reparação dos danos ( art.º 22.º da C.R.P.) e do direito de acesso aos tribunais ( art.º 20.º da C.R.P.) , uma vez que, nenhum cidadão particular pode provocar a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão nos termos do artigo 283.º da C.R.P.<sup>140</sup> Para Jorge Miranda, a disposição da Lei n.º 67/2007 pode ser considerada inconstitucional. E deveria ser criado um mecanismo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto, mas que funcionaria sob o sistema de reenvio prejudicial para o Tribunal Constitucional.<sup>141</sup>

Deve assim, ser repensado o modelo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão consagrado no artigo 283.º da C.R.P. , e a par deste introduzir-se, no artigo 280.º da C.R.P., um novo tipo de recurso para o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta. O que permitiria que os cidadãos pudessem suscitar a omissão inconstitucional em casos concretos. E o tribunal poderia apreciar a existência ou não de uma omissão inconstitucional, o que permitiria nos casos das acções de responsabilidade civil fundamentar a responsabilização do órgão em causa e a sua condenação nos danos causados. Sem contudo, atribuir poderes aos juízes para preencher a omissão inconstitucional, o que poria em causa o princípio da separação de poderes. Apenas podendo dela conhecer e declarar, no seguimento da acção de responsabilidade civil e para efeitos de condenação. E da decisão da acção, seria admissível o recurso para o Tribunal Constitucional que apreciaria a existência ou não de uma inconstitucionalidade por omissão no caso concreto

---

<sup>139</sup> AMARAL, MARIA LÚCIA, «Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa», in CJA, n.º 40, págs. 43 e ss. e MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs. 470-471 e 485-486.

<sup>140</sup> MEDEIROS, RUI, «Anotação ao artigo 283.º da Constituição», in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Coimbra Editora, 2007, págs.866 a 874.

<sup>141</sup> MIRANDA, JORGE, « Manual de Direito Constitucional», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, Coimbra, 2013,págs. 394, 397 e 398.

## 9. APRECIACÃO CRÍTICA

O nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade é bastante completo, e sem dúvida procurou consagrar as melhores soluções vindas de diferentes experiências constitucionais, complementando ideias e práticas antagónicas. Contudo, ainda que um verdadeiro arquétipo de ideias, o sistema português tem falhas e não abrange todas as questões de justiça constitucional, que podem ser suscitadas, nem abrange o controlo de todo o tipo de actos, focando-se apenas no controlo normativo.

O acesso ao Tribunal Constitucional no sistema actual é conseguido apenas, através de uma mera questão incidental/ prejudicial, não existindo um mecanismo de acesso directo para o Tribunal Constitucional. Todavia, devemos valorizar os pontos positivos do nosso sistema, que permite que a questão de constitucionalidade possa ser conhecida e decidida em todos os tribunais e que da mesma seja ainda possível recorrer para o Tribunal Constitucional, abrindo portas ao acesso dos cidadãos ao tribunal superior em matéria jurídico-constitucional. Não se verificando, o que acontece em ordenamentos jurídicos com o sistema concentrado, em que o conhecimento e decisão de uma questão de inconstitucionalidade, ocorre por reenvio prejudicial, não podendo os cidadãos recorrer para o Tribunal Constitucional, nem os próprios tribunais comuns decidir da questão.

A questão da constitucionalidade pode ainda ser suscitada tanto no início da acção, como em recurso. Ou seja, a todo o momento podem as partes suscitar a inconstitucionalidade de uma norma que seja aplicável ao caso concreto, ou o próprio tribunal decidir pela não aplicação de uma norma que considere inconstitucional.

O Tribunal Constitucional, no seguimento do legado da Comissão Constitucional, soube ao longo dos 30 anos de vigência ultrapassar limitações legais e querelas doutrinárias, criando uma jurisprudência sólida e decisiva nas questões de natureza jurídico-constitucional, nomeadamente, no conceito de norma, na admissão das interpretações normativas e das decisões interpretativas, na criação do recurso atípico para fiscalização do caso julgado.

Porém, o sistema português demonstra falhas, designadamente, a rigidez dos processos de fiscalização concreta, com a conseqüente elevada taxa de inadmissibilidade de recursos, bem como, a utilização do recurso de inconstitucionalidade como mero expediente dilatatório. Neste sentido, deveria ser repensado o modelo de recurso, e ser

admitido um convite ao aperfeiçoamento do requerimento de recurso ou uma adequação oficiosa do mesmo, quando haja erro no recurso a interpor, ou não seja totalmente perceptível a questão de constitucionalidade levantada, mas estejam preenchidos os restantes pressupostos, legalmente impostos. Relativamente, à utilização do recurso como expediente meramente dilatatório, este seria desincentivado, se se repensasse o efeito suspensivo do recurso e se transitasse para um efeito devolutivo, também previsto para a maioria dos recursos ordinários.<sup>142</sup>

Cumulativamente, o sistema português, é insuficiente na tutela directa dos direitos fundamentais, não estando consagrada em Portugal uma Acção de Inconstitucionalidade, que vise a protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos contra a violação por parte de actos da administração e actos do poder judicial, como ocorre nos modelos de fiscalização concentrada.

Não considero, no entanto que o caminho a traçar, deva ser o da peregrinação para um modelo concentrado de fiscalização, questão já muito discutida na doutrina, com a introdução do mecanismo do reenvio prejudicial, acompanhado de um possível recurso de amparo.<sup>143</sup> Neste sentido, também, Maria dos Prazeres Beleza<sup>144</sup>, considera que não será a introdução de um modelo concentrado com reenvio prejudicial, que venha resolver os problemas de funcionamento do sistema, como a utilização dos recursos com expediente meramente dilatatório e o prolongamento excessivo dos processos. Uma vez que, o sistema concentrado, complementado pelo recurso de amparo, também prevê o esgotamento prévio de todas as vias judiciais, para que a pessoa possa lançar mão do recurso de amparo. Maria Fernanda Palma aponta que a mudança para um sistema

---

<sup>142</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, MARIANO, JOÃO CURA E MENDES, ARMINDO RIBEIRO «*Reforma e simplificação do Processo Constitucional em Portugal*», in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Lisboa, Almedina, 2012, págs.261 a 280.

<sup>143</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pág. 990. Do mesmo autor «*Insuficiências dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto na ordem jurídica portuguesa*», in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, págs. 53 a 61.

AMARAL, MARIA LÚCIA,« *Justiça Constitucional, protecção de direitos fundamentais e segurança jurídica: que modelo de justiça constitucional melhor protege os direitos fundamentais*», in *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2002, pág. 19, da mesma autora « *Problema da Judicial Review em Portugal*», in *Themis*, n.º10, 2005, pág. 67.

<sup>144</sup>BELEZA, MARIA DOS PRAZERES «*Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*», in *Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil*, Almedina, 2012, págs. 89 a 99.

concentrado representaria uma amputação dos poderes dos juízes em decidir o direito.<sup>145</sup> Bem como diminuiria a abrangência da fiscalização e da garantia da Constituição e afastaria os cidadãos e os tribunais ordinários da Constituição.<sup>146</sup>

O sistema de justiça constitucional deve sempre proporcionar aos cidadãos uma tutela jurisdicional efectiva, e a mesma passa pela possibilidade de recorrer seja em jurisdição comum, seja na jurisdição constitucional, devendo manter-se em Portugal o sistema de fiscalização difusa na base e concentrada no topo. Contudo, uma verdadeira tutela jurisdicional efectiva exigiria a previsão de um mecanismo de controlo dos demais poderes, que não apenas o legislativo, em nome da defesa e efectividade dos direitos fundamentais do cidadão. Dado que, a Constituição, embora, preveja que não só as leis mas os demais actos do Estado e de todas as entidades públicas têm de ser conformes à Constituição, o sistema de fiscalização judicial consagrado, apenas abrange os actos normativos.<sup>147</sup>

## 10. O RECURSO DE AMPARO

A protecção e a tutela de direitos fundamentais pode ocorrer de diferentes formas e em diversos modelos, como tal, em cada sistema jurídico, existe um modelo mais ou menos complexo de protecção dos direitos fundamentais. Razão pela qual, a doutrina tem vindo a distinguir entre modelos de tutela subjectiva máxima, em que é admitido o acesso directo, dos titulares de direitos fundamentais, ao Tribunal Constitucional, ou a tribunal semelhante, entre estes o caso Alemão e Espanhol, bem como o Suíço, Austríaco e Brasileiro. De tutela subjectiva média, como o caso Português e Italiano, em que apesar de estar consagrada a fiscalização concreta da inconstitucionalidade, não existe um mecanismo de recurso directo para o Tribunal Constitucional, por violação de

---

<sup>145</sup> PALMA, MARIA FERNANDA, « *Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional* », in *Themis*, ano I, n.º 1, 2000, pág. 30.

<sup>146</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio* », Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs.983 e ss. e págs. 1065 e 1066.

<sup>147</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013,pág.11.

direitos fundamentais. E modelos de tutela subjectiva mínima, como o modelo francês que apenas prevê a fiscalização da constitucionalidade preventiva.<sup>148</sup>

Contudo, tem vindo a consolidar-se, no Mundo e na Europa, a preocupação com a tutela de direitos fundamentais, seja a nível interno, como internacional<sup>149</sup>, reflexo de uma crescente consciencialização da necessidade de tutela efectiva dos mesmos, através de mecanismos jurídicos, que possam contrabalançar as investidas do poder executivo, legislativo e do próprio poder judicial.

É neste paradigma de tutela de direitos fundamentais que, em alguns ordenamentos jurídicos foi consagrado o instituto do recurso de amparo, que se caracteriza por constituir um complemento aos recursos de constitucionalidade e à jurisdição ordinária de tutela dos direitos fundamentais, ampliando as garantias de protecção, e configurando a sua *ultima ratio*.

O Recurso de Amparo, ou queixa constitucional, constitui um mecanismo de acesso directo dos cidadãos ao tribunal constitucional, para defesa de direitos fundamentais. Representando uma acção autónoma com um objecto próprio, embora este possa coincidir no todo ou em parte, com o objecto de outra acção que, tenha sido levada à discussão nos tribunais comuns. Mas terá, necessariamente, de se reportar a uma violação de direitos fundamentais por parte de um poder público e os direitos violados têm de ser reconhecidos enquanto tal, na ordem jurídica em que é proposta a acção. Podendo a amplitude de direitos tutelados variar entre os diferentes ordenamentos jurídicos.

O recurso de amparo ou queixa constitucional, surge no direito comparado como recurso de última *ratio*, ou seja, o mesmo só é admitido após o esgotamento de todas as vias jurisdicionais comuns.

---

<sup>148</sup> MORAIS, BLANCO CARLOS, « *Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia de Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista*», in AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 89 a 93.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO « *A estruturação dos direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa* », Vol. I, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 182 a 187.

Botelho, Catarina Santos, « *A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*», Almedina Editora, Coimbra, 2010, págs. 77 a 79.

<sup>149</sup> Surgimento das Declarações de Direitos do Homem, seja universal europeia, americana ou africana, e no seu seguimento, a implementação de tribunais internacionais de tutela dos direitos fundamentais.

O recurso de amparo é então, um remédio contra as violações do poder público, nas palavras de José de Melo Alexandrino<sup>150</sup>. Assim, quanto à forma processual em causa, esta terá de ser, obrigatoriamente flexível, querendo com isto dizer que, para que esta queixa/recurso possa funcionar como uma verdadeira garantia da constituição e dos direitos fundamentais, terá de permitir uma maior abertura nos requisitos formais de aceitação ou rejeição do recurso. Sem que, evidentemente, se coloque em causa, a segurança jurídica.

Este mecanismo não está previsto no ordenamento jurídico português, todavia tem sido objecto de ampla discussão pela doutrina<sup>151</sup> e até, já surgiu inserido em propostas de revisão constitucional, designadamente, na revisão de 1989, por iniciativa do PCP foi proposta a consagração de uma «acção constitucional de defesa perante o Tribunal Constitucional contra actos ou omissões dos poderes públicos que lesassem directamente direitos liberdades ou garantias, quando não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais», já da parte do PS foi proposta a criação de um «recurso constitucional de defesa» contra actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma, violassem os mesmos direitos, liberdades e garantias, após esgotamento dos recursos ordinários. Na revisão de 1997, foi proposto pelo PSD, no seguimento do que era defendido por Jorge Miranda, a introdução de um «recurso constitucional»<sup>152</sup>. Bem como, novas propostas do PS e do PCP foram apresentadas, para a consagração de recursos de amparo e rejeitadas pelo parlamento.

A admitir-se o recurso de amparo em Portugal, este deveria ser estruturado da seguinte forma, apenas poder ser suscitado quando esteja em causa uma violação grave de

---

<sup>150</sup> ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, «*Os Tribunais e a Defesa dos Direitos Fundamentais: Reflexões em torno da experiência cabo-verdiana, Texto da conferência proferida no Colóquio universitário “18 Anos de Estado Constitucional, de Direito e Democrático”*», organizado pelo Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, na Cidade da Praia, em 24 de Setembro de 2010, para assinalar os 18 anos da Constituição da República de Cabo Verde, pág.6, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7hr0CK9iUnU%3D&tabid=333>.

<sup>151</sup> NOVAIS, JORGE REIS, «*Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*», in Themis ano VI, nº10, 2005, págs. 91 a 117.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Justiça Constitucional, Protecção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que Modelo de Justiça Constitucional, Melhor Protege os Direitos Fundamentais?*», in Anuário Português de Direito Constitucional, 2002, págs. 11 a 22.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (uma Lição de Direito Público Comparado)*», in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, volume I, Almedina, 2008, págs. 473 a 499.

<sup>152</sup> MIRANDA, JORGE, «*Ideias para uma revisão constitucional em 1996*», Edições Cosmos, Lisboa, 1996.

direitos fundamentais, ou seja, relativamente, aos direitos inscritos no título II da Constituição, apresentar-se como um recurso subsidiário e de última *ratio*, só sendo admissível após o esgotamento das vias ordinárias. Bem como, a admissibilidade do mesmo, deverá depender da conjugação de elementos objectivos e subjectivos, afastando a possibilidade de adopção do mecanismo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal Americano, do *Writ of Certiorari*, em que, cabe a este Tribunal decidir quais as questões que têm relevância e importância suficiente para serem por ele tratadas, o que objectivaria a admissibilidade dos recursos e afastaria a vertente subjectiva de disponibilidade das partes quanto ao recurso. E recentemente, também trazido aos ordenamentos Alemão, Espanhol, Suíço e Brasileiro para objectivação do recurso de amparo, através do requisito de “relevância jurídico-constitucional fundamental”.<sup>153</sup>

Parte da doutrina, tem-se demonstrado contrária à introdução deste mecanismo, apontando como principal obstáculo à inserção do recurso de amparo, no sistema português, o facto de o nosso modelo de justiça constitucional não ser um modelo de justiça concentrada. E que ao admitir-se um acesso directo dos cidadãos ao Tribunal Constitucional, para defesa dos seus direitos, contra actuações tanto, do poder executivo, legislativo, como judicial, iria levar a um aumento do conflito entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional, que passaria a poder fiscalizar directamente a actuação de todos os tribunais, desde que assim, fosse solicitado pelo cidadão titular do direito violado.<sup>154</sup>

É verdade, que um sistema de fiscalização difuso proporciona uma maior conflitualidade entre a jurisdição comum e a jurisdição constitucional, em relação ao modelo concentrado. No entanto, tem demonstrado a prática dos tribunais portugueses que essa conflitualidade no nosso ordenamento jurídico é praticamente inexistente. Contudo, posso admitir que com a admissibilidade do Tribunal Constitucional vir a revogar por completo decisões dos tribunais comuns, por estas violarem direitos

---

<sup>153</sup> ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO « *Sim ou não ao recurso de amparo*», in *Perspectivas de Reforma constitucional em Portugal e no Brasil*, Lisboa, Almedina, 2012, págs. 250 a 260.

<sup>154</sup> MORAIS, CARLOS BANCO DE, « *Justiça Constitucional, Tomo II, o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2006 págs. 989 a 1063.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Justiça Constitucional, Protecção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que Modelo de Justiça Constitucional, Melhor Protege os Direitos Fundamentais?*», in *Anuário Português de Direito Constitucional*, 2002, págs. 11 a 22.

fundamentais e não apenas se pronunciar sobre uma questão normativa, poderá levantar novas ondas de crispação, pois haverá uma intromissão do Tribunal Constitucional no poder decisório da jurisdição comum. Ainda assim, não penso que este seja o raciocínio correcto quanto a esta questão. É verdade que poderia surgir uma maior conflitualidade, mas não seria essa potencial conflitualidade um risco necessário para uma maior garantia da Constituição e da protecção dos direitos fundamentais? A meu ver, o Tribunal Constitucional ao ser criado, foi-lhe atribuída especificamente a função de zelar pela aplicação da Constituição ora, o cerne e o fundamento de uma ordem constitucional é a garantia do Estado de Direito Democrático, nomeadamente da tutela de direitos fundamentais, assim não podemos afastar o Tribunal Constitucional daquilo que seria a sua função natural, em nome de uma composição de interesses, e conjugação de vontades, para evitar um controlo da justiça constitucional sobre a justiça comum. Este tipo de raciocínio em que, o poder jurisdicional não pode ser posto em causa por um Tribunal Constitucional é uma falácia, na medida em que, se parte de uma afirmação que vai contra a própria ideia de Constituição e Justiça Constitucional. Não devemos restringir os poderes e competências de um órgão (Tribunal Constitucional) em relação apenas um dos actores públicos e um dos vértices da triangulação do poder (poder legislativo). A inexistência da fiscalização de actos do executivo e do poder judicial levanta a questão, se existirá, verdadeiramente, um sistema de “cheks and balances”, que garanta o controlo da actuação de cada um dos poderes, e garanta um verdadeiro Estado de Direito Democrático?

O poder de controlo e fiscalização atribuído aos tribunais, relativamente ao poder legislativo, constituiu uma conquista e uma consagração da superioridade da Constituição, quanto a todas as outras fontes de direito e decorreu, da necessidade de atribuição, a um poder independente, a garantia da legalidade e da constitucionalidade, por ordem de uma evolução histórico-cultural que, demonstrou que, efectivamente, o poder legislativo cometia, muitas vezes, profundas injustiças e violações grosseiras da Constituição. Como refere Jorge Miranda, no seguimento do que era defendido por Montesquieu, “Contra o poder só o poder consegue, em último termo, prevalecer.”<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> MIRANDA, JORGE, « *Manual de Direito Constitucional* », Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 53.

Hoje em dia, já é reconhecido em inúmeros países a possibilidade de fiscalização de actos do executivo e também das próprias decisões dos tribunais. Esta expansão dos poderes de fiscalização, da actuação dos diferentes centros de poder, revela uma maior preocupação com a constitucionalidade da actuação dos poderes públicos e a necessidade de uma verdadeira garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos. E uma crescente descredibilização do poder executivo e do poder legislativo.<sup>156</sup>

O Tribunal Constitucional português, continua refém das competências de fiscalização normativa, tendo muitas vezes ultrapassado as mesmas através da utilização de conceitos extensivos e interpretações normativas, vindo a transformar o recurso de constitucionalidade num “quasi-queixa constitucional” apenas dirigida aos actos poder judicial<sup>157</sup>.

Internacionalmente, a tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos é conseguida através da existência de mecanismos como o recurso de amparo internacional, seja para o TEDH, seja para o TIDH ou TADHP. Tendo no caso português, vindo o Estado a ser sucessivamente condenado pelo TEDH pela violação de direitos dos cidadãos. Não se compreende, como continua a ser defendido por parte da doutrina a desnecessidade de introdução de um mecanismo como o recurso de amparo ou queixa constitucional.

Paralelamente, é também referido que a introdução de um mecanismo como este iria congestionar por completo o funcionamento do Tribunal Constitucional, pois a sua introdução levaria a uma massificação de recursos interpostos.<sup>158</sup> É verdade que, a criação de mais mecanismos de tutela constitucional aumentaria, naturalmente, o número de pessoas que se dirigem ao Tribunal Constitucional mas, esta afluência deve ser vista como natural, e serem encontrados mecanismos organizativos que permitam ao Tribunal Constitucional responder às solicitações. Não pode ser admitido, como

---

<sup>156</sup> Veja-se o caso da jurisdição Brasileira, em que ao Supremo Tribunal Federal têm sido atribuídos poderes cada vez maiores de intervenção na actuação administrativa, com a consagração da súmula vinculante. Cfr. MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4ª Edição, 2013, pág. 137.

<sup>157</sup> AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (uma Lição de Direito Público Comparado)*», in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, volume I, Almedina, 2008, págs. 473 a 499.

<sup>158</sup> MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2005, págs.1058 e ss. e MEDEIROS, RUI, «*A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*», Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999, págs.356 e ss.

argumento de peso, para a falha na tutela dos direitos fundamentais, a burocracia ou o aumento de trabalho que tal representaria.

## 11. CONCLUSÃO

A história constitucional portuguesa demonstra uma preocupação com as questões constitucionais e o interesse pela evolução da justiça constitucional e o acompanhamento de exemplos internacionais. Nomeadamente, pela conjugação de elementos estruturantes de diversas ordens jurídicas, como a fiscalização preventiva francesa, a fiscalização difusa de inspiração norte-americana, importada do modelo brasileiro e a criação de um Tribunal Constitucional consagrando-se um modelo de fiscalização concentrada, no âmbito abstracto e de topo no âmbito da fiscalização concreta.

Não foi, nunca, o perfil do legislador português a mera transposição de modelos completos existentes noutros ordenamentos jurídicos. Sendo os debates de revisão constitucional e as suas propostas ricos em conjugação de diferentes elementos, ideias e soluções.

Contudo, com a consolidação da democracia e do próprio enraizamento do Tribunal Constitucional, no nosso ordenamento jurídico, parece que a discussão em torno de melhoramento do sistema de justiça constitucional ficou manietado, pelo conforto do que está já introduzido e pela excelente capacidade revelada pelos juízes do Tribunal Constitucional de, por vezes, ultrapassarem as próprias limitações do sistema, através de institutos como decisões interpretativas e conceitos latos de norma (conceito funcional de norma).

No entanto, não se afigura suficiente e compatível com os princípios consagrados na Constituição, como o Princípio do Estado de Direito Democrático, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Princípio da Tutela Jurisdicional Efectiva, a inexistência de um mecanismo de fiscalização da constitucionalidade dos actos tanto do poder executivo, como do poder judicial.

Deste modo, devemos retirar das lições de Direito Comparado Constitucional, os exemplos de tutela de direitos fundamentais e reclamar por uma consagração a par destas, na nossa Constituição. Pois, não faz qualquer sentido, ser admissível em contexto internacional um cidadão Português apresentar uma queixa particular no Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, contra o Estado Português, por actuação do executivo, ou decisões judiciais, invocando a violação de direitos fundamentais e não o poder fazer no seu ordenamento jurídico, perante o Tribunal Constitucional.

Assim, a Constituição deveria ser revista e alterada:

1 - Começando por se estabelecer um efeito devolutivo para os recursos de constitucionalidade, para fazer frente à sua utilização como, expediente meramente dilatatório, o que contribuiria com certeza para a diminuição de recursos desnecessários.

2 – Flexibilização do regime de interposição de recurso, no sentido de que vícios de procedimentos irrelevantes, não possam ditar a inadmissibilidade directa do recurso, e possa haver uma tutela mais efectiva, com o aproveitamento de actos processuais, e convites ao aperfeiçoamento.

3 – Ao Ministério Público deveria ser atribuído o dever de recorrer para o Tribunal Constitucional, em fiscalização abstracta sucessiva, após verificar a existência de três casos concretos de declaração de inconstitucionalidade da mesma norma. Alterando-se a letra do artigo 281.º n.º3 da Constituição e aproximando-a do que vêm já disposto no artigo 82.º da LOFTC.

4 – A fiscalização por omissão, também deveria ser objecto de revisão, consagrando-se a possibilidade de fiscalização concreta de situações omissivas, criando um novo tipo de recurso para o Tribunal Constitucional, ampliando assim o leque de recursos permitidos pelo artigo 280.º da Constituição.

5 - A letra do artigo 204.º da CRP deveria passar a consagrar a fiscalização, por parte de todos os tribunais, da constitucionalidade de actos praticados pelo poder público, para além dos actos normativos. Seriam assim, objecto de fiscalização da constitucionalidade, não só os actos normativos, como os actos executivos e os próprios actos judiciais. Com a consequente criação de um artigo relativo à fiscalização concreta destes actos, em paralelo, ao artigo 280.º da C.R.P..

6 – O artigo 277.º da C.R.P. também seria revisto, prevendo que a inconstitucionalidade por acção dissesse respeito a actos e não a normas, estipulando exactamente que a inconstitucionalidade recairia sobre actos legislativos, executivos e judiciais que infringissem o disposto na Constituição.

7 – E, por último, mas não menos importante, deveria ser consagrado o recurso de amparo, para tutela de direitos fundamentais, em que aos cidadãos seria dada a possibilidade de se dirigirem directamente ao tribunal constitucional e invocarem uma violação de um direito fundamental, por parte da actuação do poder executivo ou do poder judicial. Tal, mecanismo de acesso directo ao Tribunal Constitucional seria de última *ratio*, devendo primeiro tal violação ter sido discutida nos tribunais comuns.

A alteração dos efeitos e a diminuição do rigor formalista do recurso para o Tribunal Constitucional permitiriam uma maior efectivação da justiça constitucional e diminuiriam o número de requerimentos de recurso absolutamente inadmissíveis interpostos, bem como, traria um maior aproveitamento do funcionamento do Tribunal Constitucional.

A possibilidade de fiscalização dos actos do poder executivo e a criação de um mecanismo como o recurso de amparo contribuiria para, uma tutela mais efectiva dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e permitiria uma maior articulação entre o conteúdo material da constituição e a sua efectivação na sociedade. Levaria ainda, a uma desnecessidade de concretizações doutrinárias sobre o significado normativo e interpretação normativa, bem como da utilização de verdadeiros equilíbrios argumentativos pelos advogados e pelos juízes do Tribunal Constitucional. Este mecanismo traria maior confiança e segurança no sistema jurídico, e revelaria uma concretização do direito à justiça consagrado no artigo 20.º da Constituição. Passaríamos a ter um verdadeiro ordenamento jurídico-constitucional, que daria ainda espaço ao Tribunal Constitucional para realizar a tarefa de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais. Colocando Portugal na rota internacional da criação e desenvolvimento dogmático e jurisprudencial do direito e da efectividade da protecção dos direitos fundamentais, essencial ao progresso das sociedades, plurais e em constante mutação, em que vivemos. Permitindo ao Tribunal Constitucional actuar como difusor da cultura constitucional.

A fiscalização concreta da inconstitucionalidade por omissão, dizendo respeito também não só a actos do legislativo, mas também do executivo, reforçaria as garantias constitucionais, e tornaria o modelo português de justiça constitucional um dos mais completos do mundo, se não o mais completo do mundo.

## BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, «*Sim ou não ao recurso de amparo in Perspectivas de Reforma constitucional em Portugal e no Brasil*», Lisboa, Almedina, 2012.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, «*A estruturação dos direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa* » Vol. I e II, Almedina, Coimbra, 2006.

ALEXANDRINO, JOSÉ DE MELO, « *Os Tribunais e a defesa dos direitos fundamentais: Reflexões em torno da experiência cabo-verdiana, Texto da conferência proferida no Colóquio universitário “18 Anos de Estado Constitucional, de Direito e Democrático”* », organizado pelo Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, na Cidade da Praia, em 24 de Setembro de 2010, para assinalar os 18 anos da Constituição da República de Cabo Verde, pag.6, disponível em <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=7hr0CK9iUnU%3D&tabid=333>.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (uma Lição de Direito Público Comparado)*», in Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, volume I, Coimbra Almedina, 2008.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Justiça Constitucional, Protecção dos Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que Modelo de Justiça Constitucional, Melhor Protege os Direitos Fundamentais?*», in Anuário Português de Direito Constitucional, 2002.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Responsabilidade por danos decorrentes do exercício da função política e legislativa*», in Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 40.

AMARAL, MARIA LÚCIA, «*Problemas da Judicial Review em Portugal*», in Themis – Revista da Faculdade Direito da Universidade de Lisboa, ano VI, n.º10, 2005.

BELEZA, MARIA DOS PRAZERES, «*Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial*», in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil, Almedina, 2012.

BELEZA, MARIA DOS PRAZERES, «*Admissibilidade de um recurso autónomo para o Tribunal Constitucional por violação do caso julgado*», in Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço,II, Coimbra,2002.

BOTELHO, CATARINA SANTOS, «*A tutela directa dos direitos fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional*», Almedina Editora, Coimbra, 2010.

CAMARGO, MARGARIDA, DIREITO, WANDA VIANA E ALEXANDRE, CRISTINA V. M., «*Rui Barbosa e a Constituição Republicana Portuguesa de 1911*», in Anuário Português de Direito Constitucional – volume II, 2002, Lisboa, Coimbra Editora.

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, «*Direito Constitucional e Teoria da Constituição - Garantias da constituição*», 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005.

CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL , «*A Jurisdição Constitucional em Portugal*», 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2007.

DOMINGOS, INÊS E PIMENTEL, MARGARIDA MENERES, «*O Recurso de inconstitucionalidade (espécies e respectivos pressupostos)*», in Estudos sobre a jurisprudência do Tribunal Constitucional, Lisboa,1993.

KELSEN, HANS, «*Justiça Constitucional – A garantia Jurisdicional da Constituição* », in Revista sub Judice nº 20/21, 2001.

JÚNIOR, JOSÉ LEVI MELLO DO AMARAL E SILVEIRA, JOÃO TIAGO DA «*Da admissibilidade da restrição temporal de efeitos das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreto*» , in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil, Lisboa, Almedina, 2012.

MEDEIROS, RUI E MIRANDA JORGE, «*Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III*», Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MEDEIROS, RUI, «*A Decisão de Inconstitucionalidade – os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*», Lisboa, Universidade Católica Editora, 1999.

MIRANDA, JORGE, «*Ideias para uma revisão constitucional em 1996*», Edições Cosmos, Lisboa, 1996.

MIRANDA, JORGE, «*Manual de Direito Constitucional*», Tomo VI, Coimbra Editora, 4<sup>a</sup> Edição, Coimbra, 2013.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo I, Garantia da Constituição e Controlo da Constitucionalidade*», Coimbra Editora, Coimbra, 2<sup>a</sup> edição, 2006.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Justiça Constitucional, Tomo II, o contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*», Coimbra, Coimbra Editora, 2006.

MORAIS, BLANCO CARLOS DE, «*Fiscalização da Constitucionalidade e Garantia de Direitos Fundamentais: Apontamento sobre os passos de uma evolução subjectivista*», in AAVV, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, Almedina, Coimbra, 2003.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, MARIANO, JOÃO CURA E MENDES, ARMINDO RIBEIRO «*Reforma e simplificação do Processo Constitucional em Portugal*», in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil Lisboa, Almedina, 2012.

MORAIS, CARLOS BLANCO DE, «*Insuficiências dos efeitos inter partes das decisões de inconstitucionalidade em controlo concreta ordem jurídica*», in Perspectivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil, Almedina, 2012.

NOVAIS, JORGE REIS, «*Em Defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma Avaliação Crítica do Sistema Português de Fiscalização Concreta da Constitucionalidade)*», in Themis ano VI, n<sup>o</sup>10, 2005.

ROLO, NUNO CUNHA, «*A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)*», publicado em <http://www.verbojuridico.net>, Lisboa.

REGO, CARLOS LOPES DO, «*Os Recursos de Fiscalização Concreta na Lei e na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*», Almedina, 2010.

SEGADO, FRANCISCO FERNANDEZ, «*La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*», in *Revista Derecho Público*, n. 2, p. 11, out./nov./dez. 2003.

SILVA, JORGE PEREIRA DA, «*Dever de Legislar e protecção jurisdiccional contra omissões legislativas*», Lisboa, 2003.

Actas da Assembleia Nacional Constituinte de 1911: de 15 de Junho a 25 de Agosto, Lisboa, Assembleia da República, 1986.