



2.º CONGRESSO DA CONFERÊNCIA MUNDIAL SOBRE JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

**“Separação de poderes e independência dos Tribunais Constitucionais e
órgãos equivalentes”**

[Rio de Janeiro, Brasil, 16 a 18 de Janeiro de 2011]

Relatório elaborado por Maria Benedita Urbano, Assessora do Gabinete do Presidente do
Tribunal Constitucional de Portugal

RELATÓRIO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

INTRODUÇÃO

As ideias básicas inerentes ao princípio de divisão dos poderes, tal como formuladas por Montesquieu na sua obra *De L'Esprit des Lois*, e solenemente proclamadas no artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, continuam vivas e válidas para aferir da democraticidade de um Estado e para a sua consideração como Estado de Direito. Assim, permanecem incontornáveis as ideias da necessária divisão funcional e orgânica dos poderes (ainda que, porventura, sejam aceites versões mais mitigadas, com a partilha de uma mesma função por variados órgãos, contanto que seja assegurado que o seu núcleo duro caiba preferencialmente a um dado órgão); a da necessidade de evitar a excessiva concentração de poder num mesmo órgão; a do desejável equilíbrio entre os poderes; a do estabelecimento de um sistema de pesos e contrapesos (*checks and balances*), vale dizer, de um controlo recíproco entre os vários órgãos detentores do poder, na esteira dos ensinamentos dos *Founding Fathers*.

A actualidade das ideias acabadas de mencionar não significa, porém, que se tenha verificado uma rigidificação da concreta formulação delineada e defendida por Montesquieu. Pelo contrário, essa formulação é hoje em dia sobretudo um ponto de referência, tendo o aludido princípio sofrido variados desenvolvimentos desde então. Verdadeiramente, a formulação de Montesquieu não é totalmente inequívoca e tem permitido diferentes leituras. Seja como for, independentemente de uma qualquer formulação concreta do princípio em causa (seja a de Montesquieu, seja uma outra), o que importa é que as ideias acima assinaladas se imponham e inspirem a organização política do Estado.

A justiça constitucional – cujo cerne se consubstancia no controlo da constitucionalidade das normas – constitui um elemento indispensável para o equilíbrio entre os poderes, em particular para o correcto e adequado funcionamento do sistema de pesos e contrapesos que anda indissociavelmente associado à ideia de separação dos poderes. Curiosamente, o seu surgimento e afirmação não deixaram de suscitar críticas e resistências por parte daqueles que, precisamente, entendiam que a possibilidade de os tribunais (controlo difuso ou norte-americano), ou um determinado tribunal (controlo concentrado ou austríaco), invalidarem uma norma criada pelo parlamento violava o princípio da separação dos poderes. Isto, na medida em que implicava uma interferência indesejável e inadmissível do poder judicial na esfera do legislativo. Deixando de parte as várias discussões que se vêm mantendo acerca da bondade deste controlo, as quais se têm centrado fundamentalmente nas ideias da falta de legitimidade democrática dos tribunais e

do desrespeito do princípio da necessária observância das leis pelos juízes, constitui uma evidência que é impossível alcançar uma separação de poderes equilibrada se os juízes continuarem a ser considerados como meras bocas da lei. E isto é tanto mais válido quanto é do conhecimento geral a enorme expansão que, sobretudo a partir do século XX, conheceram os poderes legislativo e executivo e a importância que assumiram os direitos fundamentais na tutela da dignidade da pessoa humana, e ainda, de forma genérica, os valores constitucionais, direitos e valores cuja efectividade depende de uma protecção judicial sem falhas. Ou seja, para controlar e conter um poder legislativo e um poder executivo fortes é necessário e indispensável um poder judicial igualmente forte.

O crescimento do poder judicial, em particular a expansão da actuação dos juízes constitucionais, tem estado desde sempre na mira de críticas, sendo hoje um lugar comum ouvir-se falar em activismo judicial, fenómeno multiforme, mas genericamente condenado enquanto considerado, em especial na sua vertente de criação de direito pelos juízes (legislação judicial ou direito jurisprudencial), como uma clara usurpação de funções. De acordo com essas vozes críticas, o juiz constitucional teria voluntariamente abandonado as suas vestes kelsenianas de legislador negativo, já de si controversas, e teria abraçado o papel de verdadeiro legislador positivo, em concorrência, e por vezes em colisão, com o legislador ordinário. Um pouco por todo lado, quer nos países que adoptaram o sistema de *common law* (com a excepção do Reino Unido), quer nos países de tradição romano-germânica, surgem denúncias contra a criatividade dos juízes, expressa e consolidada em sentenças ditas interpretativas, manipulativas (aditivas e substitutivas), de mera inconstitucionalidade, exortativas, etc. Em Portugal, este debate tem andado um pouco arredado das discussões políticas e dos debates académicos, porventura em virtude da atitude reconhecidamente moderada e tendencialmente autocontida dos operadores de justiça constitucional (Tribunal Constitucional e tribunais ordinários).

De igual forma, a supressão do Tribunal Constitucional não está na ordem do dia, e, apesar de ocasionalmente, sobretudo em sede de campanhas eleitorais, se ouvirem algumas vozes a sugerir a transferência das suas competências para o Supremo Tribunal de Justiça, à semelhança do que sucede em outros países, nunca até ao momento foi seriamente equacionada pelo legislador de revisão essa hipótese que, por esse motivo, se afigura bastante remota. Verdadeiramente, essa bandeira política tem sido sustentada sobretudo com base em considerações de natureza financeira, de modo algum resultando beliscadas a competência e a integridade deste Tribunal, não sendo as suas decisões questionadas, pelo contrário, sendo habitualmente louvadas, ou pelo menos respeitadas, pela generalidade da doutrina e dos meios de comunicação social. Igualmente estranhas à realidade constitucional portuguesa são as tentativas de dominar este Tribunal por parte dos poderes políticos do Estado que passem pela alteração da sua composição concreta, do seu número (aumento ou diminuição do número de juízes), por atrasos na substituição de juízes demissionários ou que cessam funções, etc.

O Tribunal Constitucional português foi criado em 1982, na sequência da segunda revisão da actual constituição, a Constituição de 1976. No entanto, a justiça constitucional em Portugal remonta à primeira constituição republicana, a Constituição de 1911, onde se consagrou, em contracorrente com os restantes países do continente europeu, o sistema do controlo difuso. Um tal facto é explicado tendo em consideração as influências recebidas pelo legislador constituinte português da Constituição brasileira de 1891, por

sua vez influenciada, quanto a este particular aspecto, pelo *judicial review* norteamericano. Ao sistema de controlo difuso seria acrescentado, por força da Constituição de 1933, o controlo concentrado, embora de natureza política, competindo ao próprio parlamento (Assembleia Nacional). Presentemente, na vigência da actual Constituição, mantêm-se os dois tipos de controlo, concentrado e difuso, podendo falar-se na existência de um «sistema misto-complexo» (Gomes Canotilho), desde 1982 integralmente jurisdicionalizado.

I – A INDEPENDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ENQUANTO INSTITUIÇÃO

No que concerne especificamente ao órgão máximo da justiça constitucional, o Tribunal Constitucional (TC), a sua composição, organização e funcionamento constam da própria Constituição e de vários diplomas legais, de entre os quais se deve destacar a Lei da Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC). É essencial que os aspectos mais relevantes do Estatuto do Tribunal Constitucional e dos seus membros, assim como aqueles relativos à sua autonomia financeira, administrativa e regulamentar, constem do próprio texto constitucional, vale dizer, que não estejam na livre disposição do legislador ordinário.

Relativamente à sua **posição sistémica** no organigrama estadual, tal como resulta do texto constitucional, o Tribunal Constitucional, aliás como todos os tribunais, é um órgão constitucional de soberania. Enquanto órgão de soberania, encontra-se no mesmo plano e numa posição de equidistância em relação aos outros órgãos de soberania e é dotado de um poder de auto-organização normativa. Quanto a este último, ele manifesta-se em variados domínios, nomeadamente no financeiro, no administrativo e no regulamentar (em particular aquele ligado à organização e ao desenrolar dos trabalhos), contribuindo para a autonomia deste tribunal. Também a sua independência é inerente à sua categoria de órgão que exerce poder estadual. Como afirmava Kelsen, a independência do tribunal constitucional em face do parlamento e do executivo é um postulado evidente, tendo em conta que, sendo eles detentores do poder de criar normas, vão ser necessariamente controlados por este tribunal. Tanto a autonomia como a independência do Tribunal Constitucional (e dos seus juizes) decorrem e, mais do que isso, são um corolário do princípio da separação dos poderes, e estão expressas em várias normas constitucionais e legais. Ambas consubstanciam condições necessárias para assegurar a imparcialidade e a neutralidades das decisões.

Dada a especificidade da sua natureza e funções, o legislador constituinte entendeu dar ao TC um tratamento autónomo no texto da Constituição, destacando-o dos restantes tribunais (Título VI da Parte III). Não será esta a sede mais adequada para discutir qual a verdadeira natureza deste órgão de justiça constitucional – *v.g.*, se se trata de um verdadeiro tribunal, se é afinal um órgão político ou um órgão misto (judicial e político) –, seja como for, a natureza jurisdicional das suas funções, pelo menos no respeitante ao controlo da constitucionalidade das normas, é pacificamente aceite.

De igual modo, admite-se sem grande hesitação que a nomeação pela Assembleia da República (e, neste sentido, política) dos juizes do Tribunal Constitucional não implica necessariamente a sua politização e a sua permeabilidade a pressões políticas (ou de outra

natureza), desde que, obviamente, estejam consagradas garantias de autonomia e de independência deste órgão de justiça constitucional.

O legislador constituinte português foi particularmente sensível a esta preocupação de garantir a autonomia e a independência do TC enquanto instituição e, da mesma forma, dos seus respectivos juizes, sendo várias as medidas adoptadas para assegurar que constituam uma realidade.

Assim, e desde logo, é de registar a **autonomia** do TC, quer em relação aos ramos políticos do Estado, não estando previsto qualquer tipo de subordinação (jurídica ou de outra natureza) ao parlamento, ao governo e ao chefe de Estado, quer em relação aos restantes tribunais, não se encontrando o Tribunal Constitucional inserido na ordem judicial ordinária.

Quanto à sua **composição**, o TC é composto por treze juizes, todos eles escolhidos de entre juristas, sendo certo que seis deles são necessariamente juizes de carreira. Dez dos juizes são designados pelo parlamento (Assembleia da República) e os outros três são cooptados pelos seus pares. Logo aqui estão presentes dois aspectos que visam assegurar as condições acima mencionadas: por um lado, a exigência de formação jurídica de todos os componentes deste tribunal e, em relação a parte deles, a profissão de juiz; por outro lado, a cooptação de uma parte, ainda que uma fracção diminuta, deles. De assinalar ainda que o Presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Constitucional são igualmente escolhidos pelos respectivos membros.

II – A INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES INDIVIDUALMENTE CONSIDERADOS

A garantia da autonomia e da independência dos órgãos de justiça constitucional passa também por estabelecer uma série de condições de independência relativas àqueles que os compõem, os juizes constitucionais. Como se verá seguidamente, essas condições foram consagradas na ordem jurídica portuguesa, quer na Constituição, quer em diplomas legais. Assim sendo, as eventuais divisões perceptíveis em algumas decisões, em particular do TC, e, fundamentalmente, quando estão em causa questões fracturantes, não hão-de ser vistas como cedências do juiz constitucional perante pressões políticas, antes hão-de ser vistas como um reflexo das divisões que naturalmente existem no seio da própria sociedade.

Requisito de idade: Não está prevista qualquer idade mínima para exercer as funções de juiz constitucional. Quanto a um limite máximo, não há qualquer previsão explícita nesse sentido, apenas se mencionando, no artigo 21.º da LTC, que “os juizes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o período de exercício, completarem 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato”. Ao que tudo indica, o legislador constituinte não terá associado este requisito – e, portanto, a ideia de uma certa maturidade pessoal e profissional – à protecção da autonomia e independência dos juizes constitucionais.

Mas é possível descortinar uma série de outros aspectos que atestam a preocupação de garantir que a justiça constitucional em geral, e o controlo da constitucionalidade das

normas em particular, seja levada a cabo com todas as garantias de independência, neutralidade e imparcialidade. A destacar os seguintes:

Duração do mandato dos juízes do Tribunal Constitucional: Relativamente a esta questão do limite temporal do exercício das funções de juiz constitucional, a Constituição portuguesa congregou dois requisitos que habitualmente são vistos como propiciadores do regular exercício das funções em apreço, quais sejam, uma duração razoavelmente longa do mandato (nove anos) e a impossibilidade de renovação do cargo. Num registo algo diferente, diga-se que os juízes constitucionais gozam da garantia de inamovibilidade.

Cessação de funções: Não está prevista a possibilidade de o parlamento ou de outro órgão político destituir antecipadamente qualquer juiz do Tribunal Constitucional. Efectivamente, a cessação de funções é determinada apenas pelo próprio TC, uma vez verificada alguma das situações taxativamente plasmadas no artigo 23.º da LTC. São elas as seguintes: a) Morte ou incapacidade física permanente; b) Renúncia (declarada por escrito ao Presidente e não dependendo de aceitação); c) Aceitação de lugar ou prática de acto legalmente incompatível com o exercício das suas funções; d) Demissão ou aposentação compulsiva, em consequência de processo disciplinar ou criminal. Caberá ao Tribunal verificar as situações contempladas nas alíneas a), c) e d); no caso de impossibilidade física permanente, a mesma deverá ser previamente atestada por dois peritos médicos indicados pelo próprio Tribunal.

Incompatibilidades: Nos termos do texto constitucional, os juízes do TC estão sujeitos às mesmas incompatibilidades dos juízes dos restantes tribunais. De forma mais específica, a LTC estabelece que o desempenho do cargo de juiz do Tribunal Constitucional é incompatível com “o exercício de funções em órgãos de soberania, das regiões autónomas ou do poder local, bem como o exercício de qualquer outro cargo ou função de natureza pública ou privada”, apenas se abrindo uma excepção em relação ao “exercício não remunerado de funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica” (art. 27.º). Associada a esta questão das incompatibilidades, e destinada a evitar qualquer contágio político da justiça constitucional, está a proibição, dirigida aos juízes constitucionais, de exercerem “quaisquer funções em órgãos de partidos, de associações políticas ou de fundações com eles conexas”, ou de desenvolverem “actividades político-partidárias de carácter público”. Mais ainda, pese embora não haja qualquer obrigação de desfiliação partidária, “durante o período de desempenho do cargo fica suspenso o estatuto decorrente da filiação em partidos ou associações políticas”. Resta por fim mencionar que é aplicável aos juízes do TC o regime de impedimentos e suspeições dos juízes dos restantes tribunais; uma vez mais, será o próprio tribunal o órgão competente para actuar neste domínio.

Imunidades: Antes de mais, cabe dizer que os juízes do TC são irresponsáveis, não podendo ser perseguidos judicialmente pelas suas decisões, “salvo nos termos e limites em que o são os juízes dos tribunais judiciais”.

Deixando de lado a irresponsabilidade, e agora no domínio da responsabilidade civil e criminal, os juízes do TC serão tratados em termos idênticos aos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, com as devidas adaptações, as normas que regulam a efectivação da responsabilidade civil e criminal destes últimos. De forma mais específica, os juízes do TC beneficiam de dois tipos de inviolabilidade. Na eventualidade do

cometimento de um crime no exercício das suas funções, e uma vez que tenha sido movido procedimento criminal contra o juiz e este acusado, o seguimento do processo depende de prévia deliberação da Assembleia da República. No caso de se tratar de um crime estranho ao exercício das funções, e uma vez que tenha sido deduzida acusação contra o juiz, já caberá ao próprio Tribunal decidir se este deverá ou não ser suspenso das suas funções, para efeitos de seguimento do processo. Contudo, será obrigatória a decisão de suspensão se estiver em causa a prática de um crime doloso a que corresponda pena de prisão cujo limite máximo seja superior a três anos.

Regime disciplinar: O exercício do poder disciplinar relativamente aos juízes do TC compete em exclusivo a este tribunal, independentemente de o acto objecto da acção disciplinar dizer ou não respeito às funções de juiz constitucional (podendo, pois, estar relacionado com o exercício de outras funções). Cabe designadamente ao TC “instaurar o processo disciplinar, nomear o respectivo instrutor de entre os seus membros, deliberar sobre a eventual suspensão e julgar definitivamente”.

Direitos, vencimento e regalias: À semelhança do que sucede em matéria de responsabilização, também neste domínio se estendeu aos juízes constitucionais o regime dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça, pelo que aqueles beneficiam das mesmas honras, direitos, categorias, tratamento, vencimentos e regalias previstas para estes últimos.

Como se pode observar, foram consagrados uma série de direitos, garantias, prerrogativas e regalias que visam assegurar que a função de juiz constitucional seja exercida com autonomia, independência e isenção, sendo certo que em variados aspectos o estatuto dos juízes do TC não diverge grandemente do estatuto dos juízes do Supremo Tribunal de Justiça.

III – O PROCESSO ORGANIZATIVO DO TRIBUNAL

1. Autonomia organizatória

Passando agora para o campo da **organização interna** do Tribunal Constitucional, nos termos do texto constitucional, as regras relativas à sua organização e funcionamento devem ser estabelecidas através de diploma legal. Especificamente, apenas se menciona a fixação da sede deste tribunal e a possibilidade de o mesmo funcionar em secções, embora não em relação a todos os tipos de fiscalização. A regulação detalhada das regras em apreço consta da LTC e também do diploma legal que organiza a composição e funcionamento da secretaria e dos serviços de apoio do Tribunal Constitucional. Da leitura destes três instrumentos pode concluir-se que, desde logo, apesar de o grosso da disciplina neste domínio competir ao legislador constituinte e ao ordinário (parlamento e governo), todos eles concederam uma grande margem de actuação ao Tribunal Constitucional – o mesmo valendo, como se verá, em relação ao regime financeiro deste tribunal –, na medida em que muitas das normas se limitam a atribuir ao TC uma série de competências neste domínio. Para além disso, nestes três instrumentos podem encontrar-se sobretudo regras de natureza técnica (*v.g.*, a possível existência de secções, regras relativas ao quórum,

forma de eleição do Presidente e do Vice-Presidente). Saliente-se, por último, que cabe ao TC a regulação dos aspectos puramente técnicos relacionados com a tramitação dos processos. Deste modo, ficam preservadas a sua autonomia e independência.

De entre as várias **competências internas** atribuídas ao TC há a destacar, para além da relativa à eleição do Presidente e do Vice-Presidente, a de elaborar os regulamentos internos necessários ao seu bom funcionamento; a de aprovar a proposta do orçamento anual do Tribunal; e a de fixar no início de cada ano judicial os dias e horas das sessões ordinárias a realizar. O Presidente do Tribunal Constitucional congrega em si uma série de competências importantes, como sejam, a título meramente exemplificativo, as de presidir às sessões do Tribunal e dirigir os trabalhos, de convocar as sessões extraordinárias, de presidir à distribuição dos processos, de superintender na gestão e administração do Tribunal, bem como na secretaria e nos serviços de apoio, e, ainda, de dar posse ao pessoal do Tribunal e exercer sobre ele o poder disciplinar, com recurso para o próprio Tribunal.

2. Autonomia financeira e administrativa

O TC goza de uma razoável autonomia financeira e administrativa, ambas contribuindo para garantir uma actuação livre e alheia a pressões, nomeadamente às de natureza política.

No tocante ao **regime financeiro**, o Tribunal Constitucional beneficia de autonomia financeira – designadamente em relação aos órgãos cuja actuação controla, sendo a mesma, pois, fundamental para a salvaguarda de uma real e efectiva separação de poderes –, a qual se traduz no facto de o mesmo possuir um orçamento (anual) próprio, o que lhe permite estar a salvo de pressões oriundas do parlamento ou do governo.

É da competência do Tribunal elaborar e aprovar o projecto do seu orçamento (de salientar que cabe ao Conselho Administrativo do TC, que integra, entre outros, o seu Presidente, elaborar os projectos de orçamento), o qual deverá ser posteriormente apresentado ao Governo num determinado prazo prévio à elaboração do Orçamento Geral do Estado, e, finalmente, será o mesmo submetido à Assembleia da República para efeitos de aprovação. Não resulta de forma explícita da lei que o Governo possa introduzir alterações à proposta orçamental apresentada pelo TC. Assim sendo, tem-se considerado que essa possibilidade não está afastada, devendo, porém, recair sobre o Governo “o imperativo político-constitucional de dar a conhecer à Assembleia da República o conteúdo dessa proposta, no caso de não a acolher (nomeadamente quando a resolução da divergência não tenha podido ser acertada com o Tribunal)” (Cardoso da Costa).

Na mesma linha, cabe ao Tribunal gerir de forma autónoma o seu orçamento, incluindo a respectiva dotação proveniente do Orçamento do Estado. Para além disso, cabe-lhe ainda, relativamente à execução do seu orçamento, “a competência ministerial comum em matéria de administração financeira”.

Quanto às receitas, elas são provenientes do Orçamento do Estado ou consubstanciam receitas próprias (resultantes, por exemplo, do produto das custas e multas, da venda de publicações editadas pelo Tribunal ou de serviços prestados pelo seu núcleo de apoio documental e constantes de orçamento específico).

Em relação à autonomia administrativa propriamente dita, ela consubstancia-se, fundamentalmente, na competência atribuída ao Presidente do TC para “superintender na

gestão e administração do Tribunal, bem como na secretaria e nos serviços de apoio” e, de igual modo, para “dar posse ao pessoal do Tribunal e exercer sobre ele poder disciplinar, com recurso para o próprio Tribunal” e, ainda, para assegurar o “provimento do pessoal da secretaria e dos serviços de apoio do Tribunal Constitucional”. Conforme foi mencionado, o TC não dispõe de um poder de auto-organização total, cabendo ao Governo, mediante decreto-lei, regular a organização, composição e funcionamento da secretaria e dos serviços de apoio do TC. A definição dos quadros de pessoal do Tribunal é estabelecida por portaria governamental, embora sob proposta do seu Presidente.

3. Processos de fiscalização e respectiva tramitação

Relativamente aos **processos de fiscalização da constitucionalidade**, a actual Constituição portuguesa prevê quatro tipos puros e um misto: a fiscalização abstracta preventiva, a fiscalização abstracta sucessiva, a fiscalização concreta, a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão e a “fiscalização mista” (processo de declaração de inconstitucionalidade com base no controlo concreto). A legitimidade processual activa depende do tipo de processo em causa, sendo bastante diversificada. Houve claramente a preocupação, por parte do legislador constituinte, de conferir a um leque bastante razoável de entidades públicas, e também, em certa medida, aos próprios cidadãos, a faculdade de iniciar o controlo da constitucionalidade das normas, não a deixando em exclusivo à mercê da maioria política do momento. Pelo contrário, e como se poderá observar de seguida, ela foi atribuída a uma série de entidades independentes e, em alguns processos, as minorias parlamentares foram contempladas com essa faculdade. Assim, em sede de fiscalização abstracta preventiva, a legitimidade processual activa, que é bastante restrita, cabe ao Presidente da República (relativamente a certas normas) e aos Representantes da República (relativamente aos diplomas legislativos regionais), podendo ainda caber, tratando-se de decreto para ser promulgado como lei orgânica, ao Primeiro-Ministro e a 1/5 dos deputados; os cidadãos não têm legitimidade processual activa mas podem, através do seu direito de petição (art. 52.º da CRP), requerer a uma das entidades acabadas de mencionar que peça ela própria a fiscalização. No que respeita à fiscalização abstracta sucessiva, a legitimidade processual activa pertence a diversas entidades: ao Presidente da República, ao Presidente da Assembleia da República, ao Primeiro-Ministro, ao Provedor de Justiça, ao Procurador-Geral da República, a um décimo dos deputados à Assembleia da República e, em certas situações, aos Representantes da República, às Assembleias Legislativas das regiões autónomas, aos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas ou a um décimo dos deputados da Assembleia Regional (valem para aqui as considerações tecidas em relação à iniciativa dos cidadãos). No que se refere à fiscalização concreta, podem suscitar o incidente de inconstitucionalidade as partes no processo, o MP quando seja parte e o juiz *ex officio*. Quanto ao processo de inconstitucionalidade por omissão, podem desencadeá-lo, para além do Presidente da República, o Provedor de Justiça e, em certos casos, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas (valem, de igual modo, para aqui as considerações relativas à iniciativa dos cidadãos). Por último, no que toca à iniciativa processual no caso do “controlo misto” (na verdade, trata-se de uma fiscalização abstracta sucessiva de uma norma que já tenha sido julgada inconstitucional pelo TC pelo menos três vezes em sede de fiscalização concreta), ela pertence aos próprios juízes do TC e ao MP.

De salientar que, exceptuando no caso do “processo misto”, os juízes do TC não possuem legitimidade processual activa, valendo, pois, o princípio do pedido – ou seja, estando a sua actuação dependente da iniciativa de outras entidades. Nem por isso, como se viu, fica comprometida a possibilidade de os juízes constitucionais apreciarem a constitucionalidade de textos em relação aos quais a maioria política do momento não vislumbra qualquer vício de inconstitucionalidade.

Em abstracto, essa possibilidade poderá resultar prejudicada pelo facto de em caso algum (porventura com a excepção dos recursos obrigatórios do MP para o TC em sede de fiscalização concreta) as entidades com legitimidade processual activa estarem obrigadas a requerer ou a desencadear a fiscalização, consoante os casos, ao TC ou aos tribunais ordinários. Tendo em consideração a história mais recente da justiça constitucional em Portugal, é possível constatar que, em matéria de controlo concentrado, a frequência dos pedidos de fiscalização tem de alguma forma sido sensível às pessoas que ocupam os cargos aos quais está associada a legitimidade processual activa. No entanto, é relativamente consensual e pacífico que essa circunstância tem mais a ver com aspectos relacionados com os ocupantes desses cargos, com a sua personalidade, do que propriamente com eventuais pressões políticas.

Como se pôde verificar, estão consagrados na ordem jurídica portuguesa, quer o **controlo sucessivo**, quer o **controlo preventivo** da constitucionalidade. Sendo a actuação da jurisdição constitucional muitas vezes considerada como permeável ao contexto e às contingências políticas, é sobretudo em relação à fiscalização prévia da constitucionalidade das normas que o problema da sua “politização” se coloca com mais acuidade. Efectivamente, a decisão no sentido de impedir a entrada em vigor de uma norma é frequentemente vista como uma decisão com um relevante impacto político e, em última análise, como uma arma política nas mãos das entidades com legitimidade processual activa neste processo. Por outras palavras, em sede de fiscalização preventiva a intervenção do TC dá-se ainda no decurso e no âmbito do processo de produção legislativa, com o que se tem entendido que ele participa, intervém ou, pelo menos, está em condições de influenciar o próprio processo de tomada da decisão política acolhida na norma (ou normas) considerada inconstitucional. Até ao momento, em Portugal, esta questão do “carácter político” da actuação do TC em sede de fiscalização preventiva e, concomitantemente, da eventual conflitualidade entre o órgão que controla e os órgãos que produzem as normas tem andado arredada das discussões jurídicas e políticas, raramente sendo agitada. Porventura, tal se ficará a dever, por um lado, à parcimónia e à razoabilidade do PR e dos RR’s na hora de requerer ao TC este tipo de fiscalização. Por outro lado, ao respeito que, regra geral, têm merecido as decisões do TC nesta sede, raramente as maiorias parlamentares (da AR e das ALRA’s) utilizando a sua faculdade de ultrapassar o veto por inconstitucionalidade (válida apenas quando são objecto de controlo certo tipo de diplomas). As considerações vertidas em relação à fiscalização preventiva são igualmente válidas para os outros processos de fiscalização.

Os processos de fiscalização da constitucionalidade são em larga medida processos objectivos, não consubstanciando, pois, um simples “processo de partes” (Gomes Canotilho). Essa objectividade está patente em diversos aspectos respeitantes ao processo constitucional.

Antes de tudo, e como foi já mencionado, com a excepção do “processo misto” (em que a iniciativa cabe aos próprios juízes do TC e ao MP), os processos só poderão ser iniciados mediante o impulso das entidades a quem o texto constitucional reconhece legitimidade processual activa, excluindo-se, portanto, os juízes do TC (*ne iudex procedat ex officio*). Quanto à excepção do “processo misto”, ela é motivada por razões pragmáticas, uma vez que o pressuposto para a utilização deste específico processo – qual seja, o de uma determinada norma ter sido julgada inconstitucional pelo TC pelo menos três vezes – só é do conhecimento dos juízes do TC (a quem compete julgar) e do MP (que está constitucionalmente obrigado a recorrer para o TC sempre que seja aplicada por um tribunal ordinário norma anteriormente por ele considerada inconstitucional).

Uma outra manifestação dessa objectividade prende-se com a circunstância de, uma vez mais com algumas excepções, não ser admitida a desistência do processo. Com efeito, a desistência apenas é admitida em sede de fiscalização concreta e de fiscalização abstracta preventiva. Este aspecto está relacionado com o princípio da indisponibilidade do processo, que significa que o seguimento do processo, uma vez que o pedido tenha sido apresentado e admitido, fica subtraído à disponibilidade dos autores do pedido (Cardoso da Costa).

Finalmente, expressão dessa objectividade é ainda o facto de, em matéria de fiscalização abstracta, preventiva e sucessiva e de inconstitucionalidade por omissão, não se poder falar com rigor da existência de um processo contraditório, mesmo estando prevista a possibilidade de audição dos órgãos autores da norma sindicanda (entidades com legitimidade processual passiva). Isto porque dificilmente se poderá afirmar que em qualquer um destes processos esteja em jogo a defesa de direitos subjectivos ou a aplicação de “direito subjectivamente relevante” para os intervenientes no processo (Gomes Canotilho). A acrescer a este aspecto, destaque-se – e esta é uma regra comum para todos os processos de controlo da constitucionalidade – o carácter integralmente escrito do processo, não estando prevista qualquer audiência pública na qual os seus intervenientes possam expor oralmente os seus argumentos.

Não obstante o carácter não contraditório da generalidade dos processos de fiscalização, nos termos assinalados, nem por isso fica afectada a transparência da actuação do Tribunal, na medida em que esta é assegurada principalmente pela publicação, no diário oficial, das decisões do TC, sendo certo que os acórdãos publicados não se limitam à decisão propriamente dita, incluindo, outrossim, a exposição do pedido, a fundamentação da decisão e ainda os votos dissidentes, quando os haja. Para além de que, como foi notado, está consagrado, com a advertência feita, o princípio *audiatur et altera pars*.

Retomando a questão do princípio do pedido, é conveniente mencionar o princípio da congruência ou da adequação, que lhe anda intimamente associado, também ele aplicável ao processo constitucional. De acordo com o princípio em apreço, a apreciação da constitucionalidade que é efectuada pelo TC deve conter-se nos estritos limites daquilo que lhe foi solicitado no pedido, não sendo possível, em consonância a *apreciação ultra petita*. Ou seja, o TC pode e deve apreciar todo o pedido, mas apenas o pedido (Gomes Canotilho), não sendo possível o seu julgamento incidir sobre normas que não constituem objecto do pedido. Esta asserção, que é consensual em relação à fiscalização concreta, já não reúne idêntico consenso (que, verdadeiramente, não é absoluto) quando se trata da fiscalização abstracta, admitindo alguma doutrina a figura das inconstitucionalidades consequenciais ou por arrastamento, derivadas e “justificadas pela

conexão ou interdependência de certos preceitos com os preceitos especificamente impugnados” (Gomes Canotilho).

Mudando um pouco de registo, mas sem sair dos aspectos relacionados com a tramitação processual, cabe referir que não está consagrado no diploma legal que regula a organização, processo e funcionamento do TC (LTC) o anonimato dos relatores dos processos. Pode, desta forma, concluir-se que a confidencialidade do nome do relator não foi considerada pelo legislador como um factor dissuasor de eventuais pressões (em particular das pressões políticas) e, em consonância, uma condição de garantia da independência dos juízes do TC.

Por último, importa ter em consideração, na medida em que também ela está relacionada, ainda que indirecta ou reflexamente, com a autonomia e a independência dos juízes constitucionais e do TC, a questão da **publicidade das suas decisões**, nomeadamente as relativas ao controlo da constitucionalidade das normas. Com efeito, as mesmas terão que ser publicadas no jornal oficial, o Diário da República, nos termos do disposto na LTC. Cabe referir que não está prevista a publicidade das sessões.

Ligada em larga medida a uma exigência de transparência, e mais concretamente com a da publicidade das decisões, está a possibilidade de conhecer o sentido individual do voto de cada um dos juízes-conselheiros, que poderá ser um voto dissidente (medida apta a satisfazer a sua autonomia, quer em relação a ingerências externas, quer no interior do próprio Tribunal, é, pois, a faculdade de que dispõem os respectivos juízes de fazer lavrar voto de vencido). O carácter nominalizado das decisões (Cardoso da Costa) permite aos cidadãos em geral apreciar o grau de autonomia e de independência do TC e dos seus juízes.

CONCLUSÃO

O Tribunal Constitucional português, como aliás a generalidade dos tribunais desta natureza, foi concebido e criado tendo como pano de fundo as teses kelsenianas que preconizavam o tribunal constitucional como um “legislador negativo”, ou seja, como um órgão que se limita a anular actos normativos, em particular os emanados pelo parlamento, quando verifique que os mesmos são contrários à Constituição. Até ao momento, a atitude clara e deliberadamente autocontida do TC português permite afirmar que o mesmo funciona de acordo com o figurino kelseniano. Não obstante, este Tribunal possui alguma margem de manobra em sede de controlo da constitucionalidade – designadamente, mas não somente, a consentida pela abertura das normas constitucionais (v.g., a necessidade de concretização de cláusulas gerais e conceitos indeterminados presentes nas normas constitucionais) e a que resulta da aplicação do princípio hermenêutico da interpretação conforme com a Constituição –, a qual tem vindo a aproveitar, sendo de registar a ocorrência de algumas sentenças ditas interpretativas. Mais do que isso, algumas sentenças proferidas por este Tribunal poderão, na opinião de alguns, enquadrar-se na categoria das sentenças aditivas substitutivas. Uma particular chamada de atenção para a faculdade que este Tribunal possui de modelar os efeitos da fiscalização abstracta sucessiva, podendo declarar a nulidade parcial em vez da nulidade total, efeitos prospectivos (*ex nunc*) ao invés dos efeitos retroactivos (*ex tunc*) e não repristinação em alternativa à repristinação da norma anteriormente revogada por aquela declarada

inconstitucional, sempre que o justifiquem a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo. Mais limitadas são as consequências da sua actuação em sede de controlo da inconstitucionalidade por omissão. Efectivamente, ainda que constate a existência de uma omissão constitucionalmente relevante, ocasionada pela abstenção indevida do legislador, o TC mais não poderá que dar disso conhecimento ao órgão em falta, estando fora de questão, quer a emissão de uma simples advertência, quer a imposição de legislar. Da mesma forma, não poderá o Tribunal dar indicações específicas ou conselhos quanto ao conteúdo das normas a adoptar pelo legislador. Esta impossibilidade de impor ao legislador ordinário uma determinada actuação é vista como uma concretização do princípio da separação de poderes, não se permitindo ao poder judiciário uma interferência tão marcante no poder legislativo. Ou seja, se, por um lado, o controlo da constitucionalidade das normas configura uma das formas do sistema de controlos interorgânicos que tipicamente caracteriza o princípio da separação de poderes (dimensão do princípio do Estado de Direito) na sua vertente de *checks and balances*, por outro lado, esse controlo não poderá passar disso mesmo, um controlo externo de actuação do legislador. A não ser assim, poderia estar em causa, não a independência do TC mas, ao invés, a do legislador, sabendo-se que a divisão dos poderes (e a sua observância e respeito) é um dos garantes da autonomia e independência dos diversos órgãos constitucionais, em particular, dos órgãos de soberania.