

A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL E EM ESPANHA. ENCONTROS E DIVERGÊNCIAS

Fernando Alves Correia*

Universidade de Coimbra

I. Introdução**

Propomo-nos, nesta breve comunicação, realçar os principais pontos de confluência e de divergência dos sistemas de *jurisdição* ou da *justiça constitucional* em Portugal e em Espanha, cuja instituição nos dois países ibéricos, ocorrida no último quartel deste século com a restauração do regime democrático, significou, nas palavras de *Helmut Simon*, e à semelhança do que antes tinha sucedido em diversos países da europa democrática, “um passo tão revolucionário como a transição do absolutismo ao constitucionalismo” (1).

O apuramento das mais relevantes semelhanças e diferenças entre os sistemas português e espanhol da justiça constitucional pressupõe a realização de uma *microcomparação* (2) entre as normas, princípios e

* Professor da Faculdade de Direito. Juiz do Tribunal Constitucional português.

** O texto que agora se publica corresponde à comunicação escrita que o autor apresentou, no dia 28 de Maio de 1997, na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, no âmbito da Semana Jurídica Portuguesa. Na revisão do texto, para efeitos da sua publicação, teve-se em consideração o novo articulado da Constituição Portuguesa de 1976, resultante da Quarta Revisão Constitucional, operada pela Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro.

(1) Cfr. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in Benda/Maihofer/Vogel/Hesse/Heyde, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Berlin. New Iork, W. de Gruyter, 1994, p. 1639.

(2) A *microcomparação* consiste na comparação entre institutos jurídicos afins em ordens jurídicas diferentes, ao passo que a *macrocomparação* realiza um confronto entre sistemas jurídicos considerados na sua globalidade. Cfr. C. Ferreira de Almeida, *Introdução ao Direito*

instituições que, numa perspectiva unitária, têm, nos nossos dois países, como objectivo a fiscalização da compatibilidade das decisões de conteúdo normativo do poder público, em especial das leis, com as respectivas Constituições. Tal análise comparativa é conduzida de acordo com o método *funcional*, já que é orientada pela procura, nos ordenamentos jurídicos objecto de comparação, dos meios e dos instrumentos que têm como escopo a resolução de um problema concreto, que é o do controlo jurisdicional da observância por parte dos órgãos do Estado, em particular dos órgãos legislativos, das normas e princípios constitucionais (3).

A nossa exposição divide-se em quatro partes. Na primeira, procede-se a uma caracterização geral do sistema português de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas. Na segunda, apresenta-se um inventário dos principais pontos de encontro da jurisdição constitucional em Portugal e em Espanha. Na terceira, faz-se um recenseamento das divergências mais significativas entre a justiça constitucional nos dois países da Península Ibérica. Por último, na quarta, fornece-se uma síntese conclusiva do conteúdo da presente comunicação.

II. Caracterização geral do sistema português de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas

Como é sabido, a Constituição é a Lei Fundamental do Estado, a norma das normas, o estalão normativo superior de um ordenamento jurídico. Como

Comparado, Coimbra, Almedina, 1994, p. 7-9; e R. Rodière, *Introduction au Droit Comparé*, Paris, Dalloz, 1979, p. 4. Segundo L.-J. Constantinesco, a descoberta do parentesco das ordens jurídicas, através da comparação entre as suas estruturas específicas, a fim de as classificar em sistemas jurídicos, é um objectivo apenas alcançável pela observação *macrocomparativa*, uma vez que a análise *microcomparativa*, sendo pela sua natureza atomística, visa o exame do fenómeno jurídico de modo seccionado e reduzido a pequenos fragmentos (cfr. *Traité de Droit Comparé*, Vol. III, Paris, Economica, 1983, p. 161, 162, 227).

- (3) Sobre o sentido e alcance do *método funcional* na análise microcomparativa, cfr. J. Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp., Barcelona, Bosch, 1961, p. 438, 439, 448, 460, 461; C. Ferreira de Almeida, ob. cit., p. 20-22; e M. Ancel, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Neuchatel, Ides et Calendes, 1971, p. 100-103. K. Zweigert/H. Kötz caracterizam, em termos lapidares, o *método funcional*, dizendo que o ponto crucial da comparação jurídica "é sempre o problema real concreto" (*das konkrete Sachproblem*). Cfr. *Einführung in die Rechtsvergleichung*, vol. I, Tübingen, Mohr, 1971, p. 30.

Grundnorm do Estado, a Constituição é erigida em *parâmetro de validade* de todos os actos dos poderes públicos. Isto mesmo está consagrado no artigo 3º, nºs. 2 e 3, da Constituição portuguesa, onde se determina que “o Estado subordina-se à Constituição” e que “a validade das leis e dos demais actos do Estado, das regiões autónomas, do poder local e de quaisquer outras entidades públicas depende da sua conformidade com a Constituição”.

Para que a Constituição cumpra efectivamente esta sua função, é necessária a criação de mecanismos de garantia de observância das suas disposições. Esses mecanismos são, por um lado, de índole *política* e, por outro lado, de *natureza jurisdicional*. Os primeiros baseiam-se nos *controles inter-orgânicos* e *intra-orgânicos* dos órgãos de soberania, decorrentes do princípio da *separação e interdependência de poderes*, condensado nos artigos 2º e 111º, nº 1, da Lei Fundamental (4). De facto, os esquemas previstos na Constituição de *responsabilidade e controlo* entre os vários órgãos de soberania e, bem assim, os instrumentos de *autocontrolo* da constitucionalidade das decisões dos órgãos de soberania (5) transformam-se em factores de *garantia de observância* da Constituição. Os segundos traduzem-se essencialmente no controlo jurisdicional da constitucionalidade de normas jurídicas, em especial das leis - o qual nos aparece, hoje, na generalidade dos países democráticos (assistimos, de facto, no pós-guerra, à generalização da justiça constitucional no quadro das democracias ocidentais, como antídoto à degenerescência totalitária que nalgumas delas se tinha verificado antes da guerra e, na última década, à emergência, nos países da Europa de leste, de órgãos jurisdicionais cuja função precípua é a fiscalização da constitucionalidade das leis e de outras normas jurídicas) (6).

(4) Segundo K. Loewenstein, as técnicas de controlo têm como finalidade impedir a concentração do poder absoluto nas mãos de um único detentor, sendo, estruturalmente, de dois tipos. Quando as instituições de controlo operam *dentro* da organização de um só detentor do poder, são designadas controlos *intra-orgânicos*. Quando, ao invés, funcionam *entre* diversos detentores do poder que cooperam na gestão estatal, são apelidadas de controlos *inter-orgânicos*. Cfr. *Teoría de la Constitución*, 2ª ed., trad. esp., Barcelona, Ariel, 1976, p. 232 e ss..

(5) Vejam-se, por exemplo, os artigos 132º, nº 1, alínea a), e 139º do Regimento da Assembleia da República, publicado no *Diário da República*, 1 Série-A, de 2 de Março de 1993, respeitantes ao controlo da admissibilidade, à luz da Constituição e dos princípios nela consignados, dos projectos e propostas de lei.

(6) Sobre as etapas do desenvolvimento da justiça constitucional na Europa ocidental e sobre a emergência de uma justiça constitucional na Europa central, cfr. D. Rousseau, *La Justice Constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 24-34.

No que toca às origens e antecedentes históricos, jurídicos e políticos da justiça constitucional, pode afirmar-se que, em Portugal, a criação de uma verdadeira e própria jurisdição constitucional autónoma deve-se à Lei de Revisão Constitucional de 1982, que, alterando a Constituição de 1976, instituiu um Tribunal Constitucional, com competência específica para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional. Na configuração do sistema português de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas, não deixou o legislador constituinte de se inspirar nas experiências das Constituições de 1911 e 1933, que previam um sistema “difuso” ou “não concentrado” de fiscalização da constitucionalidade das leis, confiado à generalidade dos tribunais ordinários no quadro dos casos concretos que houvessem de decidir, e de tomar em consideração o modelo “misto” de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas gizado na versão originária da Constituição de 1976, substituindo o órgão político de controlo concentrado da constitucionalidade de normas jurídicas (Conselho da Revolução) por um órgão jurisdicional (7).

Em Portugal, *objecto* de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade são apenas *normas jurídicas*, isto é, como vem referindo o Tribunal Constitucional, em jurisprudência uniforme e constante, qualquer acto do poder público que contiver uma “regra de conduta” para os particulares ou para a Administração, um “critério de decisão” para esta última ou para o juiz ou, em geral, um “padrão de valoração de comportamento”. Trata-se de um conceito simultaneamente *formal e funcional* de norma, que não abrange somente os preceitos de natureza *geral e abstracta*, antes inclui quaisquer normas públicas, de eficácia externa, independentemente do seu carácter geral e abstracto ou individual e concreto e, bem assim, de possuírem, neste último caso, eficácia consumptiva (isto é, quando seja dispensável um acto de aplicação). Necessário e suficiente, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, é que se esteja perante um preceito de um acto normativo público (*maxime*, lei ou regulamento), e não perante um acto administrativo propriamente dito, um acto político ou uma decisão judicial (8).

(7) Para mais desenvolvimentos, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Vol. II, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 391-411; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 1993, p. 974-976; e J.M. Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 2ª ed., Coimbra, 1992, p. 9-13.

(8) Não há, com efeito, no ordenamento jurídico português, um instituto do tipo “queixa constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), “recurso de amparo” ou “acção constitucional de

Também certas *omissões legislativas* estão sujeitas a controlo de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional português. De harmonia com o artigo 283º da Constituição portuguesa, “a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça (*Ombudsman* português) ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”. No caso de aquele tribunal verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso *conhecimento* ao órgão legislativo competente (acrescenta-se que a existência de inconstitucionalidade por omissão pressupõe que haja um dever jurídico-constitucional de legislar e só se verifica quando o legislador não cumprir as imposições constitucionais legiferantes).

No que respeita aos *momentos* de controlo, a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, em Portugal, pode ser de carácter *preventivo* ou “*a priori*”, se ocorrer antes do início da vigência das normas jurídicas, ou de carácter *sucessivo* ou “*a posteriori*”, se se verificar após as normas terem passado a fazer parte do ordenamento jurídico. Este último pode ser um *controlo abstracto, directo, por via principal ou por via de acção*, quando tem lugar independentemente da aplicação da norma a um caso, ou um controlo *concreto ou incidental*, quando ocorre a propósito dessa aplicação. A intervenção do Tribunal Constitucional no campo específico do controlo

defesa” contra actos, disposições ou actuações de facto dos poderes públicos, incluindo as próprias decisões judiciais, que violem os direitos fundamentais, devendo realçar-se, no entanto, que, no artigo 17º da Lei de Bases da Organização Judiciária de Macau, aprovada pela Lei nº 112/91, de 29 de Agosto, alterada pela Lei nº 4-A/93, de 26 de Fevereiro, está previsto um “recurso de amparo” contra as decisões proferidas por tribunal sediado no território ou contra actos administrativos ou simples actuações de facto dos poderes públicos, com fundamento na violação de direitos fundamentais garantidos pelo Estatuto Orgânico de Macau, sendo, no primeiro caso, interposto directamente perante o plenário do Tribunal Superior de Justiça e, no segundo, perante os tribunais da jurisdição administrativa - recurso esse que é, em ambos os casos, restrito à questão da violação do direito fundamental e é caracterizado como um “direito fundamental ao amparo para defesa de direitos fundamentais”. Cfr. J.J. Gomes Canotilho, *As Palavras e os Homens - Reflexões sobre a Declaração Conjunta Luso-Chinesa e a Institucionalização do Recurso de Amparo de Direitos e Liberdades na Ordem Jurídica de Macau*, in “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”, Vol LXX (1994), p. 124. Sobre esta problemática, cfr., ainda, Paulo Cardinal, *O Amparo de Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Ordenamento Jurídico de Macau*, in “Revista Jurídica de Macau”, Nº 1 (1996), p. 51-91.

concreto da constitucionalidade tem lugar por meio do “recurso de constitucionalidade” para si interposto das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões de desaplicação) - recurso que é *obrigatório* (devendo ser interposto pelo Ministério Público), quando a norma desaplicada constar de convenção internacional, acto legislativo ou regulamento promulgado pelo Presidente da República-, bem como das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada “durante o processo” (decisões de aplicação) - recurso este que pode ser apresentado pela parte que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade, no caso de ser desatendida pelo tribunal *a quo*, uma vez esgotados os recursos ordinários.

A esta pluralidade de espécies de controlo de constitucionalidade de normas corresponde, naturalmente, um conjunto de formas e de tipos de procedimento e de processos diversos perante o Tribunal Constitucional, sendo também diferentes os órgãos e as entidades com legitimidade para requerer o controlo da constitucionalidade, os prazos, o conteúdo e os efeitos das decisões do Tribunal Constitucional. Não poderemos, sob pena de nos alongarmos demasiado, analisar estas questões (9).

III. Principais pontos de encontro da jurisdição constitucional em Portugal e em Espanha

Caracterizado, em termos genéricos, o sistema português de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas, vejamos, agora, quais são os pontos comuns da justiça constitucional nos dois países ibéricos.

1. Um primeiro traço comum é a existência, em ambos os países, de uma instituição jurisdicional específica para o exercício da justiça constitu-

(9) Um tratamento detalhado das questões enunciadas no texto pode ver-se em A. Ribeiro Mendes, *Relatório do Tribunal Constitucional Português para a 1ª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, bem como no *Relatório Geral* da mesma Conferência por nós elaborado, in “1ª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha (Os órgãos de fiscalização da constitucionalidade: Funções, competências, organização e papel no sistema constitucional perante os demais poderes do Estado)”, Lisboa, Tribunal Constitucional, 1998, p. 689 e ss., e p. 41 e ss., respectivamente; e, ainda, em J. M. Cardoso da Costa, *ob. cit.*, p. 22 e ss..

cional: o Tribunal Constitucional. Este é, nos dois países vizinhos, um órgão *constitucional*, já que tem a sua composição e o núcleo das suas competências condensadas na Lei Fundamental; um órgão de *carácter jurisdicional*, mas que apresenta importantes especificidades relativamente aos restantes tribunais (10); um órgão situado no *topo da hierarquia dos tribunais*, uma vez que as suas decisões são irrecorríveis para qualquer outro tribunal (11); e o *órgão superior da justiça constitucional* - e, por isso, o intérprete supremo da Constituição.

Tanto em Portugal, como em Espanha, o aparecimento do Tribunal Constitucional teve de aguardar a restauração e a consolidação do regime democrático (as quais ocorreram, verdadeiramente, em Portugal, com a Revisão Constitucional de 1982 e, em Espanha, com a entrada em vigor da Constituição de 1978) (12). Isto comprova que só em democracia é possível a existência de um Tribunal Constitucional ou mesmo uma jurisdição constitucional que tenha como objecto o controlo da constitucionalidade das leis. Como foi sublinhado recentemente, “só na relação funcional e moral com o regime democrático, um Tribunal Constitucional tem sentido”, estando-lhe

(10) O carácter jurisdicional dos Tribunais Constitucionais de Espanha e Portugal resulta essencialmente do seu estatuto, do processo de formação das suas decisões e da natureza da sua actividade. Em Portugal, a natureza jurisdicional do Tribunal Constitucional é expressamente referida no artigo 221º da Constituição, que o define como “o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza juridico-constitucional”.

(11) As Constituições dos nossos dois países autonomizaram os Tribunais Constitucionais dos restantes tribunais, através da inclusão das disposições que lhes dizem respeito em Títulos diferentes dos dos tribunais que integram o poder judicial. Eles não se encontram, por isso, integrados na **estrutura** do poder judicial. Todavia, na medida em que das decisões dos tribunais que compõem o poder judicial, incluindo os supremos tribunais, cabe recurso para os Tribunais Constitucionais, no âmbito das matérias da sua competência, e das decisões destes não há recurso para qualquer outro tribunal, os Tribunais Constitucionais hão-de ser considerados, nos nossos dois países, ao menos sob o ponto de vista *funcional*, como situados no topo da hierarquia dos tribunais.

(12) Esclareça-se, no entanto, que na instituição do Tribunal Constitucional espanhol tiveram influência significativa o precedente histórico do “Tribunal de Garantias Constitucionais” da IIª República e a vontade do legislador constituinte em instaurar, tal como em 1931, um novo período político baseado na forma territorial de um Estado politicamente descentralizado e com as características próprias do denominado constitucionalismo democrático. Cfr. o *Relatório do Tribunal Constitucional de Espanha para a Iª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, in “Iª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, cit., p. 507.

mesmo reservado um relevante papel de “garante e ordenador da democracia” (13).

2. Um segundo ponto de contacto dos ordenamentos jurídico-constitucionais português e espanhol consiste no facto de ambos terem sofrido, em maior ou menor medida, influência dos dois grandes *modelos* de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas: do modelo norte-americano da *judicial review* ou do controlo *desconcentrado* ou *difuso*, baseado no poder-dever que os diferentes tribunais têm de não aplicar nas questões submetidas ao seu julgamento normas contrárias à Constituição; e do modelo austríaco da fiscalização *concentrada* (numa instância única e especializada) da constitucionalidade dos actos normativos do poder público (14). As Constituições dos nossos dois países consagram, por isso, de um modo geral, sistemas *mistos* de controlo da constitucionalidade de normas jurídicas, que procuram conjugar as notas típicas daqueles dois modelos de justiça constitucional. A natureza *mista* dos sistemas português e espanhol de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas resulta, desde logo, da circunstância de eles incluírem, simultaneamente, um controlo *concreto* ou *incidental* da constitucionalidade de normas jurídicas, a cargo de todos os tribunais, o qual ocorre a propósito da aplicação dessas normas aos casos que houverem de decidir, e um controlo *abstracto*, *directo*, *por via principal* ou *por via de acção* da conformidade com a Constituição de normas jurídicas, da competência exclusiva do Tribunal Constitucional, o qual se caracteriza por ter lugar independentemente da aplicação de uma norma jurídica a um caso (15).

[13] Cfr. F. Lucas Pires, *Legitimidade da Justiça Constitucional e Princípio da Maioria*, in “Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional”, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 169.

[14] As notas características destes dois modelos podem ver-se em F. Cuocolo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1996, p. 916-918; F. Fernandez Segado, *El Sistema Constitucional Español*, Madrid, Dykinson, 1992, p. 1046-1048; A. Torres del Moral, *Principios de Derecho Constitucional Español*, Vol. II, 3ª ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 1992, p. 383,384; P. Caretti/U. de Siervo, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, 3ª ed., Torino, G. Giappichelli, 1996, p. 493-496; e em D. Rousseau, ob. cit., p. 13-24.

[15] Alguns autores salientam, a este propósito, o fenómeno, ocorrido em vários países europeus, da “evolução convergente” dos dois modelos ou mesmo da “progressiva fusão” do controlo difuso e concentrado. Cfr. A. Torres del Moral, ob. cit., p. 384, 385; e F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1048,1049.

3. Um terceiro ponto de confluência dos ordenamentos jurídico-constitucionais que estamos a considerar encontra-se em alguns aspectos do *estatuto* dos juízes do tribunal que tem como função primordial o controlo da constitucionalidade de normas jurídicas. Assim, com vista ao desempenho imparcial das funções de juiz constitucional, os dois ordenamentos jurídicos reconhecem aos magistrados uma série de *garantias*. Elas são, em geral, a *independência* em relação aos restantes órgãos do Estado, designadamente em relação àqueles que procederam à sua designação, a *inamovibilidade* e a *irresponsabilidade* pelas suas decisões ou opiniões. O estatuto dos juízes do Tribunal Constitucional inclui ainda nos dois países um acervo de *direitos* e de *regalias* (naturalmente diferente em cada um deles), designadamente no domínio dos vencimentos, segurança social e regime de aposentação.

Como contrapartida ao elenco de *direitos* e de *garantias*, os ordenamentos jurídicos de Portugal e Espanha prevêem uma malha apertada de *incompatibilidades* (em regra, idênticas às dos juízes dos restantes tribunais), que apontam para um regime tendencialmente *exclusivo* do exercício das funções de juiz do Tribunal Constitucional. Especialmente vedado é o exercício de funções em órgãos de partidos políticos ou de associações políticas, bem como o desenvolvimento de actividades político-partidárias de carácter público (16).

(16) Cfr., quanto ao ordenamento jurídico-constitucional português, os artigos 222º, nº 5, e 216º, nº 3, da Constituição e o artigo 27º, nº 2, da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Lei nº 28/82, de 15 de Novembro, alterada pelas Leis nºs. 143/85, de 26 de Novembro, 85/89, de 7 de Setembro, 88/95, de 1 de Setembro, e 13-A/98, de 26 de Fevereiro) e, quanto ao ordenamento jurídico-constitucional espanhol, o artigo 159º, nº 4, da Constituição e o artigo 19º, nºs. 1 e 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (Lei Orgânica nº 2/1979, de 3 de Outubro, alterada pelas Leis Orgânicas nºs. 8/1994, de 26 de Dezembro, e 4/1985, de 7 de Junho). Em Portugal, a Constituição e a lei excluem, no entanto, do elenco de incompatibilidades o exercício de funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, impondo, porém, que tais actividades não sejam remuneradas.

No que respeita a Espanha e quanto a este ponto específico, o artigo 159º, nº 4, da Constituição e o artigo 19º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional contém uma enumeração das incompatibilidades dos magistrados do Tribunal Constitucional, acrescentando que, em tudo o mais, "os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades dos membros do Poder Judicial". Ora, quanto a estes, o artigo 389º, nº 5, da Lei Orgânica do Poder Judicial (Lei nº 6/1985) determina que o cargo de juiz ou magistrado é incompatível com "todo o emprego, cargo ou profissão remunerada, salvo a docência ou investigação jurídica, assim como a produção e criação literária, artística,

No tocante à duração do mandato dos juizes do Tribunal Constitucional e à *possibilidade, ou não, da sua renovação*, os ordenamentos jurídico-constitucionais de Espanha e Portugal apresentam, actualmente, soluções semelhantes.

No país em que nos encontramos, os magistrados do Tribunal Constitucional são designados por um período de nove anos, com renovação de um terço de três em três anos, sendo, porém, vedada a sua reeleição para um mandato imediato, salvo se, no momento em que se processa a substituição, o juiz tiver desempenhado o cargo por tempo não superior a três anos (17). Em Portugal, os juizes do Tribunal Constitucional passaram também a ter, a partir da Lei de Revisão Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, um mandato com a duração de nove anos, não renovável (18).

Costuma avançar-se como argumento a favor da proibição da renovação do mandato o reforço da independência dos juizes do Tribunal Constitucional, mas deve evitar-se uma substituição em bloco, findo o período do mandato dos juizes, por razões de *continuidade* da jurisprudência do Tribunal Constitucional. O artigo 196º da Lei Constitucional nº 1/97 pretendeu impedir um tal resultado, ao estatuir que “a lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional poderá estabelecer regime transitório aplicável à primeira eleição e cooptação de juizes, destinado a garantir que

científica e técnica e as publicações derivadas daquela [...]”. Todavia, a proibição do desempenho por parte dos magistrados do Tribunal Constitucional de “qualquer actividade profissional”, expressamente referida na Constituição e na Lei Orgânica, vem sendo interpretada (e aplicada) como vedando àqueles o exercício de funções docentes de natureza jurídica com um carácter regular. Tal entendimento apenas deixa aberta a possibilidade aos magistrados do Tribunal Constitucional de desempenharem funções docentes de carácter episódico (conferências, seminários, cursos de verão, etc.).

- (17) Cfr. o artigo 159º, nº 3, da Constituição e o artigo 16º, nº 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional de Espanha. Sobre os vários aspectos do *estatuto* dos magistrados do Tribunal Constitucional espanhol, cfr. F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1057-1070; J. Perez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 644; F. Garrido Falla [et al.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 2347, 2348; P. Pérez Tremps, *El Tribunal Constitucional*, in L. López Guerra [et al.], *Derecho Constitucional*, Vol. II, Valencia, Tirant le Blanch, 1994, p. 258-260; e A. Torres del Moral, ob. cit., p. 398,399.
- (18) Cfr. o artigo 222º, nº 3, da Constituição e o artigo 21º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Antes da Revisão Constitucional de 1997, a Constituição Portuguesa fixava a duração do mandato em seis anos, sem qualquer limite à possibilidade de renovação.

o termo do mandato desses juizes não ocorra simultaneamente quanto a todos eles, não se aplicando àqueles cujo mandato seja reduzido a limitação constante da parte final do n.º 3 do artigo 222.º da Constituição”, isto é, a proibição de eleição ou cooptação para um novo mandato. Esse regime transitório consta do artigo 5.º da Lei n.º 13-A/98, de 26 de Fevereiro (que introduziu alterações à Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional português), e consiste na cessação do mandato de quatro dos juizes eleitos e de um dos juizes cooptados no fim da primeira metade do mandato dos juizes designados para o Tribunal Constitucional na primeira eleição e na primeira cooptação realizadas após a entrada em vigor da Lei Constitucional n.º 1/97. A determinação dos juizes abrangidos pelo encurtamento do mandato é feita por sorteio, sendo, no entanto, o número dos juizes a sortear diminuído do número de juizes de qualquer dos grupos acima referidos cujo mandato haja entretanto cessado ou que, até à realização do sorteio, apresentem declaração de renúncia, a qual poderá conter a menção de que apenas produzirá efeito na data da posse do juiz que vier a ser designado para substituir o renunciante.

Entendeu o legislador constituinte português, seguindo a opinião de alguns constitucionalistas portugueses (19) e, sobretudo, os ensinamentos do direito comparado, que a eliminação da possibilidade de renovação dos mandatos (que poderia ser vista como um acto recompensatório ou punitivo sobre certos juizes) é uma solução que promove e facilita a independência objectiva dos juizes do Tribunal Constitucional.

4. Semelhanças entre as jurisdições constitucionais dos dois países da Península Ibérica encontram-se, em quarto lugar, no tocante ao *funcionamento* do Tribunal Constitucional, já que ambos os ordenamentos jurídicos repartem as competências deste órgão jurisdicional entre o *Plenário* e *Secções*.

Assim, no que respeita a Espanha, o Tribunal Constitucional funciona em Plenário (a quem compete, *inter alia*, conhecer dos “recursos” e das “questões” de inconstitucionalidade promovidos contra normas com valor de

(19) Cfr., por todos, L. Nunes de Almeida, *Da Politização à Independência (Algumas Reflexões sobre a Composição do Tribunal Constitucional)*, in “Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional”, cit., p. 254.

lei, resolver os conflitos de competências de natureza interterritorial entre o Estado e as Comunidades Autónomas e entre estas e conhecer dos conflitos entre órgãos constitucionais do Estado) e em duas Salas, compostas por seis magistrados cada uma (às quais compete, fundamentalmente, conhecer dos “recursos de amparo”), constituindo-se, dentro de cada Sala, duas Secções formadas cada uma delas por três magistrados (que assumem o despacho ordinário dos assuntos que entram no Tribunal e decidem sobre a admissão ou inadmissão dos recursos) (20). No que se refere a Portugal, o Tribunal Constitucional reúne também em Plenário (que concentra, *grosso modo*, a competência no domínio da fiscalização abstracta, de carácter preventivo e sucessivo, da constitucionalidade de normas jurídicas) e, a partir da nova redacção dada ao artigo 41º, nº 1, da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional pelo artigo 1º da Lei nº 13-A/89, de 26 de Fevereiro, em três Secções não especializadas, cada uma delas constituída pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente (a este compete, nos termos do artigo 39º, nº 2, daquela Lei Orgânica, substituir o Presidente nas suas faltas e impedimentos, coadjuvá-lo no exercício das suas funções, nomeadamente presidindo a uma das Secções a que não pertença, e praticar os actos respeitantes ao exercício das competências que por aquele lhe forem delegadas) e por mais quatro juizes (a elas cabe, fundamentalmente, o conhecimento dos recursos no domínio do controlo concreto da constitucionalidade de normas jurídicas). Antes das recentes alterações à Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional introduzidas pela Lei nº 13-A/98, o Tribunal Constitucional desdobrava-se apenas em duas Secções não especializadas, constituída cada uma delas pelo Presidente e por mais seis juizes (deve realçar-se ainda que a referida Lei nº 13-A/98, dando uma nova redacção aos artigos 77º, 78º-A e 78º-B daquela Lei Orgânica, criou, com a finalidade de aumentar a operacionalidade e a eficácia do Tribunal Constitucional, dentro de cada Secção, uma Conferência, constituída pelo Presidente ou pelo Vice-Presidente, pelo relator e por outro juiz da respectiva Secção, indicado pelo pleno da Secção em cada ano judicial, à qual compete decidir das reclamações dos despachos que indefiram o requerimento de interposição do recurso concreto

(20) Para mais desenvolvimentos, cfr. F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1071-1075; A. Torres del Moral, ob. cit., p. 398,399; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 262,263; e J. Perez Royo, ob. cit., p. 645,646.

de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional ou que retenham a sua subida, das reclamações das decisões sumárias proferidas pelos relatores, quando entendam que não pode conhecer-se do objecto do recurso, por faltar algum dos seus pressupostos, ou que a questão a decidir é simples, e, bem assim, das reclamações de todas as decisões da competência dos relatores - sendo a decisão proferida pela Conferência definitiva, quando houver unanimidade dos juizes intervenientes, mas cabendo essa decisão ao pleno da Secção quando não haja unanimidade).

5. As jurisdições constitucionais de Espanha e Portugal convergem também no domínio dos *tipos* de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, já que ambas conhecem, cada uma a seu modo, a fiscalização de carácter "*preventivo*" ou "*a priori*" e a fiscalização "*sucessiva*" ou "*a posteriori*". E no contexto desta última, existem nos nossos dois países o controlo *abstracto*, *directo*, *por via principal* ou *por via de acção* e o controlo *concreto* ou *incidental*. A concordância no que respeita aos *tipos* de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas é, no entanto, apenas genérica, já que, nos dois sistemas jurídicos, são diferentes os *modos* e as *vias processuais* do controlo da constitucionalidade de normas, como se verá um pouco mais à frente.

6. Nota comum aos dois ordenamentos jurídico-constitucionais é a rejeição, no domínio do controlo abstracto sucessivo por via de acção de normas jurídicas, da *acção popular de inconstitucionalidade*, que nos aparece nos ordenamentos jurídicos de vários países latino-americanos (v.g. Guatemala, El Salvador, Colômbia e Venezuela), nos termos da qual qualquer pessoa humana ou jurídica que se encontre no pleno gozo dos seus direitos pode solicitar ao Tribunal Constitucional (ou Tribunal similar) a apreciação e a declaração da inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes*, de qualquer norma jurídica. Nos dois países ibéricos, tem legitimidade para desencadear o controlo abstracto sucessivo *directo*, *por via principal* ou *por via de acção* da constitucionalidade de normas jurídicas ("recurso de inconstitucionalidade", na terminologia jurídica espanhola) apenas um núcleo restrito de entidades indicado na Constituição.

No ordenamento jurídico-constitucional espanhol, essas entidades são as seguintes: Presidente do Governo, cinquenta deputados, cinquenta

Senadores, o *Defensor del Pueblo* (21) e os órgãos executivos e legislativos das Comunidades Autónomas (devendo salientar-se que, quanto a estes últimos, são estabelecidas, porém, duas limitações: só podem impugnar leis do Estado e não de outras Comunidades Autónomas e é necessário que a lei objecto de impugnação “possa afectar o seu próprio âmbito de autonomia”) (22).

Pelo que respeita a Portugal, o controlo abstracto sucessivo por via de acção da constitucionalidade de normas jurídicas pode ser requerido pelas

-
- (21) Cfr. o artigo 162º, nº 1, alínea a), da Constituição de Espanha e o artigo 32º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do mesmo país. Os órgãos ou fracções de órgãos do Estado referenciados no texto podem impugnar qualquer norma com força de lei, seja estatal ou autonómica, sem qualquer limitação. De acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, a legitimidade para apresentar um “recurso de inconstitucionalidade” não é reconhecida pela Constituição em atenção aos interesses ou direitos próprios das quatro entidades referidas no texto, mas atendendo ao interesse geral e à supremacia da Constituição. Quando alguma daquelas entidades apresenta um “recurso de inconstitucionalidade”, está a evidenciar a existência de um interesse público objectivo em que o Tribunal Constitucional desenvolva a sua função de garantir a supremacia da Constituição, mediante a declaração de nulidade da lei impugnada, já que é a ordem constitucional, e não os interesses privados, que justifica aquela legitimidade. Cfr. J.M. Martínez Pereda Rodríguez [et al.], *Constitución Española*, 2ª ed., Madrid, Colex, 1993, p. 573-575; e F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1084.
- (22) Os órgãos executivos das Comunidades Autónomas também não podem impugnar as leis aprovadas pelo respectivo Parlamento, nem este pode recorrer para o Tribunal Constitucional contra normas com força de lei aprovadas pelo executivo - restrição esta que encontra o seu fundamento na circunstância de na Espanha, diferentemente do que sucede em alguns Estados Federais, não existirem Tribunais Constitucionais das Comunidades Autónomas que possam controlar as suas normas: o poder judicial e o Tribunal Constitucional são únicos para todo o Estado [cfr. o *Informe do Tribunal Constitucional de España para a IIª Conferencia de la Justicia Constitucional de Iberoamérica, Portugal y España (Criterios, Condiciones y Procedimientos de Admisión en el Acceso a la Justicia Constitucional desde la Perspectiva de su Racionalidad y Funcionalidad)*, polic., Madrid, Janeiro de 1998, p. 10]. No que respeita à legitimidade dos órgãos das Comunidades Autónomas para interpor um “recurso de inconstitucionalidade”, começou o Tribunal Constitucional espanhol por recorrer à diferenciação entre “o interesse geral” e os “interesses próprios” (das Comunidades) para justificar a restrição da legitimidade dos órgãos autónomos, afirmando que as Comunidades Autónomas têm como esfera e limite da sua actividade os interesses que lhes são próprios, enquanto a tutela dos interesses públicos gerais compete por definição aos órgãos estatais. Mas, com o decurso do tempo, esta doutrina foi sendo matizada, passando aquele Tribunal a defender que o objecto do “recurso de inconstitucionalidade” apresentado por uma Comunidade Autónoma não é a perservação ou delimitação do âmbito das suas competências, mas antes a depuração objectiva do ordenamento mediante a invalidação da norma inconstitucional, pelo que tal recurso abrange “todos aqueles casos em que exista um ponto de conexão material entre a lei estatal e o âmbito competencial autonómico” ou aqueles em que sejam afectados os interesses das Comunidades Autónomas. Cfr. F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1090-1092; e A.-C. Pereira Menaut, *Temas de Derecho Constitucional Español, Una Visión Problemática*, Santiago de Compostela, Follas Novas, 1996, p. 224-226.

seguintes entidades (excluindo as situações particulares previstas no Estatuto Orgânico de Macau, quanto às normas emanadas dos órgãos de Governo próprio deste território): o Presidente da República; o Presidente da Assembleia da República; o Primeiro-Ministro; o Provedor de Justiça; o Procurador-Geral da República; um décimo dos deputados à Assembleia da República; os Ministros da República, as assembleias legislativas regionais, os presidentes destas assembleias, os presidentes dos governos regionais ou um décimo dos deputados à respectiva assembleia legislativa regional, “quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva região ou de lei geral da República”; e os representantes do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional ou qualquer dos juizes do Tribunal, nos processos em que este apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade [ou a ilegalidade, nos casos em que pode fazê-lo, e que são as seguintes formas de “ilegalidade qualificada”: ilegalidade de norma decorrente da violação de lei com valor reforçado; ilegalidade de norma constante de diploma regional, por violação do estatuto da região autónoma respectiva (dos Açores ou da Madeira) ou de lei geral da República (23); e ilegalidade de norma constante

(23) As leis gerais da República são definidas no artigo 112º, nº 5, da Constituição (versão da Lei Constitucional nº 1/97) como “as leis e os decretos-leis cuja razão de ser envolva a sua aplicação a todo o território nacional e assim o decretarem”. Elas constituem um limite ao poder legislativo das regiões autónomas, não podendo os decretos legislativos das Assembleias Legislativas dos Açores e da Madeira desrespeitar ou dispor contra os seus *princípios fundamentais* (a não ser quando o poder legislativo seja exercido, sob autorização legislativa da Assembleia da República). Os outros limites ao poder legislativo daquelas pessoas colectivas territoriais são os seguintes: as matérias a tratar têm de ser de *interesse específico* para a região, isto é, não-de abranger alguma ou algumas das matérias enumeradas, a título exemplificativo, no artigo 228º da Constituição ou “outras matérias que respeitem exclusivamente à respectiva região ou que nela assumam particular configuração” [alínea o) do mesmo artigo] - o chamado *limite positivo*; e tais matérias não podem estar reservadas à competência legislativa da Assembleia da República ou do Governo - o denominado *limite negativo* [cfr. os artigos 112º, nºs. 1, 4 e 5, 227º, nº 1, alíneas a), b) e c), 228º e 232º, nº 1, todos da Constituição portuguesa]. Para uma síntese da jurisprudência constitucional portuguesa sobre os poderes legislativos das Regiões Autónomas, antes da Quarta Revisão Constitucional, cfr., por todos, Mário de Brito, *Competência Legislativa das Regiões Autónomas*, Separata da Scientia Juridica, Vol. XLIII (1994), Nºs. 247/249. Para uma análise do conceito de *lei geral da República* e dos limites ao poder legislativo das regiões autónomas na versão da Constituição resultante da Revisão de 1997, cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo V, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 389-409, bem como o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 711/97, publicado no *Diário da República*, I Série-A, de 24 de Janeiro de 1998.

de diploma emanado de órgão de soberania por violação dos direitos de uma região autónoma consagradas no seu estatuto] de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional (ou ilegal) em três casos concretos, em processos de fiscalização concreta (24) (25).

7. Semelhanças encontram-se, ainda, nos dois sistemas de jurisdição constitucional que estamos a cotejar, entre o vulgarmente denominado “processo de generalização” do julgamento de inconstitucionalidade (ou de ilegalidade), em Portugal, e a denominada “auto-questão de inconstitucionalidade”, em Espanha.

O primeiro consiste na competência do Plenário do Tribunal Constitucional para apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade (ou ilegalidade, nos casos em que pode fazê-lo) de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional (ou ilegal) em três casos concretos (26). Como já se referiu, têm legitimidade para formular o pedido os representantes do Ministério Público junto do Tribunal Constitucional ou qualquer dos seus juizes.

(24) Cfr. o artigo 281º, nºs 2 e 3, da Constituição da República Portuguesa e o artigo 82º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional português.

(25) No processo de revisão constitucional recentemente ocorrido em Portugal, foram apresentados projectos com vista à ampliação do elenco de entidades com legitimidade para requerer a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade de normas jurídicas, tais como um determinado número de cidadãos eleitores [5.000, no projecto do Partido Socialista (PS), e 10.000, no projecto do Partido Comunista Português (PCP)], os grupos parlamentares [projecto do PCP] ou mesmo o “Bastonário da Ordem dos Advogados, mediante deliberação do Conselho Geral da Ordem” [projecto dos Deputados do Partido Social Democrata (PSD) Guilherme Silva, Correia de Jesus e Hugo Velosa e projecto do Deputado do PCP João Corregedor da Fonseca]. Os projectos de revisão constitucional citados podem ser conferidos no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, Nº 27, de 7 de Março de 1996. Tais projectos não foram aprovados, pelo que a Constituição portuguesa manteve-se inalterada neste ponto.

(26) Este processo de fiscalização da constitucionalidade tem como *pressuposto* a existência de três decisões do Tribunal Constitucional de julgamento de inconstitucionalidade de uma norma jurídica, sendo essas mesmas decisões que determinam o *objecto* do “processo de repetição do julgado”, em termos de não poder ser declarada, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de uma norma diferente da que foi julgada inconstitucional nos três casos concretos. Mas o mesmo enquadra-se no *controlo abstracto sucessivo* da constitucionalidade de normas jurídicas, não no *controlo concreto*. Daí que, como tem sublinhado o próprio Tribunal Constitucional português, a reanálise a que ele procede da norma julgada anteriormente inconstitucional em três casos concretos se situe num *plano*

A segunda consiste na possibilidade de o Tribunal Constitucional espanhol conhecer de um recurso de amparo por violação de um direito fundamental, quando a causa da mesma for a aplicação de uma lei. Ainda que não seja possível a interposição directa de um recurso de amparo contra normas com valor de lei, quando a lesão de um direito fundamental por actos dos poderes públicos se basear no cumprimento de uma disposição legal, a Sala do Tribunal Constitucional, para além de conceder o amparo e reparar a lesão sofrida, levará ao Plenário a questão de inconstitucionalidade da norma, com o objectivo de impedir potenciais e sucessivas violações de direitos fundamentais, em consequência da sua aplicação em casos similares. Numa tal situação, o Plenário do Tribunal Constitucional poderá emitir uma sentença declarativa de inconstitucionalidade da norma legal em causa (27).

8. Finalmente, outro ponto de encontro dos ordenamentos jurídico-constitucionais de Portugal e Espanha, no campo específico da fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, diz respeito à *vinculatividade* das decisões de inconstitucionalidade proferidas pelo Tribunal Constitucional, em controlo abstracto sucessivo por via de acção. Em ambos os ordenamentos, tais decisões têm *eficácia obrigatória geral* (“erga omnes”), pois que, em princípio, incorporam uma “declaração” formal de inconstitucionalidade. As decisões positivas de inconstitucionalidade fazem “caso julgado material” e a norma inconstitucionalizada é eliminada do ordenamento jurídico (28). A eficácia temporal dessas decisões é, no entanto, diferente, como regra geral, nos dois direitos, como vai ver-se daqui a pouco.

diverso do controlo concreto da constitucionalidade, em termos de ser possível alcançar uma solução diversa da adoptada nas decisões concretas (cfr., *inter alia*, os Acórdãos n.ºs. 1/92 e 1146/96, publicados no *Diário da República*, I Série-A, de 20 de Fevereiro de 1992 e de 20 de Dezembro de 1996, respectivamente).

(27) Cfr. o artigo 55.º, n.º 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do país vizinho e, na doutrina, J. Perez Royo, ob. cit., p. 657,658, e A. Cano Mata, *Comentarios a la Ley Organica del Tribunal Constitucional*, Madrid, Edersa, 1986, p. 352-354, e *El Recurso de Amparo (Doctrina del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Edersa, 1983, p. 169-171.

(28) Cfr., quanto ao ordenamento jurídico-constitucional espanhol, o artigo 164.º, n.º 1, da Constituição e os artigos 38.º, n.º 1, e 39.º, n.º 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional. E, no que respeita ao ordenamento jurídico-constitucional português, o artigo 282.º da Lei Fundamental. No tocante à doutrina, cfr., relativamente ao direito espanhol, F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1099-1101, e P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 273,274, e, no que concerne ao direito português, J. M. Cardoso da Costa, ob. cit., p. 59-61.

IV. Divergências mais significativas entre a justiça constitucional em Portugal e em Espanha

Apresentados os principais pontos de encontro, passemos, então, à abordagem, também em termos esquemáticos, das divergências mais significativas entre a justiça constitucional em Portugal e em Espanha.

1. Uma primeira divergência entre os dois ordenamentos jurídicos aqui considerados que queremos registar diz respeito ao *modo de designação* dos juizes que integram o Tribunal Constitucional. Enquanto, em Espanha, os doze magistrados do Tribunal Constitucional são designados pelos três clássicos poderes do Estado, ainda que com claro predomínio do poder legislativo [nos seguintes termos: as duas Câmaras que integram as Cortes Gerais (o Congresso dos Deputados e o Senado) elegem cada uma delas quatro magistrados, por uma maioria qualificada de três quintos; e o Governo e o Conselho Geral do Poder Judicial designam cada um deles dois magistrados] (29), em Portugal, apenas o poder legislativo intervém na designação dos treze juizes do Tribunal Constitucional (dez juizes são eleitos pela Assembleia, por maioria de dois terços dos deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, sendo os restantes três cooptados por aqueles) (30) (31).

(29) Cfr. o artigo 159º, nº 1, da Constituição espanhola. Na doutrina, cfr. F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1054-1059; A. Torres del Moral, ob. cit., p. 397,398; J. Perez Royo, ob. cit., p. 639-644; F. Garrido Falla [et al.], cit. p. 2345,2346; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 257-259; e F. Rubio LLorente, *La Forma del Poder (Estudios sobre la Constitución)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 412-414.

(30) Cfr. o artigo 222º, nºs. 1 e 2, da Constituição portuguesa e os artigos 12º e seguintes da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. A Lei nº 13-A/98, de 26 de Fevereiro, alterou o *método* de eleição dos juizes pela Assembleia da República, dando nova redacção aos artigos 14º e 16º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. Enquanto, anteriormente, a eleição dos juizes era feita *nominalmente* - o que possibilitava uma apreciação dos méritos individuais dos candidatos à eleição -, após a entrada em vigor da Lei nº 13-A/98, a eleição processa-se por *lista*, a qual deve integrar os nomes de todos os candidatos, por ordem alfabética, com identificação dos que são juizes dos restantes tribunais.

(31) Quanto aos *requisitos de designação*, os ordenamentos jurídico-constitucionais dos dois países da Península Ibérica apresentam também soluções diversas. Em ambos os países, são comuns as exigências quanto à cidadania e à qualidade de jurista. Mas em Espanha, adita-se a estes requisitos a qualidade de jurista de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício da profissão (como magistrado judicial ou do Ministério Público,

No processo de Revisão Constitucional que culminou com a publicação da Lei Constitucional nº 1/97, de 20 de Setembro, foram apresentados projectos que propunham alterações ao *modo de designação* dos juizes do Tribunal Constitucional português (32), os quais, todavia, não mereceram aprovação, mantendo-se, por isso, a solução introduzida pela Revisão Constitucional de 1982 relativa ao *modo de designação* dos juizes do Tribunal Constitucional português.

Aquando da Revisão Constitucional de 1982, ouviram-se críticas ao modo de composição do Tribunal Constitucional, devido, sobretudo, à ausência de elementos designados pelo Presidente da República e pelo Poder Judicial (através do Conselho Superior da Magistratura ou dos Supremos Tribunais). Essas vozes críticas diminuíram, no entanto, com o tempo, podendo, hoje, afirmar-se que a grande maioria dos constitucionalistas e dos políticos defende que o modo de designação que hoje temos em Portugal - o qual se baseia na existência de um consenso entre a maioria e a oposição - constitui uma solução correcta e adequada, na sua globalidade, às finalidades próprias do sistema de jurisdição constitucional de um Estado moderno (33).

2. Divergência significativa entre as jurisdições constitucionais de Espanha e Portugal verifica-se na intervenção do Tribunal Constitucional na arbitragem de conflitos de poderes entre os órgãos supremos do Estado (*litígios constitucionais*) e na resolução dos conflitos entre o poder central e os “poderes periféricos”, designadamente as regiões e os municípios.

professor universitário, funcionário público ou advogado). E em Portugal, impõe-se que todos os juizes estejam no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos e que seis dos juizes sejam escolhidos de entre os juizes dos restantes tribunais. Cfr., quanto ao primeiro país, o artigo 159º, nº 2, da Constituição e o artigo 18º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional e, quanto ao segundo, o artigo 222º, nº 2, da Constituição e o artigo 13º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional.

(32) Desses projectos uns apontavam para que os treze juizes do Tribunal Constitucional passassem a ser eleitos pela Assembleia da República [projectos do Partido Social Democrata (PSD) e dos Deputados da Juventude Social Democrata (JSD) Pedro Passos Coelho, Luís David, Sérgio Vieira, Hermínio Loureiro e João Moura de Sá], enquanto outros sugeriam que na designação dos membros daquele órgão participasse também o Presidente da República [projecto apresentado pelo Prof. Jorge Miranda, que propunha a designação de dois juizes (obrigatoriamente de entre juizes dos demais tribunais) pelo Presidente da República]. Cfr. o *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, Nº 27, de 7 de Março de 1996, e Jorge Miranda, *Ideias para uma Revisão Constitucional em 1996*, Lisboa, Cosmos, 1996.

(33) Cfr., sobre esta problemática, L. Nunes de Almeida, ob. cit., p. 248-254.

No âmbito da primeira, enquanto o Tribunal Constitucional espanhol, através do seu Plenário, dispõe de competência para resolver conflitos ou controvérsias que podem surgir entre os órgãos constitucionais do Estado a propósito do alcance e limites dos seus poderes, de modo a salvaguardar a observância do princípio da *separação de poderes* (“conflitos de atribuições”) (34), o Tribunal Constitucional português não dispõe de competência específica para arbitrar conflitos de poderes entre órgãos de soberania, mas apenas para apreciar as questões de constitucionalidade e, em certos casos, de legalidade de normas jurídicas - o que não significa que, por esta via, não desempenhe o Tribunal Constitucional português um papel de garante da observância do princípio da separação de poderes, tal como é gizado pela Constituição (35).

(34) A competência do Tribunal Constitucional espanhol para dirimir os *conflitos de atribuições* entre os órgãos constitucionais do Estado encontra a sua justificação, como salienta E. García de Enterría, citando a doutrina germânica, no facto de todo o conflito entre órgãos constitucionais ser, por si mesmo, um conflito constitucional, que põe em causa o sistema organizatório que a Constituição estabelece. Por isso, segundo o mesmo autor, só o Tribunal Constitucional pode ser o órgão adequado para a resolução destes conflitos, que afectam a própria essência da Constituição e a cuidadosa distribuição do poder e das correlativas competências por ela operada (cfr. *La Posición Jurídica del Tribunal Constitucional en el Sistema Español: Posibilidades y Perspectivas*, in “El Tribunal Constitucional”, Vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 52).

A referida competência não está directamente prevista na Constituição do país vizinho. Foi o artigo 2º, nº 1, alínea d), da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol que, fazendo uso da cláusula aberta constante do artigo 161º, nº 1, alínea d), da Constituição (o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e compete-lhe conhecer “das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas”), conferiu àquele Tribunal competência para conhecer dos conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado. De acordo com o artigo 59º, nº 3, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, o processo de resolução dos “conflitos de atribuições” entre órgãos constitucionais do Estado só pode ser iniciado pelo Governo, Congresso dos Deputados, Senado e Conselho Geral do Poder Judicial. O processo relativo aos conflitos entre órgãos constitucionais do Estado é disciplinado nos artigos 73º e 74º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, merecendo destaque o disposto no nº 3 deste último preceito, nos termos do qual a sentença do Tribunal determina qual o órgão a que correspondem as atribuições constitucionais controvertidas, declara a nulidade dos actos praticados por invasão de atribuições alheias e decide sobre as situações jurídicas constituídas pelos mesmos.

Tem sido reduzido o número de processos de “conflitos de atribuições” levados ao Tribunal Constitucional de Espanha. Até ao momento, só foram desencadeados quatro processos, tendo três deles sido resolvidos pela Sentença nº 45/1986 e estando o quarto pendente naquele Tribunal. Cfr. F.Fernandez Segado, ob. cit., p. 1121-1123, 1129, 1130; A. Torres del Moral, ob. cit., p. 445,456; J. Perez Royo, ob. cit., p. 664,665; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 292,293; e o *Informe do Tribunal Constitucional de España*, cit., p. 4.

(35) Existe, assim, um grande número de acórdãos do Tribunal Constitucional português sobre as fronteiras entre as competências legislativas da Assembleia da República e do Governo,

No que se refere à segunda, no vosso país, a resolução dos “conflitos de competências” entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou entre estas é considerada uma “função natural” do Tribunal Constitucional - sendo de realçar que o instrumento processual de resolução dos “conflitos de competências” (*positivos ou negativos*), cuja decisão cabe igualmente ao Plenário daquele Tribunal, só pode ser utilizado nos casos em que a controvérsia suscitada entre duas ou mais Comunidades Autónomas ou entre estas e o Estado surgir como consequência da aprovação de disposições ou da execução de actos sem valor de lei, pois, como resulta do artigo 67º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, se o conflito gravitar em torno da titularidade de uma competência legislativa e se se questionar a validade de uma lei que põe em causa o sistema constitucional de distribuição de competências, a via adequada para a resolução do conflito é a do “recurso de inconstitucionalidade” (36). Ao invés, no nosso país, a resolução dos conflitos de competências entre os órgãos do Estado e os órgãos das Regiões Autónomas do Açores e da Madeira e entre ambos e os órgãos das autarquias locais esgota-se no controlo da constitucionalidade (e, nos casos já apontados, da legalidade) das normas emanadas do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

3. Respostas diferentes dão, em terceiro lugar, os ordenamentos jurídico-constitucionais de Portugal e Espanha no que se refere ao *âmbito e objecto* do controlo da constitucionalidade de normas jurídicas pelo Tribunal Constitucional. Em Portugal, são objecto de controlo de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional *quaisquer actos normativos* do poder público, de

entre a função legislativa e a função administrativa (reserva da administração), entre a função administrativa e a função judicial (reserva do juiz) e, inclusive, entre a função judicial e a função exercida pelas comissões parlamentares de inquérito (sobre este último ponto, cfr. o Acórdão nº 195/94, publicado no *Diário da República*, II Série, de 12 de Maio de 1994, e na *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 127º, Nº 3845, p. 238 e ss., com *Anotação* de J.J. Gomes Canotilho).

(36) Cfr. o artigo 161º, nº 1, alínea c), e nº 2 da Constituição e os artigos 59º a 72º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol. Para mais desenvolvimentos, cfr. o nosso *Relatório Geral*, in “1ª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, cit., p. 60,61, e o *Relatório do Tribunal Constitucional de Espanha*, na mesma publicação, p. 528-531; o *Informe do Tribunal Constitucional de España*, cit., p. 12,13; J. González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 339 e ss.; F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1123-1129; J. Perez Royo, ob. cit., p. 661-664; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 287-291; e A. Torres del Moral, ob. cit., p. 439-443.

carácter legislativo (leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais) ou de carácter regulamentar, desde que dotados de eficácia externa, provenham eles do Estado, de institutos públicos, de associações públicas ou de entes públicos territoriais distintos do Estado, designadamente das regiões autónomas e dos municípios. No país que agora é nosso anfitrião, apenas estão sujeitas a fiscalização da constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional as “leis, disposições normativas e actos com força de lei”, posteriores à Constituição de 1978, emergentes do Estado ou de alguma das Comunidades Autónomas, contendo a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol uma enumeração das modalidades normativas que têm o “valor de lei” [estatutos de autonomia e outras leis orgânicas; as demais leis, disposições normativas e actos do Estado com força de lei (por exemplo, os decretos legislativos e os decretos-leis governamentais); os tratados internacionais; os regimentos das Câmaras e das Cortes Gerais; as leis, actos e disposições normativas com força de lei das Comunidades Autónomas; e os regimentos das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas] (37). Verifica-se, assim, que, em Espanha, o Tribunal Constitucional não tem competência para exercer um controlo concentrado da constitucionalidade das normas regulamentares, isto é, das disposições infra-legais do Estado, das Comunidades Autónomas ou dos Municípios, sendo essa competência dos tribunais que integram o poder judicial (38).

(37) Cfr. o artigo 27º, nº 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol. Como *padrão ou parâmetro* do controlo da constitucionalidade de uma lei, disposição ou acto com força de lei do Estado ou das Comunidades Autónomas indica o artigo 28º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol não apenas a Constituição, mas também o denominado “bloco da constitucionalidade”, que abrange “as Leis que tenham sido editadas, no quadro constitucional, para delimitar as competências do Estado e das diferentes Comunidades Autónomas ou para regular ou harmonizar o exercício das competências destas”. Cfr., por todos, F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1087-1089.

Deve sublinhar-se, no entanto, que, em Espanha, *objecto* de controlo de constitucionalidade não são apenas normas jurídicas com “valor de lei”, mas também *actos*, seja através do “recurso de amparo”, por violação de direitos fundamentais, seja por meio dos “conflitos de atribuições” e dos “conflitos de competências”, como foi referido anteriormente.

(38) No ordenamento jurídico espanhol, os regulamentos não são, assim, impugnáveis directamente, *sub specie constitutionis*, perante o Tribunal Constitucional. Todavia, os artigos 41º, nº 2, e 43º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional admitem “recurso de amparo” contra “disposições” que violem um direito ou liberdade de carácter fundamental susceptível de amparo, o que vem sendo interpretado como conferindo àquele órgão competência para fiscalizar os regulamentos nos casos em que se aleguem direitos e liberdades reconhecidos nos artigos 14º a 29º e 30º, nº 2, da Constituição e em que a violação

4. Afastam-se ainda os ordenamentos jurídicos dos dois países ibéricos no domínio da sujeição de *certas omissões legislativas* a controlo de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional. Como vimos, o artigo 283º da Constituição portuguesa prevê a *inconstitucionalidade por omissão* das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (39), ao passo que a “declaração de inconstitucionalidade por omissão” não existe em Espanha. Apesar disso, o Tribunal Constitucional deste país tem proferido algumas sentenças nas quais se refere a certas omissões do legislador e já declarou, inclusive, a inconstitucionalidade de um preceito legal “por acção incompleta do legislador”, isto é, pela omissão parcial da norma, que, excluindo uma determinada categoria, infringia as exigências do princípio da igualdade (estamos aqui em face de “acções omissivas” em matéria de não discriminação e que podem ser qualificadas como “relativas”, ou seja, omissões que respeitam a um certo regime ou preceito legal e decorrem basicamente da sua “incompletude”, a qual pode ser fundamento da inconstitucionalidade do preceito em causa) (40). Além disso, o mesmo Tribunal reconheceu, num conjunto de sentenças do ano 1994, relativas à televisão por cabo, a omissão do legislador, para além de todo o tempo razoável

dos direitos e liberdades referidos anteriormente tenha a sua origem directa no regulamento (cfr., sobre este ponto, a *Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol* nº 141/1985, in “Jurisprudencia Constitucional”, Vol. XIII, p. 207 e ss., sobretudo p. 215,216).

(39) Têm sido raras as questões de inconstitucionalidade por omissão colocadas ao Tribunal Constitucional português, o que denota a escassa eficácia prática desta modalidade de fiscalização da constitucionalidade.

Desde 1983 - ano em que o Tribunal Constitucional iniciou as suas funções -, apenas cinco processos lhe foram dirigidos. Em três deles, o Tribunal Constitucional entendeu que não existia *omissão legislativa* (falta de lei sobre crimes de responsabilidade de titulares de cargos políticos, ausência de lei sobre referendos ou consultas directas dos cidadãos a nível local e falta de lei sobre o direito de acção popular - cfr. os Acórdãos nºs. 276/89, 36/90 e 638/95, publicados no *Diário da República*, II Série, de 12 de Junho de 1989, de 4 de Julho de 1990 e de 28 de Dezembro de 1995, respectivamente). Noutro, considerou o Tribunal Constitucional que se verificava essa *omissão* (carência de lei sobre garantias dos cidadãos perante a utilização da informática - cfr. o Acórdão nº 182/89, publicado no *Diário da República*, I Série, de 2 de Março de 1989). Quanto ao outro processo, não chegou o Tribunal a pronunciar-se sobre o pedido (cfr. o Acórdão nº 9/83, publicado no *Diário da República*, II Série, de 28 de Janeiro de 1984). Para uma análise do instituto da *inconstitucionalidade por omissão* em Portugal, cfr., por todos, J.J. Fernández Rodríguez, *La Inconstitucionalidad por Omisión en Portugal*, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, Ano XXXVII (1995), nºs. 1-2-3, p. 265 e ss..

(40) Cfr., sobre este ponto, o nosso *Relatório Geral*, in “1ª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, cit., p. 73.

e sem que existissem razões que justificassem a demora, na regulação de uma actividade que afecta directamente o exercício de um direito fundamental, como são os reconhecidos no artigo 20º, nº 1, alíneas a) e d), da Constituição (direito “de expressar e difundir livremente o pensamento e as ideias e opiniões pela palavra, por escrito ou por qualquer outro meio de reprodução”; e direito “de comunicar ou receber livremente informação verídica por qualquer meio de difusão”), concedendo, conseqüentemente, o amparo e anulando os actos administrativos que proibiam e ordenavam a cessação da actividade das diversas televisões por cabo, com o fundamento de que, em face da lacuna legal, tal actividade não está sujeita a concessão ou autorização, “pois isso implica o desconhecimento total ou supressão do direito fundamental à liberdade de expressão e de comunicação”, garantido pelo artigo 20º, nº 1, alíneas a) e d), da Constituição espanhola (41).

5. O *controlo preventivo* de normas jurídicas pelo Tribunal Constitucional tem uma *amplitude* diversa nos ordenamentos jurídicos de Espanha e Portugal. No nosso país, podem ser objecto de fiscalização preventiva da constitucionalidade todos os diplomas com valor legislativo ou equiparado (convenções internacionais, leis, decretos-leis, decretos legislativos regionais e decretos regulamentares regionais de lei geral da República e, em certas circunstâncias, diplomas legislativos do Território de Macau), tendo legitimidade para requerer a fiscalização preventiva o Presidente da República (quanto aos tratados internacionais que lhe sejam enviados para ratificação, aos decretos que lhe sejam remetidos para promulgação como lei ou decreto-lei e aos acordos internacionais cujo decreto lhe seja enviado para assinatura), os Ministros da República das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (quanto aos decretos legislativos regionais e aos decretos regulamentares de leis gerais da República) e o Primeiro Ministro e um quinto dos deputados à Assembleia da República em efectividade de funções, tratando-se de leis orgânicas (42). Diversamente, em Espanha, a fiscalização preventiva ou “a

(41) As Sentenças referidas no texto são as seguintes: 31/1994, de 31 de Janeiro, 47/1994, de 16 de Fevereiro, 98/1994, de 11 de Abril, 240/1994, de 20 de Julho, e 307/1994, de 15 de Novembro. Para uma análise desta jurisprudência, Cfr. J.J. Fernández Rodríguez, *Consideraciones en Torno a la Jurisprudencia Constitucional de 1994 sobre la Television por Cable en Relacion a la Inconstitucionalidad por Omisión*, in “Revista Española de Derecho Constitucional”, Ano 16, Nº 48 (1996), p. 227-240.

(42) Cfr. os artigos 278º e 279º da Constituição portuguesa e os artigos 57º a 61º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. De sublinhar

priori” está prevista apenas quanto aos tratados internacionais. De facto, nos termos do artigo 95º, nº 2, da Constituição do país vizinho, o Governo ou qualquer das Câmaras pode requerer ao Tribunal Constitucional que declare se existe ou não contradição entre as disposições de um tratado e a Constituição, de sorte que, na hipótese de o Tribunal Constitucional declarar essa contradição, deverá ser reformada a Constituição para que o mesmo possa ser subscrito (43).

-
- que, no caso de o Tribunal Constitucional não se pronunciar pela inconstitucionalidade, deverá o Presidente da República promulgar ou o Ministro da República assinar os decretos em causa, se não exercerem o direito de veto político. Mas no caso de o mesmo tribunal se pronunciar pelo inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deve o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, não podendo o decreto vetado por inconstitucionalidade ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma tida por inconstitucional ou, quando for caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções.
- (43) Nos termos do artigo 78º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, a pronúncia sobre a existência ou inexistência de contradição com a Constituição incide sobre as estipulações de um tratado internacional cujo texto já esteja definitivamente fixado, mas em relação ao qual ainda não se tenha prestado o consentimento do Estado. O artigo 79º da versão originária da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do país vizinho também consagrava um recurso prévio de inconstitucionalidade dos “estatutos de autonomia” e das “leis orgânicas” - recurso esse de que podiam lançar mão as minorias parlamentares, que tinha um efeito suspensivo da entrada em vigor da norma ou normas até que o Tribunal Constitucional o decidisse e que não estava sujeito a um prazo curto de decisão. As fortes críticas dirigidas contra a fiscalização preventiva da constitucionalidade (críticas que começaram no próprio debate parlamentar do projecto de Lei Orgânica do Tribunal Constitucional), em especial a de servir como instrumento de obstrução ou de paralisação da actividade legislativa do Parlamento por parte das minorias parlamentares e a de “politizar” um controlo que se pretende exclusivamente jurídico, estiveram na base da revogação do artigo 79º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol pela Lei nº 4/1985, de 7 de Junho, de que resultou a eliminação do recurso prévio de inconstitucionalidade dos “estatutos de autonomia” e das “leis orgânicas” e a sua redução aos tratados internacionais. Para uma análise da evolução do recurso prévio de inconstitucionalidade no ordenamento jurídico-constitucional do país vizinho, cfr. J. Perez Royo, *Cronica de un Error: El Recurso Previo de Inconstitucionalidad contra Leys Organicas*, in “Revista Española de Derecho Constitucional”, Ano 6, Nº 17 (1986), p. 137 e ss.; e E. Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, Vol. II, Madrid, Tecnos, 1993, p. 302-306. Tais críticas - que também são apontadas em Portugal à fiscalização preventiva (salienta-se, de facto, que esta politiza de certa forma a apreciação da constitucionalidade, “na medida em que é feita em cima do debate político que incidiu sobre o próprio diploma a fiscalizar” e que, para além do atraso que introduz no procedimento legislativo, por se situar sobre o acontecimento, vem carregada de “um excessivo cunho político”) - não são extensíveis à fiscalização preventiva da constitucionalidade de tratados internacionais, uma vez que, como salienta F. Fernandez Segado, o processo que aí surge não apresenta a natureza de conflito, pois, na realidade, o que se formula ao Tribunal é uma consulta (cuja iniciativa pertence

6. No âmbito do controlo abstracto sucessivo por via de acção de normas jurídicas, para além do que já foi assinalado relativamente ao *objecto* de controlo, divergem ainda os ordenamentos jurídicos dos nossos dois países quanto ao prazo para requerer a fiscalização da constitucionalidade. Ao passo que no nosso país a fiscalização abstracta sucessiva da inconstitucionalidade de “quaisquer normas” ainda em vigor pode ser requerida a todo o tempo, na Espanha, o “recurso de inconstitucionalidade” das “normas com valor de lei” tem de ser apresentado no prazo de três meses a partir da publicação oficial da norma objecto de impugnação (44).

7. Diferença significativa entre os ordenamentos jurídicos de Espanha e Portugal verifica-se no âmbito dos *mecanismos* de controlo *concreto* ou em via *incidental* da constitucionalidade de normas jurídicas. No país citado em primeiro lugar, a intervenção do Tribunal Constitucional ocorre através da “questão prejudicial de inconstitucionalidade”, ou seja, por meio do *reenvio* da questão da constitucionalidade pelo tribunal da causa ao Tribunal Constitucional. A “questão de inconstitucionalidade” só é admitida em relação a normas com valor de lei, mas tanto pode ter origem numa iniciativa do juiz, como numa iniciativa da parte (45). São ainda *pressupostos* para o reenvio

exclusivamente ao Governo e a cada uma das Câmaras que integram as Cortes Gerais), que se resolve de acordo com as normas processuais, e, ainda que os efeitos da declaração do Tribunal sejam vinculantes, a litigiosidade não se verifica (cfr. ob. cit., p. 1131). No mesmo sentido, cfr. F. Rubio Llorente, ob. cit., p. 422,423.

Até à presente data, só uma vez foi solicitada a consulta sobre a constitucionalidade de um tratado. Foi a propósito do Tratado de Maastricht, tendo sido solicitada ao Tribunal Constitucional a consulta sobre a compatibilidade com a Constituição da norma que reconhecia o direito de sufrágio passivo nas eleições municipais a todos os cidadãos da União Europeia. Tal consulta esteve na génese da Declaração de 1 de Julho de 1992, na qual o Tribunal concluiu que o preceito em causa só podia ser incorporado no ordenamento jurídico espanhol se previamente fosse modificada a Constituição, o que veio efectivamente a acontecer mediante a Reforma Constitucional de 27 de Agosto de 1992.

(44) Cfr. o artigo 33º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol.

(45) Cfr. o artigo 163º da Constituição de Espanha e os artigos 35º a 37º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do mesmo país. Embora o artigo 35º, nº 1, desta lei permita que a “questão de inconstitucionalidade” seja suscitada pelas partes no processo, é o órgão judicial que decide levar ou não a questão ao Tribunal Constitucional, não tendo, por isso, as mesmas um direito que obrigue o tribunal a promovê-la. Como sublinha J. Perez Royo, a “questão de inconstitucionalidade” não é “um instrumento que está à disposição das partes, mas um instrumento à disposição do poder judicial na sua tarefa de administrar a justiça e da qual só deve fazer uso quando considere que não pode decidir sem a colaboração do Tribunal Constitucional” (cfr. ob. cit., p. 655). No mesmo sentido, salientam G. Jimenez-Blanco/P. Mayor Menendez/L. Osorio Iturmendi, citando a jurisprudência do

da “questão de inconstitucionalidade” e cuja verificação é controlada pelo Tribunal Constitucional: que o órgão jurisdicional não possa resolver por interpretação a contradição entre a norma aplicável ao caso e a Constituição; que “a questão de inconstitucionalidade” não seja “notoriamente infundada”; que a norma questionada seja necessariamente aplicável ao caso *sub judicio*; e, finalmente, que a resolução da causa dependa da questão da constitucionalidade da norma sindicada (46).

No páis mencionado em segundo lugar, a intervenção do Tribunal Constitucional, no campo específico do controlo concreto da constitucionalidade, tem lugar, como já foi referido, por meio do “recurso de constitucionalidade” para aquele Tribunal das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de qualquer norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade (decisões de desaplicação), bem como das decisões que apliquem norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada “durante o processo” (decisões de aplicação) (47).

Tribunal Constitucional espanhol, que a “questão de inconstitucionalidade” é um mecanismo de depuração objectiva do ordenamento jurídico, que tem como finalidade evitar que a aplicação judicial de uma norma com valor de lei dê origem a decisões judiciais contrárias à Constituição, por ser inconstitucional a norma aplicada, e preservar a sujeição à Constituição das disposições legais, não podendo, por isso, o órgão judicial ser obrigado pelas partes no processo a formular tal questão, já que nela o interesse jurídico protegido é independente do interesse das partes (cfr. *Comentario a la Constitución, La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ramón Areces, 1993, p. 896.897).

De harmonia com o disposto no nº 2 do artigo 35º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, o órgão judicial só poderá colocar a questão de inconstitucionalidade uma vez concluso o processo e dentro do prazo para proferir a sentença, devendo indicar a lei ou norma com força de lei cuja constitucionalidade se questiona, o preceito constitucional que se supõe infringido e especificar e justificar em que medida a decisão do processo depende da validade da norma em questão. Para mais desenvolvimentos, cfr. A. Torres del Moral, ob. cit., p. 435-439; F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1092-1094, 1097-1099; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 274-278; e J.M.Martínez Pereda Rodríguez [et al.], cit., p. 578-582.

(46) Para mais desenvolvimentos sobre o controlo dos pressupostos da “questão de inconstitucionalidade” pelo Tribunal Constitucional, designadamente sobre o denominado “juízo de relevância” (verificação do preenchimento dos requisitos de que a norma questionada é aplicável ao caso e de que a resolução da causa depende da sua validade constitucional) e sobre a carácter “notoriamente infundado” da “questão de inconstitucionalidade”, com largas referências à jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, cfr. o *Informe do Tribunal Constitucional de España*, cit., p. 31-34.

(47) Cfr. o artigo 280º, nº 1, alíneas a) e b), da Constituição portuguesa e os artigos 70º, nºs. 1, alíneas a) e b), e 2, e 72º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional. No caso do recurso de constitucionalidade da decisão judicial

8. Apartam-se também os dois ordenamentos jurídicos que vêm sendo analisados, no domínio da *eficácia jurídica* das decisões proferidas no controlo concreto ou incidental de normas jurídicas. No nosso país, essas decisões têm uma *eficácia limitada ao caso*, quer se trate de decisões que vão no sentido da inconstitucionalidade ou em sentido inverso. Diferentemente, no país onde nos encontramos, as sentenças de inconstitucionalidade proferidas em controlo concreto de normas com valor de lei (“questão de inconstitucionalidade”) têm *eficácia obrigatória geral* (48).

9. Divergem ainda os ordenamentos jurídicos português e espanhol no que respeita à *vinculatividade* das decisões de não inconstitucionalidade, proferidas em fiscalização abstracta. Em Portugal, as decisões de “não pronúncia de inconstitucionalidade” (em fiscalização abstracta preventiva) e de “não declaração de inconstitucionalidade” (em fiscalização abstracta sucessiva), porque não incorporam uma “pronúncia” ou uma “declaração” formal de constitucionalidade ou não inconstitucionalidade não têm “eficácia obrigatória geral”, nem produzem efeito preclusivo - o que significa que, mais tarde, pode a mesma questão de inconstitucionalidade ser recolocada ao Tribunal Constitucional, tanto em processo de fiscalização abstracta

que tiver aplicado uma norma, não obstante a suscitação da sua inconstitucionalidade por uma das partes no processo, são *pressupostos específicos* desse recurso: que a decisão judicial tenha aplicado (expressa ou implicitamente) a norma reputada inconstitucional; que o juízo sobre a constitucionalidade da norma tenha sido uma verdadeira *ratio decidendi* e não um mero *obiter dictum* da decisão recorrida; que a questão de inconstitucionalidade haja sido suscitada “durante o processo”, entendida esta expressão em sentido *funcional* (e não puramente “formal”), isto é, em regra, antes de esgotado o poder jurisdicional sobre tal questão do tribunal *a quo*; e que não seja admissível recurso ordinário da decisão judicial, por a lei o não prever ou por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam, salvo os destinados a uniformização de jurisprudência (cfr., ainda, os n.ºs. 3 a 6 do artigo 70º da referida Lei Orgânica). Têm legitimidade para interpor o recurso de constitucionalidade as pessoas que, de acordo com a lei reguladora do processo em que a decisão foi proferida, possam dela interpor recurso ordinário (ou seja, em via de máxima, a parte vencida) e que hajam suscitado a questão de inconstitucionalidade. Para mais desenvolvimentos, cfr. J.M. Cardoso da Costa, ob. cit., p. 48-53; e o *Relatório do Tribunal Constitucional Português para a IIª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, polic., p. 23-29.

(48) Cfr. o artigo 164º, nº 1, da Constituição espanhola e o artigo 38º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do país vizinho. Na doutrina, cfr. A. Cano Mata, *Comentarios*, cit., p. 204,205; F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1099,1100; e E. Álvarez Conde, ob. cit., p. 319.

sucessiva (inclusive, pelo mesmo requerente), como em processo de fiscalização concreta (49).

Em Espanha, diferentemente, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, com o objectivo de impedir sucessões desnecessárias de processos de declaração de inconstitucionalidade, atribui às sentenças de não acolhimento ou de rejeição (sentenças “desestimatórias”) um efeito preclusivo, de modo que as emitidas num recurso de inconstitucionalidade “impedirão qualquer apreciação ulterior da mesma questão e pela mesma via, fundada em infracção de idêntico preceito constitucional” (50).

10. Os ordenamentos jurídicos de Portugal e Espanha não coincidem também no respeitante à *eficácia temporal* das decisões do Tribunal Constitucional de declaração de inconstitucionalidade com eficácia cassatória das normas jurídicas, isto é, das decisões de inconstitucionalidade proferidas em controlo abstracto sucessivo dotadas de eficácia *erga omnes*.

(49) Tendo em conta, porém, o disposto no artigo 2º da Lei Orgânica sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional português, nos termos do qual as decisões deste órgão jurisdicional “são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes tribunais e de quaisquer outras autoridades”, e, bem assim, a natureza essencialmente “objectiva” do controlo normativo abstracto, tais decisões, enquanto subsistirem, não podem deixar de obrigar todas as autoridades públicas (não jurisdicionais) e entidades privadas, nem deixar de revestir-se de um especial valor de precedente (embora não vinculativo) para futuras decisões judiciais. Cfr. J.J. Cardoso da Costa, *ob. cit.*, p. 62.

(50) Cfr. o artigo 38º, nº 2, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do país vizinho. Dada a existência de um prazo curto (três meses) para a interposição do recurso de inconstitucionalidade, é praticamente impossível que uma mesma disposição seja objecto de dois recursos sucessivos. Há, por isso, quem entenda que aquele preceito se refere aos casos em que uma nova disposição legal incorpora uma *norma* idêntica a outra cuja constitucionalidade foi confirmada num anterior recurso.

Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, “a reiteração de processos com o mesmo objecto e pelas mesmas razões só está vedada no caso dos recursos de inconstitucionalidade”, pelo que nada impede que por meio de uma questão de inconstitucionalidade o Tribunal volte a apreciar uma norma cuja constitucionalidade já foi declarada num anterior recurso de inconstitucionalidade, nem é impossível a sucessão de diversas questões de inconstitucionalidade [cfr. F. Caamaño Domínguez (et al.), *Jurisdicción y Procesos Constitucionales*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, p. 71,72]. Nesta linha, o artigo 29º, nº 2, da mesma lei determina que “a rejeição, por razões de forma, de um recurso de inconstitucionalidade contra uma Lei, disposição ou acto com força de Lei não constitui obstáculo a que a mesma Lei, disposição ou acto possam ser objecto de uma questão de inconstitucionalidade por ocasião da sua aplicação em outro processo”.

Em Portugal, a Constituição determina que as decisões de declaração de inconstitucionalidade, proferidas em fiscalização abstracta sucessiva, produzem efeitos desde o início da vigência da norma inconstitucionalizada, no caso de se estar perante uma inconstitucionalidade *originária*, ou, tratando-se de uma inconstitucionalidade *superveniente*, a partir da entrada em vigor da norma constitucional infringida (eficácia *ex tunc*) [tendo, é certo, o Tribunal Constitucional português a *faculdade de delimitar* a eficácia temporal das suas declarações de inconstitucionalidade, nos termos do n.º 4 do artigo 282.º da Constituição] (51). Ao contrário, em Espanha, a decisão que declara a inconstitucionalidade de uma norma legal implica a cessação da vigência da mesma a partir da publicação daquela no Boletim Oficial do Estado (eficácia *ex nunc*) (52).

(51) Cfr. o artigo 282.º da Constituição. De realçar que, em Portugal, onde vigora o princípio da eficácia *ex tunc*, estabelece-se, como limite a essa eficácia, o respeito dos “casos julgados”, salvo tratando-se de sentenças penais ou sancionatórias (baseadas numa norma penal ou sancionatória mais desfavorável). Em alguns casos, o Tribunal Constitucional português equiparou aos “casos julgados judiciais” os “casos decididos” ou “resolvidos” de natureza administrativa, isto é, os actos administrativos definitivamente consolidados.

Quanto à delimitação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, o artigo 282.º, n.º 4, da Constituição determina que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal fixar os efeitos da inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o anteriormente referido, restrição essa que consiste, no comum dos casos, em conceder eficácia a partir da publicação do respectivo acórdão (eficácia *ex nunc*).

O artigo 282.º, n.º 1, da Constituição portuguesa estabelece que a declaração de inconstitucionalidade com eficácia “*erga omnes*” acarreta a *repristinção* da norma ou regime revogados pela norma ou normas declaradas inconstitucionais. Mas ao Tribunal Constitucional é reconhecida a faculdade de excluir, em certos casos, esse efeito repristinatório. É neste sentido que o Tribunal Constitucional português vem restringindo os efeitos da repristinção em matéria penal, para impedir a aplicação das normas repristinadas, se forem mais desfavoráveis para o arguido, durante o período de vigência das normas declaradas inconstitucionais. Cfr. A. Ribeiro Mendes, *Relatório do Tribunal Constitucional Português*, in “1.ª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, cit., p. 755; o nosso *Relatório Geral*, na mesma publicação, p. 98-100; e J.M. Cardoso da Costa, ob. cit., p. 59-61.

(52) cfr. o artigo 164.º da Constituição de Espanha e os artigos 38.º a 40.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do mesmo país. Nos termos do artigo 39.º, n.º 1, desta lei, “quando a sentença declarar a inconstitucionalidade, declarará igualmente a nulidade dos preceitos impugnados, assim como, sendo caso disso, a dos preceitos da mesma Lei, disposição ou acto com força de Lei aos quais deva estender-se por conexão ou consequência”. A eficácia *ex nunc* das sentenças do Tribunal Constitucional espanhol resulta claramente do artigo 40.º, n.º 1, da Lei Orgânica deste Tribunal, segundo o qual “as sentenças declaratórias da inconstitucionalidade de Leis, disposições ou actos com força de Lei não permitem a revisão

11. Por último, uma divergência significativa entre os dois ordenamentos jurídicos de que vimos falando diz respeito aos *instrumentos específicos* de protecção dos direitos fundamentais pelo Tribunal Constitucional.

De facto, no país em que agora nos encontramos, é possível, observados determinados pressupostos, interpor um *recurso de amparo* perante as Salas do Tribunal Constitucional, com fundamento na violação de certos direitos ou liberdades fundamentais (53), contra actos dos poderes públicos, quando essa violação não tiver sido reparada pelos órgãos jurisdicionais, ou quando essa lesão tiver a sua origem directa e imediata num acto ou omissão dos tribunais (54).

de processos encerrados mediante sentença com força de caso julgado, nos quais se tenha feito aplicação das Leis, disposições ou actos inconstitucionais, salvo no caso dos processos penais ou contencioso-administrativos respeitantes a um processo sancionador, em que, como consequência da nulidade da norma aplicada, resulte uma redução da pena ou da sanção ou uma exclusão, isenção ou limitação da responsabilidade” . Cfr., por todos, E. Álvarez Conde, ob. cit., p. 312; F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1099-1101; e P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 273,274.

(53) De acordo com os artigos 53º, nº 2, e 161º, nº 1, da Constituição espanhola e com o artigo 41º, nº 1, da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional do país vizinho, apenas são susceptíveis de amparo constitucional os direitos fundamentais e liberdades públicas compreendidos na Secção I do Capítulo II do Título I da Constituição (artigos 15º a 29º) e ainda o direito à igualdade (artigo 14º) e o direito à objecção de consciência (artigo 30º).

(54) O recurso de amparo referido no texto é o “recurso de amparo constitucional”, também designado amparo “extraordinário”, por ter lugar perante o Tribunal Constitucional, enquanto o amparo “ordinário” é interposto perante ordens jurisdicionais distintas da jurisdição constitucional.

A diferenciação entre estes dois tipos de recurso de amparo resulta do artigo 53º, nº 2, da Constituição espanhola, onde se afirma que qualquer cidadão poderá pedir a tutela das liberdades e dos direitos a que se referem o artigo 14º e a Secção I do Capítulo II “perante os tribunais ordinários mediante um procedimento baseado nos princípios de preferência e sumariedade e, quando for caso disso, através do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional” (recurso este que também é aplicável ao direito à objecção de consciência, condensado no artigo 30º da Constituição). Cfr. P. Cruz Villalón, *Sobre el Amparo*, in “Revista Española de Derecho Constitucional”, Ano 14, Nº 41 (1994), p. 11,12.

Procurando caracterizar sinteticamente o regime jurídico do “recurso de amparo constitucional” no ordenamento jurídico-constitucional espanhol, começar-se-á por referir, quanto ao respectivo *âmbito de aplicação*, que aquele abrange a violação ou lesão efectiva dos direitos fundamentais e das liberdades públicas anteriormente indicados por actos, disposições ou actuações de facto dos poderes públicos, quando aquela não tiver sido reparada pelos tribunais judiciais (a estes cabe, com efeito, a defesa, em primeira mão, daqueles direitos ou liberdades), ou quando essa lesão seja devida a um acto ou omissão dos órgãos judiciais.

No que toca aos *pressupostos* do “recurso de amparo constitucional”, são eles essencialmente três: estar-se perante uma violação real e efectiva de um direito ou liberdade fundamental

Diversamente, em Portugal, como já foi assinalado, não estão consagradas quaisquer *modalidades específicas* de protecção jurisdicional de direitos fundamentais (se bem que exista o instituto do *habeas corpus*, previsto no artigo 31º da Constituição, a cargo dos tribunais judiciais, “contra

catalogado como susceptível de amparo (“carácter extraordinário” do amparo); a violação do direito ou liberdade fundamental não ter encontrado reparação através do sistema ordinário de garantias (“carácter excepcional” do amparo), exigindo-se, por isso, em princípio, o recurso prévio aos tribunais ordinários e o esgotamento dos recursos jurisdicionais adequados (é a denominada *subsidiariedade* do recurso de amparo constitucional, que espelha a ideia de que este não é uma via alternativa, mas sucessiva de protecção de direitos fundamentais e liberdades públicas, a qual tem um conteúdo extrínseco ou estrutural, que consiste na exigência do recurso prévio aos órgãos da jurisdição ordinária, para que estes tenham a oportunidade de se pronunciar sobre a pretensão deduzida pelo solicitante do amparo, e um conteúdo interno, que se cifra na obrigação de os cidadãos formularem a mesma pretensão perante todas as instâncias jurisdicionais de protecção); e estar-se perante uma violação de um direito ou liberdade fundamental com origem num acto, disposição (termo que abrange, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, apenas os denominados *regulamentos auto-aplicativos*) ou actuação de facto dos poderes públicos e não de sujeitos privados.

Pelo que respeita à *legitimidade* para apresentar o recurso que estamos a caracterizar, o artigo 162º, nº 1, alínea b), da Constituição espanhola prescreve que podem interpor o recurso de amparo “qualquer pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Público”. Desta disposição constitucional vêm sendo extraídas as seguintes conclusões quanto à legitimidade activa: podem interpor um “recurso de amparo” não só o titular do direito violado, mas também quem invoque um interesse legítimo; esse titular (do direito ou interesse legítimo) tanto pode ser uma pessoa física, como jurídica; aquele instrumento está aberto à utilização dos estrangeiros; e a legitimidade do “Defensor do Povo” e do Ministério Público reveste uma natureza específica, na medida em que são instituições implicadas, de modo particular, na defesa dos direitos fundamentais.

Quanto ao *prazo* para apresentação do recurso de amparo, o mesmo varia conforme as *vias processuais* utilizadas para aceder àquele recurso, as quais, de harmonia com o estatuído na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol, são três: uma para os actos dos poderes públicos que não sejam o legislador, nem os órgãos jurisdicionais; outra para as violações de direitos ou liberdades imputáveis de forma directa e imediata a uma acção ou omissão de um órgão judicial; e uma terceira para decisões ou actos sem valor de lei, emanados das Cortes Gerais ou de qualquer dos seus órgãos, ou das Assembleias Legislativas das Comunidades Autónomas, ou dos seus órgãos, que violem direitos ou liberdades susceptíveis de amparo. Enquanto nos dois primeiros casos, o recurso deve ser interposto no prazo de vinte dias após a notificação da decisão judicial (sendo, em ambos, necessário invocar previamente perante os órgãos judiciais o direito ou liberdade pretensamente lesionados e esgotar devidamente a via judicial), no terceiro, o recurso de amparo opera como um remédio jurisdicional exclusivo e excludente, de modo que não é exigível nem a prévia invocação da lesão suportada junto de um tribunal, nem, logicamente, o esgotamento da via judicial, devendo ser interposto directamente no Tribunal Constitucional no prazo de três meses, contados do momento em que, de acordo com as normas internas das Câmaras ou Assembleias, as decisões ou actos referidos sejam definitivos.

o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal”, podendo haver das decisões proferidas nos processos de *habeas corpus* recurso de constitucionalidade para o Tribunal Constitucional, nos termos gerais). Tal

No que concerne à *tramitação processual* do recurso de amparo constitucional, notar-se-á, em termos breves, que, apresentado o pedido - no qual devem ser relatados os factos, comprovar-se o preenchimento dos pressupostos processuais de admissão, identificar-se a lesão suportada e indicar-se os fundamentos jurídicos da concessão do amparo -, compete a uma das Secções do Tribunal Constitucional admiti-lo. O pedido de amparo pode ser liminarmente rejeitado, entre outras, nas seguintes condições: quando a apresentação do pedido for extemporânea; por falta de invocação da lesão do direito fundamental na via judicial prévia; por não esgotamento das vias de recurso; quando o pedido se refira a direitos não susceptíveis de amparo; quando o recurso careça manifestamente de conteúdo, isto é, quando se verifique falta de relevância constitucional da questão colocada; ou, finalmente, quando o Tribunal Constitucional já tiver conhecido de fundo, com negação da pretensão, um recurso ou questão de inconstitucionalidade ou um recurso de amparo num caso substancialmente similar.

A decisão de rejeição liminar tem de ser tomada por unanimidade dos três magistrados que compõem a Secção. Na ausência de unanimidade sobre a inadmissão do recurso de amparo, a questão da sua admissibilidade é decidida pela Secção, depois da fase de alegações do recorrente e do Ministério Público, sem possibilidade de recurso. O procedimento de admissão do recurso de amparo assume uma grande relevância no ordenamento jurídico espanhol, uma vez que, de acordo com as estatísticas do Tribunal Constitucional do país vizinho, cerca de 90% dos recursos de amparo não passam da fase de admissão (cfr. o *Informe do Tribunal Constitucional de España*, cit., p. 34).

Admitido o pedido, é oferecido às partes um prazo comum de vinte dias para apresentarem por escrito as suas alegações e, bem assim, ao Ministério Público. O acto impugnado pode ser suspenso a pedido do requerente ou por decisão da Secção, “quando a execução seja susceptível de causar prejuízo que faça perder ao amparo a sua finalidade”. A suspensão pode, no entanto, ser negada quando da mesma resulte “perturbação grave dos interesses gerais ou dos direitos fundamentais ou liberdades públicas de um terceiro”. Além disso, a Sala poderá condicionar a suspensão à prestação de caução suficiente para a reparação dos eventuais danos que dela possam derivar.

Finalmente, no que tange aos *efeitos* da decisão que concede o amparo, importa vincar que o ordenamento jurídico-constitucional espanhol (tal como outros ordenamentos jurídicos que conhecem institutos semelhantes) preocupa-se em atribuir à decisão que concede o amparo a maior *eficácia possível*, em termos de ela pôr termo à lesão do direito fundamental ou da liberdade pública e, sendo caso disso, reintegrar o cidadão no pleno gozo do seu direito ou liberdade. Assim, a decisão de concessão do amparo contém alguma ou algumas das seguintes pronúncias: declaração de nulidade da decisão, acto ou resolução impugnada e causadora da lesão suportada pelo recorrente; reconhecimento do direito ou liberdade pública, em conformidade com o seu conteúdo constitucionalmente garantido; e restabelecimento do recorrente na integridade do seu direito ou liberdade, com a adopção das medidas apropriadas para a sua conservação.

O regime jurídico do “recurso de amparo constitucional”, que, *brevitatis causa*, acaba de ser indicado em termos genéricos, consta dos artigos 41º a 58º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol. De entre a variadíssima doutrina sobre o “recurso de amparo”, indica-se, apenas a título exemplificativo: J. A. Doncel Luengo, *El Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, Medio Subsidiario de Protección de los Derechos Fundamentales*,

não significa, porém, que a intervenção do Tribunal Constitucional português no âmbito da protecção dos direitos fundamentais seja desprovida de relevo. Através do controlo abstracto, mas sobretudo através do controlo concreto da constitucionalidade de normas jurídicas, aquele órgão jurisdicional tem oportunidade de aplicar as normas e princípios constitucionais relativos aos direitos fundamentais, assegurando, pela via da negação da eficácia às normas infra-constitucionais que contrariem os mesmos, o seu respeito e a sua efectivação. Essa intervenção não assume, contudo - temos de reconhecer-lo-, nem a amplitude, nem a eficácia do “recurso de amparo”.

No contexto da Revisão Constitucional de 1989, foi amplamente discutida, em Portugal, quer na Comissão Eventual constituída para o efeito, quer no Plenário da Assembleia da República, uma proposta de criação de uma “acção constitucional de defesa” perante o Tribunal Constitucional contra actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais, e de um “recurso constitucional de defesa” contra actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma, violem os mesmos direitos, liberdades e garantias, após esgotamento dos recursos ordinários (55). Mas a referida iniciativa - inspirada no “recurso de amparo” espanhol - não logrou a maioria de dois terços necessária para a sua aprovação.

Também no âmbito do processo de revisão constitucional que desembocou na publicação da Lei nº 1/97, de 20 de Setembro, foram apresentados projectos com vista à introdução de uma “acção constitucional

polic., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996; M. Revenga Sanchez, *Las Paradojas del Recurso de Amparo tras la Primera Decada de Jurisprudencia Constitucional (1981-1991)*, in “Revista Española de Derecho Constitucional”, Ano 14, Nº 41 (1994), p. 25 e ss.; A. Cano Mata, *Comentarios*, cit., p. 225 e ss., e *El Recurso de Amparo*, cit., p. 9 e ss.; J. González Pérez, ob. cit., p. 277 e ss.; A.-C. Pereira Menaut [et al.], cit., p. 229-233; F. Rubio LLorente, ob. cit., p. 486-494, 537-571; A. Torres del Moral, ob. cit., p. 411-426; P. Pérez Tremps, ob. cit., p. 280-287; F. Fernandez Segado, ob. cit., p. 1101-1120; J.M. Martínez Pereda Rodríguez [et. al.], cit., p. 566-569; e G. Jimenez-Blanco/P. Mayor Menendez/L. Osorio Iturmendi, ob. cit., p. 880-883.

(55) Cfr. a proposta apresentada pelo Partido Comunista Português (PCP), bem como a formulação alternativa sugerida pelo Partido Socialista (PS), in *Diário da Assembleia da República*, II Série, Nº 4- RC, de 28 de Março de 1988, e Nº 65- RC, de 10 de Janeiro de 1989, respectivamente.

de defesa” (56), de um “recurso de amparo” (57) ou de um “recurso constitucional” (58) no sistema português de justiça constitucional. Tais projectos não obtiveram, no entanto, o consenso necessário para a consagração de uma tal reforma.

Tendo em conta o debate ocorrido na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional e no Plenário da Assembleia da República, na Revisão Constitucional de 1989 (59), bem como na Comissão Eventual para a Revisão

(56) Cfr. o projecto do Partido Comunista Português (PCP), publicado no *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, Nº 27, de 7 de Março de 1996, o qual inseria o artigo 20º-A, com o título “acção constitucional de defesa”, cujo conteúdo era o seguinte:

“1- Há acção constitucional de defesa junto do Tribunal Constitucional contra quaisquer actos ou omissões dos poderes públicos que lesem directamente direitos, liberdades e garantias, quando eles não sejam susceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais.
2- Há também recurso constitucional de defesa para o Tribunal Constitucional dos actos ou omissões dos tribunais, de natureza processual, que, de forma autónoma, violem direitos, liberdades e garantias, desde que tenham sido esgotados os recursos ordinários competentes.
3- A lei regula as acções e recursos previstos nos números anteriores, garantindo-lhes carácter de prioridade e celeridade”.

(57) Cfr. o projecto do Partido Socialista (PS), publicado no *Diário da Assembleia da República* citado na nota anterior, o qual incluía o artigo 20º-A, com a epígrafe “recurso de amparo”, que dispunha do seguinte modo:

“Há recurso de amparo com carácter de prioridade e celeridade, junto do Tribunal Constitucional:

a) Contra actos ou omissões de entidades públicas de que decorra lesão directa de direitos, liberdades e garantias, insusceptíveis de impugnação junto dos demais tribunais;
b) Contra actos ou omissões dos tribunais de carácter processual que, de forma autónoma, violem direitos, liberdades e garantias, após esgotamento dos recursos ordinários”.

De conteúdo bastante próximo era o artigo 23º-A constante do projecto dos Deputados do Partido Social Democrata (PSD) Guilherme Silva, Correia de Jesus e Hugo Velosa. Com um alcance mais limitado, já que apenas propunham o “recurso de amparo” contra decisões judiciais, cfr. o artigo 280º, nº 6, do projecto dos Deputados do PS Cláudio Monteiro, Manuel Jorge Goes e Maria do Rosário Carneiro, bem como o artigo 280º, nº 7, do projecto dos Deputados do PSD Arménio Santos, Acácio Roque, Francisco José Martins, João Mota e Costa Pereira. Todos estes projectos podem ser conferidos no *Diário da Assembleia da República* citado na nota anterior.

(58) Cfr. o projecto do Partido Social Democrata (PSD), publicado no *Diário da Assembleia da República* citado na nota nº 56, que continha o artigo 280º-A, intitulado “recurso constitucional”, que estabelecia como segue:

“Cabe recurso para o Tribunal Constitucional, nos termos da lei, de actos da Administração ou de decisões dos tribunais que violem directamente o conteúdo essencial de direitos, liberdades ou garantias, com fundamento na sua inconstitucionalidade, quando já não haja lugar a recurso ordinário”.

(59) Cfr. o *Diário da Assembleia da República*, II Série, Nº 7- RC, de 21 de Abril de 1988, Nº 48- RC, de 21 de Outubro de 1988, Nº 67- RC, de 19 de Janeiro de 1989, pe I Série, Nº 66, de 20 de Abril de 1989.

Constitucional, na Revisão de 1997 (60), podemos afirmar que são essencialmente quatro as objecções fundamentais à introdução, em Portugal, do “recurso de amparo” ou de uma figura jurídica similar. Em primeiro lugar, a *dificuldade de harmonização* deste instituto com o sistema português de fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, no qual o *recurso concreto de constitucionalidade*, sobretudo quando tem como base a suscitação pela parte, *durante o processo*, da inconstitucionalidade da norma jurídica aplicável ao caso, desempenha um papel determinante na protecção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Em segundo lugar, a existência no ordenamento jurídico português de um conjunto de garantias constitucionais de tutela jurisdicional efectiva dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares em face da Administração, nas quais se incluem, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, o recurso contencioso, com fundamento em ilegalidade, contra quaisquer actos administrativos, independentemente da sua forma, que lesem aqueles direitos ou interesses legalmente protegidos, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos, a adopção de medidas cautelares adequadas (entre as quais a “suspensão judicial da eficácia do acto administrativo”) e o reconhecimento aos cidadãos do direito de impugnação contenciosa das normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos (cfr. o artigo 268º, nºs 4 e 5, da Constituição), as quais se traduzem no reconhecimento aos particulares de uma protecção jurisdicional administrativa sem lacunas - *princípio da plenitude da garantia jurisdicional administrativa* -, permitindo-lhes o acesso à justiça para defesa de direitos ou interesses legalmente protegidos, sem se condicionar essa acção à adopção de meios específicos de impugnação (“recurso contencioso”) ou à existência de um “acto administrativo” - garantias essas que *preenchem* uma boa parte dos fins que justificariam a adopção do “recurso de amparo” (61). Em terceiro lugar, o receio da “inundação” do

(60) Cfr. o Diário da Assembleia da República, II Série, Nº 19-RC, de 11 de Setembro de 1996, e Nº 76-RC, de 16 de Abril de 1997.

(61) Também no ordenamento jurídico do país vizinho vemos consagrado um princípio de tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos perante a Administração Pública, prevendo a lei um núcleo significativo de instrumentos processuais para tornar operativo o referido princípio.

Não foram, pois, razões ligadas às lacunas do sistema de garantias contenciosas dos administrados que estiveram na origem da consagração do recurso de amparo constitucional no ordenamento jurídico espanhol. Foram, sobretudo, razões históricas que estiveram na

Tribunal Constitucional português com grande número de “recursos”, comprometendo, desse modo, a sua operacionalidade e eficácia. E, por último, o temor do surgimento de dificuldades de relacionamento ou mesmo de conflitos entre o Tribunal Constitucional e os restantes tribunais, sobretudo os Supremos Tribunais, nos casos em que o “recurso de amparo” tivesse como objecto a própria decisão judicial, por ser ela própria violadora de um direito fundamental.

V. Conclusão

Vai sendo tempo de terminar. Não queremos, porém, fazê-lo sem deixar uma observação final.

Os sistemas espanhol e português de justiça constitucional -construídos ambos à volta dos respectivos Tribunais Constitucionais- divergem nos meios ou nos instrumentos jurídicos utilizados, mas convergem nos respectivos objectivos. Tais objectivos são, em geral, a garantia da observância

base da criação daquele instituto - razões essas caracterizadas pela necessidade de consagrar, num país que vinha de quase quarenta anos de regime autoritário, e, além disso, com um poder judicial pouco sensível à protecção dos direitos e liberdades fundamentais e com uma ausência de uma doutrina global e coerente sobre os mesmos, um instrumento que possibilitasse, por um lado, a resolução dos casos concretos de violação dos direitos fundamentais, repondo o particular na plenitude do gozo dos direitos violados, e que permitisse, por outro lado, a um órgão jurisdicional específico, enquanto intérprete supremo da Constituição, redefinir continuamente o conteúdo dos direitos fundamentais (fala-se, a este propósito, no chamado “efeito educativo da jurisprudência constitucional”, em matéria de direitos fundamentais, e nas denominadas “declarações constitucionais sobre os direitos fundamentais”, proferidas pelo Tribunal Constitucional). A doutrina atribui, por isso, uma dupla função ao recurso de amparo constitucional: uma função *subjectiva ou garantística*, traduzida na protecção dos direitos fundamentais efectivamente lesados, e uma função *objectiva*, consistente na precisão e definição pelo Tribunal Constitucional do conteúdo dos direitos fundamentais violados (cfr., por todos, J.A. Doncel Luengo, ob. cit., *passim*, em especial, p. 16, 17, 20, 64).

Apesar destes argumentos favoráveis ao recurso de amparo constitucional, um importante sector doutrinário do país vizinho tem-se mostrado contrário à existência do amparo constitucional, esgrimindo essencialmente com três tipos de fundamentos: a sobrecarga excessiva de trabalho para o Tribunal Constitucional ocasionada pelo recurso de amparo; o desprestígio para o poder judicial resultante de um tal instituto; e a suficiência do recurso de amparo interposto perante os tribunais ordinários para garantir a tutela efectiva dos direitos fundamentais e liberdades públicas (cfr. J. A. Doncel Luengo, ob. cit., p. 17).

dos equilíbrios constitucionais entre os diferentes poderes do Estado (censurando os desvios ao princípio da “separação de poderes”) e da repartição de competências entre o “Centro” e as “Regiões” (impedindo, desse modo, o “desequilíbrio” do sistema político), o controlo do respeito pelo *poder legislativo* das normas e princípios constitucionais (62), a resolução dos conflitos entre a maioria governamental e a oposição, isto é, as minorias, e a protecção dos direitos fundamentais (63).

Ao realizar tais objectivos, os Tribunais Constitucionais de Espanha e Portugal contribuem decisivamente, como sublinha *Helmut Simon*, para a conservação, promoção e alargamento do consenso constitucional (64), espalhando pelos nossos dois países a seiva vivificadora do regime democrático, que é o consenso prolongado e constantemente renovado sobre a Constituição.

(62) Deve realçar-se que é fundamentalmente no domínio das relações entre os órgãos da justiça constitucional e o poder legislativo que se coloca o problema da *tensão* entre a legitimidade, juridico-constitucionalmente fundada, do poder dos Tribunais Constitucionais de controlo da constitucionalidade das leis e a liberdade constitutiva do legislador, também ela constitucionalmente garantida e democraticamente legitimada - tensão essa que se exprime privilegiadamente no domínio do *conteúdo* das decisões dos órgãos da justiça constitucional e, de modo particular, no âmbito da admissibilidade e dos limites das *decisões interpretativas*, das *decisões de inconstitucionalidade parcial*, das *decisões construtivas*, das *decisões integrativas* e das *decisões substitutivas*. Para a caracterização de cada um destes tipos de decisões, cfr. o nosso *Relatório Geral*, in “Iª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América”, cit., p. 90-94; F. Rubio Llorente, ob. cit., p. 515-523; e T. Martínez, *Diritto Costituzionale*, 9ª ed., Milano, Giuffrè, 1997, p. 633-641.

(63) Esta última é, seguramente, a função mais relevante desempenhada pelos Tribunais Constitucionais dos nossos dois países, como o atesta a enorme desproporção que se verifica entre o recurso à jurisdição constitucional como **forma de tutela de direitos** (nos últimos quatro anos, cerca de 98% dos processos entrados no Tribunal Constitucional espanhol foram “recursos de amparo” e, das decisões proferidas nos anos de 1993 a 1996 pelo Tribunal Constitucional português, cerca de 90% diziam respeito a “recursos concretos de constitucionalidade”) e o recurso à mesma jurisdição *para outros fins*. Cfr. o *Informe do Tribunal Constitucional de España*, cit., e o *Relatório do Tribunal Constitucional Português para a IIª Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, cit..

(64) Cfr. *Verfassungsgerichtsbarkeit*, cit., p. 1661. Na mesma linha, afirma P. Lucas Verdu que o Tribunal Constitucional é peça capital para suscitar e difundir o sentimento constitucional e para promover a identificação dos cidadãos e dos seus grupos com os valores constitucionais (cfr. *Política y Justicia Constitucionales. Consideraciones sobre la Naturaleza y Funciones del Tribunal Constitucional*, in “El Tribunal Constitucional”, Vol. II, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1981, p. 1550).