

A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional

Numa altura em que se cumprem mais de doze anos sobre a data de entrada em funcionamento do Tribunal Constitucional (TC) — e em que este atinge, por assim dizer, a sua *maioridade plena* — é tempo de recordar, nos seus traços essenciais, o processo de construção da justiça constitucional portuguesa.

É certo que este processo não começou apenas em 1982 (data do nascimento do TC), nem se esgota na simples instituição de um órgão de controlo da constitucionalidade dos actos normativos. De facto, à data da criação do Tribunal Constitucional a fiscalização da constitucionalidade não era uma realidade inteiramente nova entre nós, nem o TC foi criado a partir do nada. Há que contar, pois, com diversos antecedentes. Desde logo, um antecedente directo e imediato, que foi a experiência acumulada pela Comissão Constitucional (CC) ao longo de sete anos de actividade — pese embora a natural diferença de estatuto e competências que a separava do TC. Por outro lado, a «ideia» de concentrar num único órgão a competência para proceder ao controlo da constitucionalidade das leis é pelo menos tão velha entre nós como a própria existência do controlo judicial de constitucionalidade. Com efeito, logo na discussão sobre o que viria a ser o artigo 63.º da Constituição de 1911 se levantaram vozes propondo a atribuição ao Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de competências no domínio da fiscalização da constitucionalidade. O mesmo se passaria, depois, na vigência da Constituição Política de 1933 (que conheceu, de resto, uma curiosa experiência de fiscalização concentrada da constitucionalidade das leis do ultramar pelo Conselho Ultramarino). Após o 25 de Abril, alguns projectos de constituição apontavam para a criação de um tribunal constitucional (projecto do CDS), para a concentra-

* Assessor do Tribunal Constitucional. Agradeço ao Sr. Conselheiro Presidente do Tribunal Constitucional, Dr. José Manuel Cardoso da Costa, que teve a amabilidade de ler uma primeira versão deste trabalho, as importantes observações e críticas que formulou.

ção no STJ de poderes de controlo da inconstitucionalidade material (projecto do PPD) e, bem assim, para a formação de um órgão específico dirigido à fiscalização da constitucionalidade (projecto do PS). Todavia, só em 1982 foi possível reunir as condições necessárias à instituição de um verdadeiro e próprio tribunal constitucional.

Na revisão constitucional de 1982 os projectos dos dois maiores blocos políticos da altura — a AD e a FRS — previam a criação de um tribunal constitucional; e mesmo o projecto do MDP/CDE contemplava um conselho constitucional, órgão de soberania fora das categorias dos tribunais, embora dotado de competências jurisdicionais. Se exceptuarmos o PCP — cujo projecto de revisão mantinha a existência do Conselho da Revolução —, a criação de um tribunal constitucional era, assim, pacífica e consensual. Os problemas surgiram depois, quando teve de se definir o estatuto e as competências deste novo órgão — e, acima de tudo, quando teve de se definir a sua composição e o modo de designação dos respectivos juízes.

Obtida a maioria necessária para consagrar constitucionalmente a existência do TC — e, bem assim, para definir as suas principais atribuições e a sua composição —, faltava aprovar uma lei que dispusesse em concreto sobre a organização, funcionamento e processo do Tribunal. Nesse particular, a aprovação da Lei do Tribunal Constitucional (LTC) culminou um processo legislativo «extremamente simples» e «extremamente rápido», para usar as palavras de um dos autores do projecto que serviu de base à Proposta de Lei n.º 130/II¹. O governo decidiu cometer a um grupo de trabalho constituído *ad hoc* por dois especialistas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra o encargo de preparar um projecto de proposta de lei. Introduzidas algumas alterações a esse projecto, foi a proposta enviada ao parlamento, que para a discutir e votar na especialidade criou uma comissão específica: a Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional. Apesar de a Constituição já ter definido, no essencial, o figurino do que viria a ser o TC, o trabalho desta Comissão veio a revelar-se extremamente útil e frutuoso. Aí se decidiu, por exemplo, sobre aspectos fulcrais do procedimento de designação dos juízes, sobre competências do TC em matéria de inscrição de partidos e de contencioso eleitoral *lato sensu* e, enfim, sobre diversas questões de funcionamento que a Constituição não podia, obviamente, regular.

Sem contar com a eleição dos juízes e os problemas «logísticos» de instalação e entrada em funcionamento, poder-se-á dizer que nesta fase se concluiu o processo de criação do TC. Foi, como se viu, um processo de-

¹ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «A elaboração da Lei do Tribunal Constitucional», in *A Feitura das Leis*, vol. 1, Oeiras, 1986, p. 85.

envolvido a dois tempos — um tempo «longo», que vai de 1911 à revisão constitucional de 1982; um tempo «curto», que decorreu, de forma rápida e acelerada, entre a aprovação da Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, e a entrada em vigor da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (LTC)². É este processo que se irá recordar nas suas linhas fundamentais.

O presente trabalho tem, pois, um conteúdo marcadamente descritivo: mais do que *reflectir* sobre o significado da instituição de um órgão de fiscalização da constitucionalidade das leis, procurar-se-á *relatar*, de forma sucinta e abreviada, a génese do nosso Tribunal Constitucional. Numa primeira parte referem-se os antecedentes remotos do TC, ou seja, o ideal de uma fiscalização concentrada da constitucionalidade que desde 1911 vinha sendo perseguido. Depois far-se-á uma síntese da actividade da Comissão Constitucional, que pode ser considerada, a todos os títulos, um antecedente imediato do TC. A revisão constitucional de 1982 e, posteriormente, a aprovação da LTC concluem formalmente o processo de institucionalização do TC. A partir daí, é ao TC que cabe criar as condições da sua própria institucionalização «material» ou, mais precisamente, da sua afirmação no contexto dos demais poderes do Estado e do aparelho judicial em particular. Pode dizer-se que, de um modo geral, o Tribunal tem desempenhado esta tarefa de modo satisfatório, a ponto de já não se questionar a razão da sua existência nem a posição *sui generis* que detém no quadro da orgânica judiciária. Os embates com o STJ que marcaram o seu início de vida — e que, curiosamente, tiveram sobretudo uma expressão simbólica e protocolar³ — parecem estar ultrapassados após a revisão constitucional de 1989 ter resolvido o problema (ao menos na aparência). De igual modo, pode dizer-se que existe, em termos globais, um respeito generalizado pelas decisões do TC

² A rapidez de aprovação da LTC derivou, naturalmente, dos limites temporais apertados que o artigo 244.º da Lei Constitucional n.º 1/82 estabelecia. No n.º 1 do artigo 244.º determinava-se que «até à data da entrada em vigor da presente lei de revisão, a Assembleia da República aprovará a legislação respeitante à organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional [...]». Por seu turno, o artigo 248.º dispunha que «a presente lei de revisão entra em vigor no trigésimo dia posterior ao da sua publicação no *Diário da República*, sem prejuízo da sua aplicação imediata para efeitos do disposto nos artigos 244.º e 245.º». O que significa, pois, que (1) o artigo 244.º da Lei n.º 1/82 era uma norma de aplicação imediata; (2) após a publicação no *Diário da República* da Lei n.º 1/82, a Assembleia dispunha de um mês para aprovar a LTC.

³ Sobre os aspectos mais visíveis desse conflito pode consultar-se, para além da imprensa da época, José António Barreiros, «Representação judiciária ou hierárquica dos tribunais — Contributos para a polémica entre o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional», in *Revista do Ministério Público*, ano 5.º, n.º 19, Outubro de 1984, pp. 9-40, Fernando Brochado Brandão, «A representação dos tribunais, o Supremo Tribunal de Justiça e o Tribunal Constitucional», in *Colecção de Jurisprudência*, ano IX, 1984, t. 5, pp. 33-37, e «O colar», in *Tribuna da Justiça*, nova série, n.º 2, Março de 1990, pp. 68-70, e Francisco Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 — A Transição Dualista*, Coimbra, 1988, p. 263.

por parte dos outros tribunais (apesar de existirem riscos de eclosão de conflitos, que não devem ser descurados)⁴.

Se hoje em dia pode afirmar-se que não existe entre nós um autêntico e verdadeiro *problema constitucional*, para isso muito contribuiu o Tribunal Constitucional e a sua jurisprudência⁵. Infelizmente, ainda não existe um estudo de conjunto sobre o contributo do TC para a actual situação de «paz constitucional» e, num âmbito mais vasto, para a consolidação da democracia portuguesa. Tal não constitui, no entanto, o objecto do presente trabalho. Por ora, vamos ver apenas como nasceu o TC e até que ponto ele representa o culminar de um longo processo de construção da justiça constitucional portuguesa.

I. OS ANTECEDENTES REMOTOS: A «IDEIA» DE UM CONTROLO CONCENTRADO DA CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS

1. Como é sabido, as constituições monárquicas do século passado não previam qualquer forma de fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais. A apreciação da constitucionalidade era, assim, exclusivamente *política*, já que eram políticos os órgãos que detinham o encargo de vigiar pelo cumprimento da Constituição. Deve notar-se, porém, que o problema do controlo da constitucionalidade pelos tribunais foi intensamente discutido no dealbar do século a propósito dos decretos ditatoriais do poder executivo, ou seja, dos decretos com força de lei emitidos pelo governo, estando as cortes dissolvidas⁶. Na altura formou-se uma larga corrente de opinião favorável à possibilidade de os tribunais fiscalizarem a inconstitucionalidade orgânica. Esta tese — que, segundo parece, fora avançada pela primeira vez por Silva Ferrão — conquistou numerosos adeptos: Afonso Costa (*Lições de Organização Judiciária*, 1901), o juiz Francisco José de Medeiros (*Sentenças*,

⁴ Cf. António Rocha Marques, «O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional», in *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1993, p. 470, e Antero Alves Monteiro Diniz, «A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional (o sistema vigente e o ir e vir dialéctico entre o Tribunal Constitucional e os outros tribunais)», in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, 1995, pp. 199 e segs.; alertando para os riscos de eclosão de conflitos com os outros tribunais, cf. Miguel Galvão Telles, «A competência da competência do Tribunal Constitucional», in *Legitimidade...*, cit., pp. 105 e segs.

⁵ Aquela afirmação é de José Manuel Cardoso da Costa, *A Evolução Constitucional no Quadro da Constituição da República de 1976*, Lisboa, 1994, p. 3.

⁶ Cf. João Maria Tello de Magalhães Collaço, *Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis no Direito Português*, Coimbra, 1915, pp. 47 e segs.; mais recentemente, José Mário Ferreira de Almeida, *A Justiça Constitucional em Portugal — Notas para Um Estudo*, Lisboa, 1985, pp. 23 e segs.

1904), Alberto dos Reis (*Organização Judicial*, 1905), Marnoco e Souza (*Direito Político*, 1910). A possibilidade de atribuir aos «tribunaes competência para conhecer da validade das leis» constava mesmo da proposta (frustrada) de reforma da Carta apresentada em 14 de Março de 1900⁷.

Por outro lado, segundo afirma Jorge Miranda, em 1907 introduziu-se um sistema *sui generis* de controlo concentrado da constitucionalidade através do decreto de 1 de Julho de 1907: «Por paradoxal que pareça, foi um diploma destinado a impedir a apreciação judicial das leis que, primeiramente, introduziu no direito português uma forma de concentração de competência atinente à inconstitucionalidade: foi o decreto de 1 de Julho de 1907 (*Diário do Governo*, n.º 152, de 12 de Julho), editado por causa de um juiz de 1.ª instância se ter negado a reconhecer força obrigatória à primeira medida da ditadura de João Franco. E a medida nele prevista consistiu em permitir a revisão pelo Supremo Tribunal de Justiça, reunido em tribunal pleno, por iniciativa obrigatória do Ministério Público e facultativa de qualquer das partes, das decisões que recusassem força legal aos decretos do poder executivo⁸.»

O princípio do controlo jurisdicional da constitucionalidade das leis nasceu com a Constituição de 1911, o que representou, aliás, uma inovação no contexto europeu⁹. O artigo 63.º daquela Constituição dispunha que «o poder

⁷ Cf. Magalhães Collaço, *Ensaio...*, cit., pp. 54 e segs., e Marnoco e Souza, *Direito Político — Poderes do Estado — Sua Organização segundo a Ciência Política e o Direito Constitucional Português*, Coimbra, 1910, pp. 383 e segs. Como refere Magalhães Collaço (*op. cit.*, p. 60), do relatório do projecto de reforma da Carta apresentado em 3 de Julho de 1899 não resulta claramente a ideia de que com esse projecto se pretendia atribuir aos tribunais competência para conhecerem da constitucionalidade das leis, ao contrário do que é sustentado por Miguel Galvão Telles («A concentração de competência para o conhecimento jurisdicional da inconstitucionalidade das leis», in *O Direito*, ano 103, 1971, p. 192).

⁸ Jorge Miranda, «Sobre a previsível criação de um tribunal constitucional», in *Democracia e Liberdade — Revista do IDL — Instituto Democracia e Liberdade*, n.º 15, Junho de 1980, nota 9. Como refere Jorge Miranda, o decreto viria a ser declarado nulo pelo artigo 95.º-*tres* da Lei de 9 de Setembro de 1908 (*Diário do Governo*, n.º 205, de 12 de Setembro); cf. também Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 6.ª ed., Lisboa, 1972, pp. 682-683, e José Mário Ferreira de Almeida, *A Justiça...*, cit., pp. 24-26.

⁹ Assim, falando do «seu carácter precursor no espaço europeu», José Manuel Cardoso da Costa, «O Tribunal Constitucional português: a sua origem histórica», in Mário Baptista Coelho (coord.), *Portugal — O Sistema Político e Constitucional 1974-1987*, Lisboa, s. d., p. 913, e «A tutela dos direitos fundamentais», in *Documentação e Direito Comparado*, n.º 5, 1981, p. 213, e «Nota do tradutor» in Otto Bachof, *Normas Constitucionais Inconstitucionais?*, Coimbra, 1977, pp. viii-xi; mais dubitativamente, cf. Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 192. Jorge Miranda refere apenas que Portugal foi «um dos primeiros países europeus» a adoptar expressamente o princípio da constitucionalidade (*Contributo para Uma Teoria da Inconstitucionalidade*, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, suplemento, dissertações de alunos, vii, Lisboa, 1968, p. 107). Noutra obra afirma, no entanto, que «a lei fundamental de 1911 foi a primeira constituição europeia a prever tal competência [de apreciação da constitucionalidade das leis], o que pode considerar-se um dos mais positivos aspectos da obra constituinte da 1.ª República» (*Manual de Direito Constitucional*, t. 1, 2.ª ed. revista, Coimbra, 1982, pp. 252-253).

judicial, desde que, nos feitos submetidos a julgamento, qualquer das partes impugnar a validade da lei ou dos diplomas emanados do poder executivo ou das corporações com autoridade pública que tiverem sido invocados, apreciará a sua conformidade com a Constituição e os princípios nela consagrados». Tratava-se, por conseguinte, de um sistema *difuso* de controlo da constitucionalidade, confiado à generalidade dos tribunais ordinários no quadro dos casos concretos que houvessem de decidir¹⁰. Entendia-se, porém, que só os tribunais ordinários (isto é, «do poder judicial») tinham a faculdade de recusar a aplicação de leis inconstitucionais e, além disso, que as questões de constitucionalidade não poderiam ser apreciadas oficiosamente¹¹. Este modelo era inspirado na experiência norte-americana da *judicial review* e na Constituição republicana do Brasil de 1891 (que, de resto, imitava o modelo americano)¹². Contudo, a sua adopção ficou a dever-se essencialmente a razões de ordem interna (v. g., a reacção contra a prática dos decretos ditatoriais do regime anterior)¹³.

Porém, logo na Constituinte surgiram propostas no sentido da concentração das competências de controlo de constitucionalidade no Supremo Tribunal de Justiça. Na sessão nocturna de 15 de Agosto de 1911 defrontaram-se diversas posições. O deputado Machado Serpa chamava a atenção para os riscos de se atribuir aos tribunais o poder de, «com uma simples penada, anular toda a obra do poder legislativo». Por isso, a sua proposta, juntamente com as de outros deputados, procurava limitar o objecto da fiscalização aos actos do poder executivo, numa tentativa de conciliação entre o princípio da constitucionalidade e a soberania do Congresso¹⁴. Noutras propostas procu-

¹⁰ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «O Tribunal Constitucional...», cit., p. 913.

¹¹ Assim, Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 193; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 2.ª ed. revista, Coimbra, 1983, p. 327; José Mário Ferreira de Almeida, *A Justiça...*, cit., p. 28; Sálvio de Figueiredo Teixeira, «Do control de constitucionalidade no Brasil e em Portugal», in *Scientia Iuridica*, t. XXII, 1973, p. 491; Messias Bento, «Breves reflexões sobre a fiscalização da constitucionalidade», in *Colectânea de Jurisprudência*, ano VII, t. I, 1982, p. 29; Fernando Amâncio Ferreira, «Controlo da constitucionalidade», in *Fronteira*, ano I, n.º 2, Abril de 1978, p. 79; sobre este ponto, cf. Magalhães Collaço, *Ensaio...*, cit., pp. 97 e segs.; Marnoco e Souza, *Constituição Política da Republica Portuguesa — Commentario*, Coimbra, 1913, pp. 581 e segs.; Barbosa de Magalhães, «Decretos ditatoriais», in *Gazeta da Relação de Lisboa*, XXVIII, pp. 345 e 363; Fezas Vital, «Jurisprudência crítica», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, ano VI, 1920-1921, pp. 586 e segs.

¹² A influência americana foi, de resto, reconhecida expressamente pelo presidente da Comissão do Projecto de Constituição, deputado Francisco Correia de Lemos, na 15.ª sessão, de 6 de Julho de 1911 [cf. *Actas da Assembleia Nacional Constituinte (de 15 de Junho a 25 de Agosto)*, Lisboa, 1986, p. 42]; sobre este ponto, cf. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1991, p. 992, nota 4.

¹³ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. I, p. 252.

¹⁴ Cf. as intervenções e propostas dos deputados Machado Serpa, Pedro Martins e Artur Costa, in *Actas...*, cit., pp. 448 e segs.

rava-se concentrar a apreciação da constitucionalidade no Supremo Tribunal de Justiça. Era o caso da proposta do deputado Goulart de Medeiros, que, além do mais, previa uma forma original de referendo sobre inconstitucionalidade: «O Supremo Tribunal de Justiça, como primeira instancia, julgará qualquer reclamação contra a promulgação de leis inconstitucionaes. D'este tribunal ha recurso para a Nação, que será consultada directamente¹⁵.» Noutra aproximação, o deputado António Macieira, depois de alertar para os perigos de divergências jurisprudenciais suscitados pela fiscalização difusa, propôs que as decisões sobre constitucionalidade das leis só produzissem efeitos depois de confirmadas pelo Supremo Tribunal de Justiça, até ao qual sempre se poderia recorrer¹⁶.

Recorde-se, por fim, que alguns projectos de constituição se inclinavam justamente para um sistema concentrado de fiscalização da constitucionalidade. Com efeito, José Barbosa, deputado pelo círculo n.º 35 (Lisboa Ocidental), apresentou em 1911 um *projecto de constituição* que propunha no artigo 46.º: «Ao Supremo Tribunal de Justiça compete privativamente suspender, por sentença, as leis que forem contrárias à Constituição da República¹⁷.» No projecto de Basílio Teles atribuía-se competência ao Supremo Tribunal para «dirimir questões de direito constitucional e de direito comum litigadas nos tribunais ordinários¹⁸. Também o projecto do deputado Goulart de Medeiros previa, no seu artigo 15.º, que «das leis de qualquer corpo legislativo há recurso para o Supremo Tribunal de Justiça e, se o recurso for interposto por outro corpo legislativo, há ainda recurso final para a nação¹⁹. Numa fórmula curiosa, Fernão Boto-Machado, deputado pelo círculo n.º 35 (Lisboa Ocidental), previa, no seu projecto de «constituição ou código fundamental da República Portuguesa», um capítulo III, intitulado «Dos vigilantes da Constituição», que consagrava uma câmara de censores destinada a defender as «garantias individuais e os direitos individuais». Essa câmara, que constituía a 3.ª secção do STJ, era integrada por sete juízes, eleitos por um colégio eleitoral que integrava, designadamente, as assembleias gerais da Sociedade de Geografia de Lisboa e das Associações Comercial, Industrial, Agrícola e de Lojistas de Lisboa, o claustro pleno das universidades, a Academia de Ciências de Lisboa, o corpo docente do Curso Superior de Letras, da Escola Politécnica e da Escola Médica²⁰. Finalmente, no projecto de João Gonçalves, deputado pelo círculo de Vila Franca de

¹⁵ Cf. *Actas...*, cit., p. 450.

¹⁶ Cf. *Actas...*, cit., pp. 450 e segs.

¹⁷ Cf. *Actas...*, cit., p. 558.

¹⁸ Cf. *Actas...*, cit., p. 641.

¹⁹ Cf. *Actas...*, cit., p. 611; como se vê, este artigo é substancialmente diferente do apresentado por Goulart Medeiros na já citada sessão de 15 de Agosto de 1911.

²⁰ Cf. *Actas...*, cit., p. 599.

Xira, previa-se que o STJ, quando entendesse que determinada lei era inconstitucional, convidaria as duas câmaras a reapreciá-la em sessão conjunta, «enviando-lhes ao mesmo tempo o seu parecer sobre os pontos que lhe pareceram contrários à Constituição»²¹.

2. A Constituição Política de 1933, no seu artigo 122.º (depois, artigo 123.º), dispunha que «nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer outros diplomas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados». Porém, os §§ 1.º e 2.º restringiam fortemente a extensão do princípio da constitucionalidade, ao estabelecerem:

§ 1.º A constitucionalidade da regra de direito, no que respeita à competência da entidade de que dimana ou à forma de elaboração, só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados.

§ 2.º A exceção constante do parágrafo anterior abrange apenas os diplomas emanados dos órgãos de soberania²².

Comparando este regime com o previsto na Constituição de 1911, Jorge Miranda chega à conclusão de que existiram avanços importantes mas, ao mesmo tempo, um grave retrocesso²³. Por um lado, os tribunais — *todos* os tribunais, e não apenas os tribunais ordinários — passaram a ter a faculdade de oficiosamente, sem necessidade de arguição de qualquer das partes, conhecerem a constitucionalidade das normas que tinham de aplicar aos casos concretos²⁴. Isto constituiu, inquestionavelmente, um progresso em relação ao regime

²¹ Cf. *Actas...*, cit., p. 592.

²² Em 1937, através da Lei n.º 1963, de 18 de Dezembro, os §§ 1.º e 2.º foram substituídos por um § único, que dispunha assim: «A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito de diplomas promulgados pelo Presidente da República só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados.»

²³ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, pp. 327-328.

²⁴ Neste sentido, sustentando a possibilidade de os tribunais conhecerem de questões de constitucionalidade a título oficioso, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 327; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional, I — Introdução à Teoria da Constituição*, Braga, 1979, p. 384; José Mário Ferreira de Almeida, *A Justiça...*, cit., p. 32; Sálvio de Figueiredo Teixeira, «Do control...», cit., p. 494; Fernando Amâncio Ferreira, «Controlo...», cit., p. 79; Jorge Campinos, *O Presidencialismo do Estado Novo*, Lisboa, 1978, p. 212; J. Carlos Moreira, «Fiscalização judicial da Constituição», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XIX, 1943, p. 354, e *Lições de Direito Constitucional*, Coimbra, 1957, p. 142; Afonso Queiró, «O controlo da constitucionalidade das leis», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXVI, 1950, p. 213; Marcello Caetano, *A Constituição de 1933 — Estudo Político*, 2.ª ed., Coimbra, 1957, p. 157.

da Constituição de 1911, que limitava aos tribunais ordinários o conhecimento das questões de constitucionalidade (que, para mais, não podiam delas conhecer *ex officio*). Mas, por outro lado, assistiu-se a um claro retrocesso, já que aos tribunais foi vedada a possibilidade de se pronunciarem sobre questões de inconstitucionalidade orgânica e formal dos diplomas promulgados²⁵.

No que respeita à prática constitucional, os resultados «não foram notáveis» — para usar a expressão eufemística de Miguel Galvão Telles²⁶ —, a ponto de já se ter afirmado que o sistema de fiscalização de constitucionalidade do Estado corporativo não teve qualquer relevância²⁷. Na verdade, em dezenas de anos de vigência da Constituição Política de 1933 foram raríssimos os casos de recusa de aplicação de uma norma pelos tribunais com fundamento em inconstitucionalidade²⁸. Engana-se, porém, quem julgar que isso derivava exclusiva ou essencialmente da natureza autoritária do regime²⁹. É que também o regime democrático-parlamentar de 1911 apresentou resultados decepcionantes no que respeita à eficácia do seu sistema de controlo da constitucionalidade pelos tribunais³⁰. A razão para tal facto, como

²⁵ Assim, Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 64.

²⁶ Assim, Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 193.

²⁷ Assim, Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis (1976-1983)», in Mário Baptista Coelho (coord.), *Portugal...*, cit., p. 926.

²⁸ Um dos poucos casos de desaplicação pelos tribunais de uma norma legal com fundamento em inconstitucionalidade ocorreu em 1973, estando em causa a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio; cf. a decisão do juiz Ricardo da Velha, com comentário de Jorge Miranda, «Inviolabilidade do domicílio», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, vol. XIX, 1974, pp. 379 e segs.

²⁹ Entre outros, parece ser esta a posição de Pedro Coutinho Magalhães, «Democratização e independência judicial em Portugal», *Análise Social*, vol. xxx (130), 1995 (1.º), p. 80; num sentido próximo, cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *Orgânica Judicial, Responsabilidade dos Juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1992, pp. 28-29. Gomes Canotilho pretende encontrar uma «explicação dualista» para a reduzida efectividade do sistema de fiscalização de constitucionalidade na 1.ª República e no Estado Novo. No primeiro caso, essa inefectividade derivaria da «instabilidade política e falta de enraizamento do instituto na Constituição de 1911»; no segundo, do carácter autoritário do regime de 1933 (*Direito Constitucional*, cit., p. 993, nota 5). Esta posição é igualmente defendida por Monteiro Diniz, «A fiscalização concreta...», cit., p. 200; num sentido próximo, José Mário Ferreira de Almeida, «A evolução da justiça constitucional em Portugal e o reforço do Estado de direito democrático», in *Progresso do Direito*, n.ºs 3/4, ano III, Dezembro de 1985, «Jornadas sobre a justiça constitucional em Portugal», pp. 34-35. Jorge Campinos sustenta que a principal causa de ineficácia do sistema derivou do facto de aos tribunais ter sido subtraída a competência para apreciar a inconstitucionalidade orgânica e formal (*O Presidencialismo...*, cit., p. 213). E, segundo este autor, era difícil ter alterado esta situação, mesmo que se introduzisse um esquema de controlo concentrado da constitucionalidade (*op. cit.*, p. 212).

³⁰ Neste sentido, José Manuel Cardoso da Costa, «O Tribunal...», cit., p. 917; Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 194. Refira-se, aliás, que o mesmo se terá passado em 25 de Abril de 1974 (ainda que, porventura, por razões algo diversas). Com efeito, como

bem salienta Cardoso da Costa, há-de buscar-se noutro lado, no desfasamento entre os dados normativos do direito constitucional e a «realidade constitucional» do país³¹. Explicando melhor, a inoperância do sistema de fiscalização das Constituições de 1911 e de 1933 deriva, acima de tudo, do facto de essas constituições se mostrarem demasiado «adiantadas» em relação ao circunstancialismo político-constitucional do país ou, mais precisamente, em relação à cultura jurídica reinante nos tribunais.

Por essa e outras razões, também no domínio da Constituição de 1933 se fizeram diversas tentativas de concentração de competências de fiscalização da constitucionalidade num único órgão. O sistema, aliás, não era inteiramente novo, já que desde 1933, através do artigo 199.º da Carta Orgânica do Império Colonial, se registava uma curiosa experiência de controlo concentrado da constitucionalidade das leis do ultramar pelo Conselho Ultramarino³². O incidente de inconstitucionalidade suscitado em qualquer tribunal ultramarino subia em separado para apreciação e decisão do Conselho. Esta experiência levantou diversos problemas na doutrina³³. Alguns autores entendiam que ela era inconstitucional, pois o artigo 123.º da Constituição impunha um sistema de controlo difuso a todos os níveis, sem excepções³⁴. Outros colocavam o problema de saber se o Conselho Ultramarino poderia ser considerado um verdadeiro tribunal judicial e, em caso afirmativo, se a sua competência não colidiria com a do STJ³⁵.

refere Pedro Coutinho Magalhães, «[...] a legislação constitucional da JSN não tinha eliminado a fiscalização da constitucionalidade pelos tribunais. Aliás, a Lei n.º 3/74, ao definir como inconstitucional toda a legislação anterior que estivesse em contradição com a legislação constitucional emitida após o 25 de Abril colocava um tremendo poder nas mãos dos tribunais, poder esse de que os tribunais abdicaram largamente» (Pedro Coutinho Magalhães, «Democratização...», cit., p. 65, nota 32).

³¹ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «O Tribunal...», cit., pp. 916-917. Curiosamente, esta ideia já era insinuada por Jorge Miranda em 1968 (*Contributo...*, cit., p. 109).

³² O sistema instituído pela Carta Orgânica do Império Colonial manteve-se através da base LXVIII da Lei Orgânica de 1953 e da base LVII da Lei Orgânica de 1963; cf., entre outros, Sálvio de Figueiredo Teixeira, «Do control...», cit., pp. 494 e segs.

³³ Cf. Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 196, e Marcello Caetano, *A Constituição de 1933...*, cit., pp. 158 e segs.; sobre o Conselho Ultramarino, v. José Fernando Nunes Barata, «Conselho Ultramarino», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. II, 2.ª ed., 1990, pp. 645 e segs., e bibliografia citada.

³⁴ Cf. André Gonçalves Pereira, *Da Fiscalização da Constitucionalidade das Leis no Ultramar*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVIII, Lisboa, 1966. Jorge Miranda entende que a fiscalização da constitucionalidade exercida pelo Conselho Ultramarino se situava à margem do sistema instituído pelo artigo 123.º da Constituição de 1933 (*Contributo...*, cit., p. 207). Noutra obra considera que o exercício daquela competência pelo Conselho Ultramarino foi, pelo menos até à revisão constitucional de 1971, de constitucionalidade duvidosa (*Manual...*, cit., t. II, p. 328; no mesmo sentido, Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho da Revolução...», cit., p. 926, nota 3).

³⁵ Cf. Jorge Miranda, *Contributo...*, cit., p. 207.

Marcello Caetano não só defendia claramente a não inconstitucionalidade daquela experiência, como propunha o seu alargamento à metrópole, concentrando-se as competências de fiscalização no Tribunal de Conflitos³⁶. Em sua opinião, o sistema de dispersão de competência apresentava graves inconvenientes: riscos de incerteza da jurisprudência; riscos de incerteza do direito, por falta de publicidade das sentenças; dificuldade em assegurar o respeito do poder político por decisões de tribunais de 1.^a instância; ineficácia prática da garantia da Constituição, como o revelava a experiência da metrópole³⁷. E, segundo parece, para Marcello Caetano não seria sequer necessário proceder a qualquer revisão constitucional para o efeito, já que o artigo 123.º da Constituição não optava em concreto por um sistema de dispersão ou de concentração de competência para o julgamento da inconstitucionalidade³⁸.

Em 1959 o deputado Afonso Augusto Pinto apresentou um projecto de alteração do corpo do artigo 123.º da Constituição em que se cometia ao supremo tribunal de cada uma das ordens de jurisdição (Supremo Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Militar e Supremo Tribunal Administrativo) a competência de apreciação da constitucionalidade³⁹. Este projecto viria a ser rejeitado pela Câmara Corporativa. Afonso Queiró, o relator do parecer da Câmara Corporativa, depois de salientar que o projecto não esclarecia se as decisões dos supremos tribunais em matéria de constitucionalidade teriam ou não eficácia *erga omnes*, colocou-o perante a alternativa de ser perigoso ou inútil: na primeira hipótese, porque atribuir aos tribunais competência para proferir decisões com eficácia *erga omnes* significava atribuir-lhes um poder político

³⁶ Cf. Marcello Caetano, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 5.^a ed., Lisboa, 1967, pp. 622 e segs., e *A Constituição de 1933...*, cit., p. 160; v. a crítica de Jorge Miranda, *Contributo...*, cit., p. 193, nota 354.

³⁷ Cf. Marcello Caetano, *A Constituição de 1933...*, cit., p. 159.

³⁸ Assim, Marcelo Caetano, *A Constituição de 1933...*, cit., pp. 157-158; para uma crítica desta posição, v. Miguel Galvão Telles, *Eficácia dos Tratados na Ordem Interna Portuguesa (Condições, Termos e Limites)*, Lisboa, 1967, pp. 139 e segs.

³⁹ O projecto de alteração era o seguinte: «Art. 123.º Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer diplomas feridos de inconstitucionalidade material, por infracção do disposto nesta Constituição ou ofensa dos princípios nela consignados, devendo, para esse efeito, ser apreciada tal inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal, nos termos da lei» (cf. *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, n.º 90, p. 415). No mesmo ano foi apresentado um projecto, da autoria do deputado Carlos Lima, que substituíra o § único do artigo 123.º por um novo § único, que dispunha assim: «§ único. A inconstitucionalidade orgânica ou formal da regra de direito constante de diplomas promulgados pelo Presidente da República, quando não resulte da violação do disposto no artigo 93.º e seu § único, só poderá ser apreciada pela Assembleia Nacional e por sua iniciativa ou do Governo, determinando a mesma Assembleia os efeitos da inconstitucionalidade, sem ofensa, porém, das situações criadas pelos casos julgados.» (Cf. a discussão in *Diário das Sessões...*, cit., n.º 130, pp. 1139 e segs.; v. ainda, apoiando o sentido do projecto, Jorge Miranda, *Contributo...*, cit., pp. 169 e segs.)

incomensurável — um «papel político de extraordinário relevo», nas palavras do parecer —, criando riscos de surgimento de um «governo de juízes»; na segunda hipótese, porque, se as decisões não tivessem eficácia *erga omnes*, esgotando-se os seus efeitos no caso concreto submetido a juízo, nada de novo se traria em relação ao sistema de controlo em vigor⁴⁰. O professor de Coimbra não deixou de aproveitar a oportunidade para criticar também os argumentos de Marcello Caetano em favor do controlo concentrado de constitucionalidade. Para Afonso Queiró não existia, neste plano da constitucionalidade, um interesse em garantir a coerência jurisprudencial superior ao que se verificava nos restantes domínios — «não parece que seja necessário assegurar nesta matéria um grau de uniformidade jurisprudencial que transcenda o que se julga suficiente quanto à generalidade dos pontos de direito controvertidos nos tribunais»⁴¹. Por outro lado, não existiam graves inconvenientes no facto de o poder se «dobrar» com maior dificuldade em relação às decisões de tribunais de 1.ª instância. «De resto», escrevia Queiró, «que o poder político tenha propriamente de 'dobrar-se' perante outro poder — eis o que não pode augurar-se como sistema»⁴². Por último, a dispersão de competência não equivale necessariamente à ausência (prática) de competência. Pelo contrário, é justamente essa dispersão de competências que garante um sistema muito mais liberal do que o proposto, «na medida em que, por via de regra, admite várias instâncias a decidir sucessivamente os incidentes de inconstitucionalidade deduzidos em qualquer tribunal e permite aos próprios juízes suscitar e julgar oficiosamente esses incidentes»⁴³. O que ficava por dizer, infelizmente, é que, salvo raríssimas excepções, os juízes se escusavam a suscitar incidentes de inconstitucionalidade...

A tese do parecer da Câmara Corporativa correspondia, aliás, a posições anteriormente assumidas por Afonso Queiró, que já num escrito de 1950 defendera sem reservas o sistema de controlo da constitucionalidade instituído pela Constituição de 1933. Nesse texto — e depois de manifestar a sua concordância com o modelo de concentração praticado no ultramar — afirmava o seguinte: «Na Metrópole as coisas são diferentes. Aqui pode confiar-se aos tribunais em geral competência para a apreciação da constitucionalidade das leis. Para que não acabem por assumir um papel de relevo político indesejável, nega-se-lhes a faculdade de anular as leis, ficando apenas com a de, na contradição entre a lei ordinária e a lei constitucional, dar preferência a esta. Por outro lado, a dispersão das faculdades de controlo da constitucionalidade das leis pelo conjunto dos tribunais não deixará de concorrer

⁴⁰ Cf. parecer n.º 16/VII da Câmara Corporativa, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, 1959, vol. II, pp. 169 e segs.; sobre este ponto, cf. pp. 175 e segs.

⁴¹ Cf. *Pareceres...*, cit., p. 177.

⁴² Cf. *Pareceres...*, cit., p. 177.

⁴³ Cf. *Pareceres...*, cit., pp. 177-178.

para despersonalizar e, portanto, para atenuar a supremacia política que esse controlo acarreta consigo⁴⁴.»

Confrontado com as objecções da Câmara Corporativa, o deputado Afonso Pinto ainda alterou o seu projecto num sentido que, de certo modo, não deixa de ter semelhanças com o sistema actual da nossa Constituição⁴⁵. O julgamento da questão de constitucionalidade far-se-ia, numa primeira fase, ao nível de todos os tribunais, cabendo sempre recurso para o supremo tribunal de cada ordem de jurisdição. Haveria, assim, não um, mas três «tribunais constitucionais»... Todavia, este projecto acabaria por ser rejeitado praticamente sem discussão⁴⁶.

Dois anos depois, em 1961, o *Programa para a Democratização da República*, elaborado pela oposição democrática, propôs que no Supremo Tribunal de Justiça existissem secções de contencioso eleitoral e de garantia das liberdades constitucionais⁴⁷. E em 1969 o advogado António de Oliveira Braga, candidato pela Comissão Eleitoral da Unidade Democrática pelo distrito de Braga, propôs a introdução de um preceito constitucional que dispunha assim: «Suscitada toda a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça a fim de, funcionando em plenário, ser emitida decisão, a qual será obrigatória para todos os tribunais e autoridades administrativas⁴⁸.» No entanto, também estas propostas não tiveram qualquer acolhimento.

Curiosamente, haveria de ser o governo a abrir o caminho para a possibilidade de, através de lei, se concentrar num ou vários tribunais a competência para exercer o controlo de constitucionalidade. De facto, a proposta de revisão constitucional de 1971 previa, entre o mais, o aditamento ao artigo 123.º de um § 1.º onde se afirmava que «a lei poderá concentrar em algum ou alguns tribunais a competência para a apreciação da inconstitucionalidade referida no corpo do artigo e conferir às decisões desses tribunais força obrigatória geral»⁴⁹. Esta proposta encerrava, como é óbvio, um claro propó-

⁴⁴ Afonso Queiró, «O controlo da constitucionalidade...», cit., pp. 215-216.

⁴⁵ Após a alteração, o projecto dispunha assim: «Art. 123.º Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar leis, decretos ou quaisquer diplomas feridos de inconstitucionalidade, por infracção do disposto nesta Constituição ou ofensas dos princípios nela consignados, sendo sempre admissível recurso, até ao supremo tribunal competente, da decisão respectiva.» (Cf. *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, n.º 123, p. 1017, itálico nosso.)

⁴⁶ Cf. *Diário das Sessões da Assembleia Nacional*, n.ºs 118, pp. 913 e segs., 123, p. 1017, e 131, pp. 1061-1062.

⁴⁷ Cf. o texto do *Programa* em Serafim Ferreira/Arsénio Mota (org.), *Para Um «Dossier» da Oposição Democrática*, 1969, pp. 169 e segs.

⁴⁸ Essa proposta seria retomada pelo mesmo autor em 1972 (cf. António de Oliveira Braga, «Poder judicial» in *Scientia Iuridica*, t. xxi, 1972, p. 439).

⁴⁹ A proposta contemplava também o aditamento de um § 2.º, cujo objecto sai fora do âmbito do presente trabalho (v. o parecer da Câmara Corporativa n.º 22/X, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, 1971, em especial pp. 220 e segs., e o voto de vencido de André Gonçalves Pereira a pp. 275-276).

sito de liberalização do regime, mas correspondia também, como vimos, a uma tese de há muito defendida pelo chefe do governo⁵⁰.

Apoiando a proposta do governo, Miguel Galvão Telles realizou em 1971 uma «exposição» no Instituto da Conferência de Lisboa da Ordem dos Advogados, depois publicada com o título *A Concentração da Competência para o Conhecimento Jurisdicional da Inconstitucionalidade das Leis*, que concluíra: «O regime de concentração da competência para o conhecimento da inconstitucionalidade das leis tem, como todos, as suas vantagens e os seus riscos. No momento presente julgo que aquelas virtudes podem superar estes inconvenientes — desde que se observem os necessários requisitos quanto à escolha do tribunal, à sua composição e ao valor das suas decisões. Neste caso, a adopção de um novo regime corresponderá a uma experiência que creio que vale a pena tentar⁵¹.»

Mais usado era o projecto de revisão constitucional n.º 6/X, apresentado pelos deputados da «ala liberal» sob a liderança de Sá Carneiro, que propunha um reforço significativo das liberdades e garantias individuais (liberdades de expressão e de informação, de associação e de reunião, garantias de processo penal) e um controlo mais efectivo da actividade do governo por parte da Assembleia Nacional e dos tribunais⁵². Porém — e apesar de se propor uma alteração ao § 1.º do artigo 123.º —, não se previa qualquer esquema de concentração de competências de fiscalização da constitucionalidade. O projecto n.º 6/X — e, bem assim, o projecto n.º 7/X, do deputado Duarte Freitas do Amaral e outros, que não se referia ao artigo 123.º — veio a ser rejeitado pela Câmara Corporativa, que o acusou de possuir um espírito «liberal individualista» contrário à natureza do regime⁵³.

Não deixa de ser curioso observar o modo como Afonso Queiró aceitou, não sem algum constrangimento, a proposta do governo:

Se bem que se haja manifestado pela solução contrária e pela manutenção do *statu quo* constitucional a este respeito, ao apreciar, em 1959,

⁵⁰ Na síntese que faz da revisão de 1971, Marcello Caetano, estranhamente, não inclui este ponto na lista das principais modificações introduzidas pela Lei n.º 3/71, de 16 de Agosto (cf. Marcello Caetano, *Constituições Portuguesas*, 5.ª ed., Lisboa, 1981, p. 112).

⁵¹ Miguel Galvão Telles, «A concentração...», cit., p. 210.

⁵² Para além de Sá Carneiro, subscreveram o projecto, entre outros, os deputados Mota Amaral, Pinto Balsemão, Magalhães Mota e Miller Guerra (o texto do projecto encontra-se publicado, v. g., in Francisco Sá Carneiro, *As Revisões da Constituição Política de 1933*, Porto, 1971, pp. 143 e segs.; também in Francisco Sá Carneiro, *Uma Tentativa de Participação Política*, Lisboa, 1971, pp. 176 e segs.; *Textos — 1.º volume — 1969-1973*, Lisboa, 1981, pp. 159 e segs.).

⁵³ Cf. parecer n.º 23/X da Câmara Corporativa, relatado por Afonso Queiró, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, 1971, pp. 282 e segs. Este parecer teve votos de vencido de Maria de Lurdes Pintasilgo, Diogo Freitas do Amaral e André Gonçalves Pereira. Segundo Freitas do Amaral, uma das propostas do projecto que deveriam ter sido aprovadas — ainda que, porventura, com correcções e emendas — era justamente a que se referia ao artigo 123.º, § único, da Constituição (cf. *Pareceres...*, cit., pp. 313-314).

no seu parecer n.º 16/VV (*Actas da Câmara Corporativa*, n.º 58, de 12 de Maio de 1959), o projecto de lei n.º 22, não tem esta Câmara hoje muita relutância em admitir que o legislador ordinário fique autorizado a proceder à experiência da concentração da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas jurídicas num ou mais tribunais, experiência que, em parte, se encontra feita, quanto a certas formas de inconstitucionalidade e a uma parcela relativamente importante do direito do ultramar (e emanada dos órgãos locais), com o Conselho Ultramarino. [...] Vamos esperar que, se ou quando o sistema for generalizado, se produzam os benéficos resultados que o principal defensor da solução ora proposta [o Prof. Marcello Caetano] dela espera. Designadamente, vamos esperar que deixe de ser quase só meramente platónica, praticamente despida de eficiência, como até aqui, a competência de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das normas jurídicas, sem, entretanto, se cair numa indesejável intromissão abusiva de uma ou mais altas instâncias contenciosas num domínio, essencialmente político, qual é especialmente o da actividade legislativa, no espaço livre ou discricionário que o legislador deixa ao legislador comum⁵⁴.

E, a concluir, Afonso Queiró deixava um aviso: «Não faltará certamente à Câmara Corporativa ocasião de, em concreto, se pronunciar sobre a eventual reforma legislativa que, com base neste novo parágrafo do artigo 123.º, venha, a curto ou longo prazo, a ser concebida.»

Aprovada a proposta do governo, não faltou quem quisesse aproveitar a oportunidade para, finalmente, se instituir entre nós um órgão de controlo da constitucionalidade das leis. Foi o caso de José Magalhães Godinho, que, num livro que publicou em 1972, propunha a criação de um tribunal de garantias constitucionais⁵⁵. Curiosamente, a instituição deste tribunal far-se-ia através do aditamento de um novo artigo à Constituição, e não através de lei, aproveitando a possibilidade expressamente conferida pelo artigo 123.º da Constituição após a revisão de 1971. E isto por um motivo simples: Magalhães Godinho propunha também uma alteração ao próprio artigo 123.º, § 1.º Mantendo-se o corpo do artigo 123.º («Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto nesta Constituição ou ofendam os princípios nela consignados, cabendo-lhes, para

⁵⁴ Cf. parecer n.º 22/X, relatado por Afonso Queiró, in *Pareceres da Câmara Corporativa*, 1971, pp. 213-214.

⁵⁵ Cf. José Magalhães Godinho, *Direitos, Liberdades e Garantias Individuais*, Lisboa, s. d., pp. 211 e segs. Como é sabido, José Magalhães Godinho viria a ser o primeiro vice-presidente do Tribunal Constitucional.

o efeito, apreciar a existência de inconstitucionalidade [...]»), o § 1.º passaria a dispor:

Da decisão proferida caberá sempre recurso para o Tribunal de Garantias Constitucionais. Se a decisão for no sentido da inconstitucionalidade, o tribunal judicial que a tiver tomado remeterá, obrigatoriamente, no prazo de dez dias, o processo respectivo ao Tribunal de Garantias Constitucionais, a fim de este, apreciando, se confirmar a inconstitucionalidade, proferir decisão declarando a norma inconstitucional e, portanto, nula e de nenhum efeito, decisão essa que terá força obrigatória geral.

O Tribunal de Garantias Constitucionais, para além de funcionar como tribunal de recurso, disporia de competências de fiscalização preventiva e de fiscalização abstracta sucessiva: a primeira, por solicitação da Assembleia Nacional e do governo; a segunda, por solicitação dos mesmos órgãos ou do Presidente da República. Previa-se igualmente uma forma de queixa constitucional similar ao *recurso de amparo* espanhol ou à *Verfassungsbeschwerde* alemã, atribuindo a qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos, a possibilidade de requerer ao Tribunal a declaração de inconstitucionalidade de «determinada norma referente a qualquer dos direitos, liberdades e garantias individuais concedidos na Constituição e que os infrinja, dificulte, limite ou suprima o seu exercício». A proposta regulava ainda, de forma muito detalhada, a composição do Tribunal, o modo de designação e o estatuto dos juízes, a forma de publicação das decisões, etc.⁵⁶. O regime propugnado aproximava-se, em muitos pontos, do que viria a ser o futuro Tribunal Constitucional (e, noutros pontos, até ia mais longe, como no caso da queixas constitucionais). Mas para isso haveria que aguardar pelo 25 de Abril.

De facto, a aprovação da proposta do governo não levou à instituição de um sistema de controlo concentrado da constitucionalidade. A proposta de revisão constitucional do governo previa, como referimos, a possibilidade de a lei concentrar num ou vários tribunais a competência de apreciação da constitucionalidade dos actos normativos⁵⁷. E poucos dias antes do 25 de

⁵⁶ O Tribunal de Garantias Constitucionais seria composto por quinze juízes, «de qualquer dos sexos», recrutados da seguinte forma: cinco eleitos por todos os juízes do STJ e das relações, e bem assim dos de direito de 1.ª classe, de entre magistrados de qualquer dessas categorias; cinco eleitos por todos os conselhos da Ordem dos Advogados, conjuntamente reunidos com a assembleia geral, de entre professores de Direito Constitucional ou advogados com mais de quinze anos de exercício ininterrupto da profissão; cinco indicados, por eleição, pela Assembleia Nacional, de entre os juízes de qualquer das categorias atrás indicadas ou de juristas ou advogados de reconhecido mérito e de idade superior a 35 anos. O mandato, irrenovável, seria de dez anos. O presidente seria eleito de entre e pelos juízes do Tribunal.

⁵⁷ Na altura criticou-se o facto de a proposta do governo ter remetido para a lei a criação (eventual) de um controlo concentrado de constitucionalidade. Segundo Lucas Pires, a existência

Abril de 1974, quando a queda do regime se aproximava a passos largos, Marcello Caetano ainda se ocupava da redacção de um decreto-lei onde se atribuía ao supremo tribunal de cada ordem de jurisdição competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis⁵⁸. Mas como esse decreto-lei nunca foi publicado, não se chegou a concretizar o ideal de um controlo concentrado da constitucionalidade. Quando se deu o 25 de Abril, a fiscalização da constitucionalidade não andava longe do velho sistema da 1.^a República.

3. O 25 de Abril não destruiu, pelo menos de um ponto de vista teórico, o sistema de fiscalização da constitucionalidade consagrado no artigo 123.º da Constituição de 1933. É que, segundo a doutrina e a jurisprudência⁵⁹, aquela norma correspondia precisamente a um dos preceitos da Constituição do Estado Novo ressalvados pelo artigo 1.º da Lei n.º 3/74, de 14 de Maio. O mesmo não sucedia, no entanto, com o § 2.º do artigo 123.º — que, já vimos, retirava à apreciação dos tribunais a inconstitucionalidade orgânica e formal dos decretos promulgados; de acordo com Jorge Miranda, esse preceito fora abolido por inerente à natureza autoritária do regime deposto⁶⁰.

de um tribunal constitucional ficaria na livre disponibilidade do legislador ordinário, que poderia criá-lo (e extingui-lo) quando entendesse. E, assim, concluía Lucas Pires, o novo § 1.º do artigo 123.º «enriquece sim o elenco dos poderes de legislação, não o elenco dos poderes de jurisdição, desequilibrando ainda mais o peso relativo de ambas» (*Soberania e Autonomia — Estrutura das Relações entre os Dois Conceitos no Direito Constitucional do Ultramar*, Coimbra, 1974, p. 34); uma crítica semelhante já tinha sido feita em 1971 por Soares Martínez («As liberdades fundamentais e a revisão constitucional», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 31, 1971, p. 68). Noutra perspectiva, Macaísta Malheiros criticava a proposta do governo por considerar que a concentração do controlo de constitucionalidade nada traria de novo, já que «o problema não é de leis, é de homens que as executam e prende-se com o problema da organização judiciária» («Fiscalização da constitucionalidade das leis», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 31, 1971, p. 100).

⁵⁸ Cf. Diogo Freitas do Amaral, *O Antigo Regime e a Revolução — Memórias Políticas (1941-1975)*, Lisboa, 1995, pp. 143-144. Como se depreende do relato de Freitas do Amaral, o projecto de Marcello Caetano não recuperava a sua velha ideia de atribuir o controlo de constitucionalidade ao Tribunal de Conflitos, aproximando-se antes da proposta que o deputado Afonso Pinto fizera em 1959 (que, como vimos, conferia essa competência de controlo ao supremo tribunal de cada ordem de jurisdição).

⁵⁹ Cf. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 8 de Abril de 1976, in *Acórdãos Doutrinários*, ano xv, n.º 179, Novembro de 1976, pp. 1361 e segs., em especial p. 1371 (que, de resto, praticamente se limita a reproduzir a tese avançada por Jorge Miranda).

⁶⁰ Cf. Jorge Miranda, *A Revolução de 25 de Abril e o Direito Constitucional*, Lisboa, 1975, pp. 99-100, e *A Constituição de 1976 — Formação, Estrutura, Princípios Fundamentais*, Lisboa, 1978, pp. 71 e segs.; *Manual...*, cit., t. II, p. 328; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, cit., p. 386; José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, 2.^a ed., Coimbra, 1992, p. 10; Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho da Revolução...», cit., p. 927.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 993; José Mário Ferreira de Almeida, *A justiça...*, cit., pp. 37 e segs.; Fernando Amâncio Ferreira, «Controlo...», cit., p. 80.

À semelhança do regime anterior — onde, a par do controlo jurisdicional, existia um controlo *político* da constitucionalidade a cargo da Assembleia Nacional —, coexistiam, pois, uma fiscalização política e uma fiscalização jurisdicional da constitucionalidade: a primeira era exercida, nos termos das leis constitucionais pós-revolucionárias, pela Junta de Salvação Nacional, pelo Presidente da República e, sobretudo, pelo Conselho de Estado — que podia declarar com força obrigatória geral a inconstitucionalidade de quaisquer normas (artigo 13.º, n.º 1, 3.º, da Lei n.º 3/74)⁶¹; a fiscalização jurisdicional, por seu turno, assentava ainda no artigo 123.º (corpo) da Constituição de 1933, mas fora ampliada aos casos de inconstitucionalidade orgânica e formal, por força da abolição do § 2.º do artigo 123.º

No entanto, o poder judicial preferiu manter-se numa atitude expectante em relação às vicissitudes do processo revolucionário em curso⁶². Esta «passividade estratégica» não deixou de se reflectir também no domínio do controlo de constitucionalidade — salvo raras excepções, os tribunais abdicaram de exercer o imenso poder que a Lei n.º 3/74 lhes atribuíra⁶³. O 25 de Abril não trouxe, pelo menos no período pós-revolucionário imediato, um acréscimo significativo de eficácia do controlo de constitucionalidade — e, sublinhe-se, do controlo de constitucionalidade da legislação do regime anterior. E isto demonstra que, por uma razão ou outra, um puro sistema de fiscalização difusa da constitucionalidade sempre teve muitas dificuldades para se afirmar entre nós. De facto, a «cultura da constitucionalidade» só começou a impregnar a prática judiciária quando foi difundida «a partir de cima», por órgãos especificamente orientados para a defesa da Constituição (a Comissão Constitucional e, depois, o TC).

⁶¹ O artigo 13.º, n.º 1, 3.º, da Lei n.º 3/74 dizia assim: «Compete ao Conselho de Estado: 3.º [...] Vigiar pelo cumprimento das normas constitucionais e das leis ordinárias e apreciar os actos do Governo ou da Administração, podendo declarar com força obrigatória geral, mas ressalvadas sempre as situações criadas pelos casos julgados, a inconstitucionalidade de quaisquer normas.» [O texto da Lei n.º 3/74 pode consultar-se em Jorge Miranda (org.), *Fontes e Trabalhos Preparatórios da Constituição*, vol. II, Lisboa, 1978, pp. 994 e segs.] As competências de controlo da constitucionalidade atribuídas à Junta de Salvação Nacional e ao Conselho de Estado viriam a ser transferidas para o Conselho da Revolução pelo artigo 6.º, n.º 1, da Lei n.º 5/75, de 14 de Março.

⁶² Neste sentido, António Manuel Hespanha, «As transformações revolucionárias e o discurso dos juristas», in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.ºs 18/19/20, 1986, pp. 326 e segs.; Fernando Ruivo, «A magistratura num período de crise do Estado: 1969-1974», in *Revista Crítica...*, cit., pp. 366 e segs.; Pedro Coutinho Magalhães, «Democratização...», cit., p. 65; menos explicitamente, cf. Miguel Galvão Telles, «O problema da continuidade da ordem jurídica e a revolução portuguesa», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 345, 1985, p. 27; noutra perspectiva, referindo-se a ameaças à independência e ao poder da função judicial no período pós-revolucionário imediato, A. Castanheira Neves, «A revolução e o direito», in *Digesta — Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros*, vol. 1.º, Coimbra, 1995, p. 77.

⁶³ Assim, Pedro Coutinho Magalhães, «Democratização...», cit., p. 65, nota 32.

Não admira, pois, que não tenham existido reacções significativas da magistratura quando a 1.ª Plataforma de Acordo Constitucional (ou Pacto MFA/Partidos) reduziu drasticamente a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade em favor do controlo político exercido pelo Conselho da Revolução (CR). Para isso contribuía, decerto, o ambiente da altura, pouco propício a confrontações violentas por uma causa que, à partida, parecia de somenos importância. Mas para isso contribuiu também uma certa desconfiança em relação à magistratura, por um lado, e um certo alheamento desta em relação ao significado da fiscalização da constitucionalidade, por outro. No ano de 1975 tudo parecia inclinar-se, por conseguinte, para a concentração do controlo de constitucionalidade no CR, que poderia decidir, com força obrigatória geral, sobre a constitucionalidade das leis e outros diplomas legislativos [ponto 3.2, alínea b), da Plataforma], ficando apenas salvaguardada a competência dos tribunais para apreciarem a inconstitucionalidade formal⁶⁴.

Apesar disso, nesse mesmo ano foram publicadas duas obras onde se defendia explicitamente a criação de um tribunal constitucional. No seu projecto de constituição, depois oferecido ao PPD, Jorge Miranda propunha a existência de um tribunal constitucional, que definia como «o órgão jurisdicional especificamente encarregado da defesa da Constituição» (artigo 291.º)⁶⁵. Para além do controlo de constitucionalidade (artigo 292.º), competiria a esse tribunal exercer diversos poderes no âmbito do contencioso eleitoral, do registo de partidos e da responsabilização criminal dos titulares de cargos políticos (artigos 293.º a 295.º). No que respeita ao controlo de constitucionalidade, o Tribunal, a requerimento do Presidente da República, exerceria a fiscalização preventiva das leis ou resoluções do parlamento, dos decretos do governo ou das resoluções do Conselho de Estado⁶⁶; por outro lado, no âmbito da «fiscalização por via de excepção», o Tribunal conheceria ainda das questões de constitucionalidade suscitadas pelos tribunais ou pelas partes [o que equivaleria, *mutatis mutandis*, ao regime hoje configurado nas

⁶⁴ O texto da Plataforma pode ser consultado, por exemplo, em Jorge Miranda (org.), *Fontes...*, cit., vol. I, pp. 195 e segs.

⁶⁵ Cf. Jorge Miranda, *Um Projecto de Constituição*, Braga, 1975, pp. 133 e segs. Refira-se, aliás, que Jorge Miranda já tinha proposto a criação de um tribunal constitucional num texto que escrevera no Verão de 1974 e se destinava inicialmente ao programa do PPD (publicado no jornal *Povo Livre* de 3, 17 e 24 de Dezembro de 1974 e, de novo, em Jorge Miranda, *Constituição e Democracia*, Lisboa, 1976, pp. 13 e segs.; a referência ao Tribunal Constitucional é feita nas pp. 25, 26, 33 e, mais desenvolvidamente, 34 e segs.).

⁶⁶ O pedido de fiscalização preventiva seria formulado pelo Presidente da República, antes da promulgação, através de uma *mensagem fundamentada* dirigida ao Tribunal (artigo 341.º). Este último ponto é importante, pois seria objecto de grande controvérsia aquando da discussão sobre a futura Lei do Tribunal, como veremos.

alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 280.º da Constituição]⁶⁷; por fim, o Tribunal conheceria da constitucionalidade das leis dos órgãos das regiões autónomas, a pedido do governo⁶⁸. O Tribunal seria composto por nove juízes: três nomeados pelo presidente da República, três nomeados pelo Presidente do parlamento, ouvida a respectiva Comissão de Justiça, e três eleitos pelo Supremo Tribunal de Justiça (artigo 296.º). O mandato dos juízes seria de nove anos, sem possibilidade de recondução, devendo em cada ano designar-se um juiz (artigo 297.º, n.ºs 1 e 2). Os juízes seriam recrutados do seguinte modo: cinco juízes *deveriam* ser escolhidos de entre juízes do Supremo Tribunal de Justiça, das relações e das auditorias administrativas; os restantes *poderiam* ser escolhidos de entre antigos ministros da Justiça, membros da Comissão Parlamentar de Justiça, professores universitários de direito público ou advogados com mais de vinte e cinco anos de exercício da profissão.

O projecto de constituição de Francisco Lucas Pires (se assim pode ser chamado) apontava igualmente para a criação de um tribunal constitucional, mas não definia em concreto a sua estrutura e composição. Ao contrário do projecto de Jorge Miranda, o livro de Lucas Pires não continha um articulado de constituição, nem sequer um texto que pudesse servir de base a um articulado de constituição. As referências ao Tribunal Constitucional são esparsas e incidentais, surgindo em vários lugares da obra⁶⁹. Por isso, é um pouco difícil perceber exactamente o alcance da proposta de Lucas Pires. Ao que parece, o TC não se limitaria a exercer o controlo normativo da constitucionalidade, cabendo-lhe igualmente uma função de arbitragem entre os grupos políticos, uma função de equilíbrio e garantia do sistema político no seu todo e, bem assim, uma função de protecção dos direitos fundamentais. A apreciação da constitucionalidade não compreenderia apenas a função legislativa, abarcando a actividade política no seu conjunto, e poderia ser realizada dos seguintes modos: «a) *pré-judicial* — antes de entrar em circulação e no uso jurídico, ‘repassando’ para outras questões e viciando o sistema; b) *ex professo e especializadamente* — reforçando a responsabilidade

⁶⁷ Curiosamente, o projecto de Jorge Miranda conferia a possibilidade de se rejeitarem liminarmente as questões de inconstitucionalidade suscitadas pelas partes quando manifestamente infundadas ou irrelevantes para a decisão de fundo da causa (artigo 343.º). Segundo cremos, este poder era conferido aos tribunais *a quo* (e não ao TC), mas não se previa qualquer mecanismo processual de intervenção do TC nesta matéria.

⁶⁸ No artigo 292.º, 1.º, atribuía-se ao Tribunal competência para conhecer da constitucionalidade das leis e *regulamentos* das regiões autónomas, mas o artigo 346.º, n.º 1, que regulava o respectivo processo, omitia a referência aos regulamentos.

⁶⁹ Cf. Francisco Lucas Pires, *Uma Constituição para Portugal*, Coimbra, 1975, pp. 91, 92, 108, 123 e segs. e 137 e segs. Refira-se, aliás, que já num escrito de 1971 Lucas Pires aventara a hipótese de criação de um tribunal constitucional ou, «porque mais próximo dos nossos hábitos institucionais, de um Conselho de Estado com funções de jurisdição constitucional» (Francisco Lucas Pires, *O Ultramar e a Revisão Constitucional*, Coimbra, 1971, p. 15).

e a participação democrática, a força persuasória e a responsabilidade pedagógica; c) *com eficácia geral* — pondo todos os indivíduos e toda a sociedade em condições de igualdade, ao mesmo tempo que se reforça a autoridade e o peso da justiça — como ‘legislação negativa’ —, assim como a certeza e a confiança que dela resultam»⁷⁰.

No prefácio ao livro de Lucas Pires, Freitas do Amaral procurou justificar o facto de o projecto de constituição do CDS não ter acolhido todas as suas propostas, já que o livro fôra escrito a seu convite, justamente para servir de base ao projecto daquele partido ou, melhor dizendo, para enunciar «as grandes opções de fundo que o CDS deveria propor em matéria constitucional»⁷¹. Segundo Freitas do Amaral, o CDS, ao celebrar o Pacto MFA/Partidos, vinculava-se a determinadas soluções constitucionais transitórias, que impediam a adopção de muitas das propostas de Lucas Pires. Um dos exemplos avançados por Freitas do Amaral era precisamente a criação de um tribunal constitucional. Contudo, o projecto de constituição apresentado pelo CDS acabaria por prever a criação de um tribunal constitucional (cf. parte IV, «Da defesa e revisão da Constituição»). A fiscalização da constitucionalidade seria repartida entre o Tribunal e o Conselho da Revolução: este poderia fiscalizar a constitucionalidade das leis e outros diplomas legislativos, proferindo, se fosse caso disso, decisões com força obrigatória geral (artigo 133.º, n.º 1); ao TC, por seu lado, competiria decidir, no caso concreto⁷², sobre a inconstitucionalidade formal das leis e outros diplomas legislativos, bem como sobre a inconstitucionalidade orgânica, formal ou material de quaisquer normas não legislativas e actos jurídicos públicos (artigo 133.º, n.º 2). O artigo 140.º concretizava as competências do TC: a) apreciar a inconstitucionalidade formal das leis e outros diplomas legislativos; b) emitir parecer sobre a inconstitucionalidade orgânica e material das leis e outros diplomas legislativos; c) apreciar a inconstitucionalidade orgânica, formal e material de quaisquer normas não legislativas, nomeadamente as constantes de tratado ou acordo internacional e de regulamento geral, regional ou local; d) apreciar a inconstitucionalidade orgânica, formal e material de qualquer acto jurídico-público concreto; e) defender, nos termos que a lei estabelecesse, a integridade e o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, quando violados ou afectados por acção ou omissão das autoridades ou dos cidadãos; f) julgar os recursos eleitorais; g) julgar a validade das eleições do Presidente da República e da assembleia legislativa e dos referendos políticos e, bem

⁷⁰ Cf. Francisco Lucas Pires, *Uma Constituição...*, cit., p. 91.

⁷¹ Neste último sentido, v. Diogo Freitas do Amaral, *O Antigo Regime...*, cit., p. 368.

⁷² Nos termos do artigo 135.º, n.º 2, do projecto, as decisões do TC «aplicar-se-ão apenas ao caso que as tiver motivado»; as decisões do CR, pelo contrário, poderiam ter (ou não) força obrigatória geral, conforme o Conselho determinasse (artigo 135.º, n.º 1).

assim, proclamar os respectivos resultados; *h*) registar a constituição dos partidos políticos e aplicar-lhe as sanções legais; *i*) decidir sobre a suspensão dos membros do governo contra os quais tenha sido movido procedimento criminal.

A repartição de competências entre o TC e o CR processar-se-ia do seguinte modo: nos feitos submetidos a julgamento, o tribunal ou qualquer uma das partes poderia «levantar a questão de constitucionalidade» (artigo 134.º, n.º 1); suscitada oficiosamente ou admitida a questão pelo tribunal⁷³, o incidente subiria em separado ao TC (artigo 134.º, n.º 2); depois, se a questão fosse da competência do CR, o TC limitar-se-ia a emitir parecer sobre o caso, remetendo esse parecer, juntamente com o processo, ao CR (artigo 134.º, n.º 3); se a questão fosse da competência do TC, este decidiria de imediato (artigo 134.º, n.º 4).

Verifica-se, por conseguinte, que o CR dispunha, ao menos à primeira vista, de uma competência mais ampla do que o TC: enquanto o CR era competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade orgânica e material das leis e outros diplomas legislativos, o TC apenas poderia pronunciar-se sobre a inconstitucionalidade formal⁷⁴. Além disso, enquanto o CR podia tomar decisões com força obrigatória geral, as decisões do TC aplicar-se-iam apenas «ao caso que as tiver motivado», nos termos do artigo 138.º, n.º 2. Todavia, o TC podia pronunciar-se sobre qualquer tipo de inconstitucionalidade (orgânica, formal, material) de todas e quaisquer normas não legislativas e de todos e quaisquer actos jurídicos públicos (esta competência do TC constituía uma das maiores curiosidades do projecto democrata-cristão). Para além disso, o TC tinha sempre a possibilidade — e o dever — de emitir pareceres sobre as questões reservadas à competência do CR. Finalmente, o TC dispunha de um conjunto muito variado de competências fora do âmbito do controlo de constitucionalidade (contencioso eleitoral, registo de partidos, suspensão de membros do governo, controlo das eleições legislativas e presidenciais e dos referendos políticos). Aliás, o projecto continha a possibilidade de, através de lei, se aumentar significativamente o poder do TC. Com efeito, o artigo 140.º, 5.º, atribuía ao TC competência para «defender, nos termos que a lei estabelecer, a integridade e o conteúdo dos direitos, liberdades e garantias, quando violados ou afectados por acção ou omissão das autoridades ou dos cidadãos». Não é difícil perceber que, se, porventura, o projecto do CDS tivesse sido aprovado — e, bem assim, se tivesse sido

⁷³ Isto revela que, à semelhança do projecto de Jorge Miranda, o projecto do CDS atribuía aos tribunais *a quo* o poder de admitirem (ou não) o acesso ao TC.

⁷⁴ A fórmula encontrada para repartir as competências entre o CR e o TC respeitava, pelo menos na aparência, o ponto 3.2, alínea *b*), do 1.º Pacto MFA/Partidos, que, como vimos, reservava aos tribunais apenas o controlo da inconstitucionalidade formal.

aprovada a lei a que se referia o artigo 140.º, 5.º —, o TC passaria a dispor de um poder muito superior ao do CR (pelo menos ao poder do CR no respeitante ao controlo de constitucionalidade e, seguramente, de um poder muito superior ao que o TC detém hoje em dia).

Refira-se, por último, que o projecto do CDS apontava para a seguinte composição do TC: um presidente, nomeado pelo Presidente da República, e nove juízes — três nomeados pelo Presidente da República, três nomeados pelo Presidente da Assembleia da República e três nomeados pelo Presidente do STJ (artigo 136.º). O mandato dos juízes seria de seis anos, podendo ser renovado uma vez (artigo 137.º, n.º 1); bienalmente, proceder-se-ia à renovação de um terço dos juízes (artigo 137.º, n.º 2). Por último, o projecto previa que dois juízes de cada terço fossem escolhidos de entre juízes do STJ ou das relações, podendo o presidente e os restantes juízes ser escolhidos de entre doutores em Direito ou licenciados em Direito com mais de quinze anos de experiência profissional (artigo 138.º, n.ºs 1 e 2).

O projecto do PPD não aludia sequer à criação de um tribunal constitucional, mas nem por isso deixava de prever uma forma de controlo concentrado da inconstitucionalidade material, a cargo do STJ⁷⁵. O controlo da inconstitucionalidade formal ou orgânica ficava a cargo de todos os tribunais, mantendo-se o regime de fiscalização difusa herdado do regime anterior e, mais remotamente, da Constituição de 1911⁷⁶. Se um tribunal entendesse que uma lei, decreto-lei ou outro diploma legislativo, aplicável a um feito que lhe fosse submetido a julgamento, violava a Constituição ou os seus princípios, deveria suspender o processo e fazer subir, em separado, a questão de constitucionalidade ao STJ. Este, por sua vez, deveria decidir em sessão plenária. Se concluísse pela existência de inconstitucionalidade, submeteria o acórdão ao CR para efeitos de homologação. Caso esta fosse concedida, a norma deixaria de vigorar após ser publicada no *Diário do Governo* a declaração de inconstitucionalidade com eficácia obrigatória e geral. Como se vê, o STJ não se limitava a emitir pareceres sobre questões

⁷⁵ O projecto do PPD não qualificava expressamente a inconstitucionalidade cujo controlo era reservado ao STJ, mas não existem dúvidas de que se tratava de inconstitucionalidade material (quanto mais não fosse, por interpretação *a contrario* do artigo 1, n.º 3, do projecto); sobre este ponto, v. Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 67. Registe-se, por outro lado, que o projecto do PPD não vedava a possibilidade de se evoluir a breve prazo para outro modelo de controlo. Por um lado, o artigo 1, sobre fiscalização da constitucionalidade, surgia inserido no título das «disposições finais e transitórias». Por outro lado, o artigo iv desse mesmo título previa que a Constituição fosse obrigatoriamente revista ao fim de três anos após a sua entrada em vigor, «tendo poderes constituintes a câmara dos deputados a eleger para a nova legislatura».

⁷⁶ A atribuição aos tribunais de competência para apreciar a inconstitucionalidade orgânica não respeitava o ponto 3.2, alínea b), do Pacto MFA/Partidos, que, já vimos, só reservava ao poder judicial a fiscalização da inconstitucionalidade formal.

de constitucionalidade: decidia desde logo, e apenas no caso de conclusão pela existência de inconstitucionalidade submetia o acórdão ao CR para efeitos de homologação⁷⁷. O CR podia, como é óbvio, não homologar o acórdão, mas isso não deixaria de ter, naturalmente, um ónus político.

Como refere Jorge Miranda, o projecto do Partido Socialista era muito menos ambicioso no que respeitava à articulação entre os tribunais e o CR, pois estabelecia simplesmente a subida das questões de inconstitucionalidade material ao CR e a regra da plena decisão dos tribunais quanto às questões de inconstitucionalidade formal (artigo 97.º)⁷⁸. Era, no entanto, mais conforme ao Pacto MFA/Partidos do que os projectos do CDS e do PPD, já que não previa fórmulas mais ou menos subtis de «tornear» as competências do CR (caso do projecto do CDS) nem atribuía aos tribunais competência para conhecer das questões de inconstitucionalidade orgânica. Aliás, o projecto do PS era omissivo quanto ao problema da inconstitucionalidade orgânica...

Refira-se, no entanto, que o PS previa a criação de um órgão *sui generis* com competências no domínio da fiscalização preventiva da constitucionalidade, o Conselho de Defesa das Liberdades e da Garantia Constitucional. Este Conselho, que funcionaria junto — e sob a presidência — do Presidente da República, seria constituído por oito vogais, quatro designados pelo CR e quatro pela Assembleia Legislativa Popular. Competir-lhe-ia, entre o mais, emitir parecer sobre a constitucionalidade de qualquer projecto de lei ou decreto-lei a publicar [artigo 70.º, alínea c)]. Não é difícil adivinhar que este órgão poucas ou nenhuma possibilidades teria de funcionar na prática — pelo menos, com um mínimo de qualidade e credibilidade —, já que por ele passaria o controlo preventivo da constitucionalidade de *toda* a produção legislativa parlamentar e governamental⁷⁹.

Se descontarmos o projecto da UDP — que nem sequer aludia à garantia da Constituição⁸⁰ —, os projectos do MDP/CDE e do PCP eram, de longe, os que mais restringiam a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade. O primeiro limitava-se a afirmar, no seu artigo 97.º: «Os tribunais apreciarão a inconstitucionalidade formal dos diplomas legislativos.» O segundo atribuía ao CR o poder de se pronunciar sobre a constitucionalidade das leis e de outros diplomas com força de lei, mesmo por sua própria iniciativa (artigo

⁷⁷ Assim, Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 67.

⁷⁸ Cf. Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 67.

⁷⁹ A não ser que se entendesse, como é óbvio, que o Conselho só se pronunciaria sobre os projectos de lei ou decreto-lei quando fosse solicitado pelo Presidente da República. Mas nem a letra do artigo 70.º, alínea c), apontava nesse sentido, nem se atribuía ao Presidente qualquer poder para o efeito (cf. o artigo 66.º, sobre as atribuições do PR).

⁸⁰ Jorge Miranda afirma que o projecto do MDP/CDE, à semelhança do da UDP, não aludia sequer à fiscalização da constitucionalidade («Sobre a previsível...», cit., nota 14). Porém, essa informação não é exacta, em face do artigo 97.º do projecto do MDP/CDE.

106.º, n.º 1). E deixava para os tribunais (apenas) a possibilidade de recusarem a aplicação de «um diploma legal» (sic) com fundamento em inconstitucionalidade formal (artigo 106.º, n.º 2). Por fim, o n.º 3 do artigo 106.º do projecto remetia para a lei a regulação dos «trâmites a seguir quando se levantar o incidente de inconstitucionalidade perante os tribunais».

Até ao 25 de Novembro de 1975, a Constituinte pouco se iria debruçar sobre a fiscalização da constitucionalidade. O período conturbado que se vivia era, de facto, pouco propício a uma reflexão serena — e, seguramente, mais técnica do que política — sobre as vantagens e os inconvenientes dos diferentes sistemas de controlo de constitucionalidade. Bastará recordar que no dia 12 de Novembro os deputados ficaram sequestrados no Palácio de São Bento durante 24 horas por uma manifestação de trabalhadores da construção civil, tendo-se chegado a votar depois uma declaração onde a Assembleia se mostrava pronta a reunir, «nos termos regimentais, em qualquer momento e em qualquer lugar, se tanto for necessário, para o integral cumprimento do seu mandato nacional»⁸¹. Ou bastará recordar que, no calor dos acontecimentos de Novembro, quando a maioria dos deputados seguiu para o Porto para aí encabeçar uma possível resistência, Jorge Miranda, a pedido do PS, PPD e CDS, chegou a redigir um texto para servir de base a uma lei constitucional, onde se previa, designadamente, a dissolução do Conselho da Revolução e da Assembleia do MFA, assumindo a Constituinte a plenitude dos poderes legislativos e de fiscalização do governo⁸².

Aliás, de pouco adiantaria especular *de jure constituendo* sobre o sistema ideal de fiscalização da constitucionalidade, já que havia a convicção, por todos partilhada, de que, pelo menos numa fase transitória, o CR teria de desempenhar um papel central na tarefa de garantia da Constituição⁸³. E o modelo de controlo a instituir estava, assim, como que predeterminado por essa convicção.

Deste modo, até à celebração do 2.º Pacto MFA/Partidos, em 26 de Fevereiro de 1976, apenas em duas ocasiões se fizeram breves referências na Constituinte ao problema do controlo de constitucionalidade. A primeira consta do texto proposto pela 5.ª Comissão (sobre organização do poder político), que, no seu artigo 27.º, previa a existência, como órgão auxiliar do Presidente da República, de um conselho consultivo constitucional que seria ouvido sempre que o Presidente o entendesse, «especialmente quanto ao

⁸¹ Cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 84, de 21-11-1975, pp. 2779-2780.

⁸² O texto de Jorge Miranda encontra-se publicado em Diogo Freitas do Amaral, *O Antigo Regime...*, cit., pp. 531-532.

⁸³ Estas competências de garantia da Constituição são consideradas, aliás, um dos mais importantes poderes que o CR detinha (cf. Kenneth Maxwell, *The Making of Portuguese Democracy*, Nova Iorque, 1995, p. 159).

respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais, à defesa da legalidade democrática e à interpretação da Constituição em face do processo revolucionário»⁸⁴. Nos termos do n.º 3 do artigo 27.º, o Conselho seria formado por delegados dos partidos representados na assembleia dos deputados e por personalidades independentes escolhidas pelo Presidente, em número não superior ao daqueles. A segunda referência, bem mais interessante, surgiu já depois do 25 de Novembro, num debate da 6.ª Comissão, quando Jorge Miranda, à revelia do projecto do seu partido, propôs entusiasticamente a criação de um tribunal constitucional, insurgindo-se contra o 1.º Pacto MFA/Partidos, que atribuía ao Conselho da Revolução, «órgão político, formado por militares, a competência para a declaração da inconstitucionalidade material das leis»⁸⁵. A crítica a esta proposta foi feita, em termos algo confusos, por José Luís Nunes (que, no entanto, não arredou completamente a possibilidade de se criar um tribunal constitucional vocacionado para a fiscalização abstracta no quadro do que qualificava como um «sistema híbrido»). Segundo José Luís Nunes, a existência de tribunais constitucionais justificar-se-ia, sobretudo, em Estados federais ou regionais, onde seria mais evidente a necessidade «de um tribunal superior que dê uma unidade jurídica muito clara»⁸⁶. Em Portugal, afirmava aquele deputado, não só não havia grande necessidade de instituir um órgão desse tipo, como poderiam surgir riscos de, através dele, «se emperrar a máquina legislante, quer ao nível da assembleia legislativa, quer ao nível do executivo». As objecções à proposta de Jorge Miranda vieram também da bancada do seu próprio partido na altura, o PPD. Com efeito, o deputado Barbosa de Melo — que mais tarde viria a ser um dos autores do texto que serviu de base à futura Lei do Tribunal Constitucional —, depois de interpretar a intervenção de José Luís Nunes como uma defesa do controlo difuso, afirmou que «concordava em absoluto» com essa tese (que, segundo ele, era a que tinha dado «melhores

⁸⁴ Cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 85, de 22-11-1975, pp. 2808-2809. É certo que o artigo 32.º, n.º 2, alínea e), da proposta da 5.ª Comissão referia-se aos poderes do CR em matéria de controlo da constitucionalidade, mas, como sublinha Jorge Miranda, pouco mais fazia do que reproduzir o 1.º Pacto MFA/Partidos (*Manual...*, cit., t. II, p. 332, nota 1).

⁸⁵ Cf. a intervenção de Jorge Miranda in *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 96, de 17-12-1975, pp. 3099-3100.

⁸⁶ Cf. a intervenção de José Luís Nunes in *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 96, de 17-12-1975, pp. 3104 e segs. Também Soares Martínez, num projecto de constituição que redigiu em 1975, propunha um retorno ao modelo herdado de 1911 e, acima de tudo, ao regime do corpo do artigo 123.º da Constituição de 1933. O seu projecto limitava-se a dispor no artigo 118.º: «Não aplicarão os tribunais quaisquer normas que ofendam os princípios e os preceitos da Constituição.» (Cf. «Um projecto constitucional de 1975», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, número especial, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Coimbra, 1984, p. 340.)

frutos noutros sistemas»). Estranhamente, os deputados do CDS, o único partido que propusera a criação de um tribunal constitucional, não se envolveram no debate, e este terminou de forma inconclusiva.

Entretanto, a 1.^a Plataforma de Acordo Constitucional começara a ser questionada na Constituinte, a ponto de, já depois do 25 de Novembro, o PS ter proposto a sua renegociação, o que foi aceite de imediato pelo PPD⁸⁷. Existia, assim, um amplo consenso — pelo menos, entre PS, PPD e CDS — em torno da necessidade de repensar a organização do poder político e, com ela, a fiscalização da constitucionalidade.

A proposta inicial do Conselho da Revolução — que foi elaborada com o apoio de Miguel Galvão Telles e Luís Nunes de Almeida⁸⁸ — ia mais longe do que a 1.^a Plataforma de Acordo Constitucional, ensaiando soluções que, curiosamente, não se encontravam nos diferentes projectos de constituição apresentados pelos partidos⁸⁹. Assim, previa-se um sistema de fiscalização preventiva da constitucionalidade a cargo do CR — que não se confundia, de modo algum, com o sistema proposto pelo Partido Socialista e era, de um ponto de vista técnico, muito mais apurado (ponto 3.5 da proposta)⁹⁰. Por outro lado, previa-se um mecanismo de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (ponto 3.6). O CR teria, por último, competência para «julgar as questões de inconstitucionalidade suscitadas nos tribunais» [ponto 3.4, alínea c)].

Junto do Conselho funcionaria uma comissão constitucional, presidida por um membro do CR e composta do seguinte modo: dois terços seriam magistrados judiciais eleitos pelo Supremo Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Administrativo, não podendo o STA eleger mais membros do que o STJ (mas podendo o STJ eleger mais membros do que o STA...); o restante um terço seria designado pelo CR de entre «juristas de reconhecida competência». A proposta, todavia, não precisava o número de mem-

⁸⁷ Cf. as críticas à Plataforma e a proposta do PS em Jorge Miranda, *Fontes...*, vol. I, pp. 213-230. Aliás, a proposta de renegociação da Plataforma não era nova. Freitas do Amaral, em nome do CDS, formulara-a já em 7 de Agosto de 1975 (cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 28, de 8-8-1975, p. 706).

⁸⁸ Assim, Miguel Galvão Telles, «A competência da competência...», cit., p. 124.

⁸⁹ O texto da proposta do CR pode encontrar-se em Jorge Miranda (org.), *Fontes...*, cit., vol. II, pp. 1212 e segs.

⁹⁰ À primeira vista, a proposta do Conselho da Revolução acabaria por criar o mesmo problema que o projecto do PS, já que *todos* os decretos que fossem submetidos ao PR para promulgação como lei ou decreto-lei deveriam ser enviados ao CR. No entanto, a alínea b) do ponto 3.5 da proposta acabava por minimizar os riscos de paralisia do Conselho, já que era este que deliberava, no prazo de cinco dias, se iria proceder efectivamente à fiscalização da constitucionalidade. O que significa que, na prática, a *iniciativa real* da fiscalização preventiva pertencia, em larga medida, ao CR [ainda que, nos termos da alínea c), o Presidente também pudesse requerer ao CR a fiscalização preventiva].

bro da CC, dizendo apenas que «a organização, composição e funcionamento da Comissão Constitucional, bem como as normas de processo perante a mesma, serão aprovados pelo Conselho da Revolução» [ponto 3.8, alínea *d*]]. O ponto 3.9 concretizava as competências da CC: dar parecer sobre a constitucionalidade de diplomas sujeitos a fiscalização preventiva; dar parecer sobre eventuais inconstitucionalidades por omissão; dirigir os processos de fiscalização concreta perante o CR, submetendo-lhe os projectos de acórdão. O CR teria, assim, uma hegemonia quase completa do sistema de fiscalização da constitucionalidade: *a*) poderia, por sua iniciativa, fiscalizar preventivamente *todos* os decretos remetidos ao Presidente da República para serem aprovados como lei ou decreto-lei ou que respeitassem à aprovação de tratados ou acordos internacionais (ponto 3.5); *b*) poderia, por sua iniciativa, fiscalizar a inconstitucionalidade por omissão e, no limite, se os órgãos legislativos continuassem a não adoptar as medidas por si recomendadas, poderia substituir-se-lhes e emitir, ele próprio, tais medidas (ponto 3.6); *c*) poderia conhecer de *todas* as questões de inconstitucionalidade de *quaisquer* actos suscitadas nos tribunais, seja a título de questões prévias, seja a título de questões principais [ponto 3.7, alínea *a*)]; *d*) era ao CR que competia aprovar a organização, composição, funcionamento e processo da Comissão Constitucional. A isto deveríamos juntar um conjunto vastíssimo de competências noutros domínios, que na prática o tornariam o centro da vida política nacional: pronunciar-se-ia sobre a nomeação do primeiro-ministro, podendo vetar os nomes propostos pelo Presidente [ponto 3.10, n.º 1, alínea *a*)]; poderia exercer o direito de veto de diplomas legislativos num conjunto muito amplo de matérias (isto para além de possuir o poder de fiscalizar preventivamente a sua constitucionalidade) [ponto 3.10, n.º 1, alínea *b*)]; teria competência exclusiva para legislar em matéria de organização, funcionamento e disciplina das forças armadas e para aprovar os tratados ou acordos internacionais respeitantes a assuntos militares (ponto 3.11). Além disso, questões tão fulcrais como a declaração de estado de sítio ou de emergência, a feitura da guerra ou da paz, a dissolução do parlamento ou dos órgãos regionais estariam dependentes de autorização do CR (ponto 3.3.1).

Não é difícil compreender a reacção negativa dos partidos à proposta do CR. Segundo afirma Jorge Miranda, o deputado Barbosa de Melo, que foi um dos principais negociadores do 2.º Pacto MFA/Partidos, escreveu então que os poderes do CR no julgamento da inconstitucionalidade nem deveriam levá-lo «a ter de intervir nas bagatelas ou nas questões menores de inconstitucionalidade, nem poder interferir com o exercício da função jurisdicional confiada aos tribunais»⁹¹. Para os partidos, o sistema proposto pelo CR era

inaceitável, já que atribuía a esse órgão «o monopólio da interpretação oficial da Constituição», quando, pelo contrário, a garantia da Constituição só poderia ser eficaz «se todos os tribunais tiverem, no cumprimento da sua missão específica, o dever de a conhecer e aplicar diariamente». Assim, no domínio da fiscalização da constitucionalidade, o PPD propôs, em alternativa, o seguinte sistema⁹²:

- Os tribunais não poderiam aplicar normas que ofendessem a Constituição ou os seus princípios;
- Se os tribunais recusassem a aplicação, com fundamento em inconstitucionalidade, de norma constante de lei, decreto-lei ou diploma legislativo equiparável, haveria recurso obrigatório para um tribunal constituído pelo Provedor de Justiça, por cinco juízes do STJ, por cinco juízes do STA e por um membro do CR que presidiria com voto de qualidade;
- Se a aplicação da mesma norma fosse recusada em três casos concretos, com fundamento em inconstitucionalidade material ou orgânica⁹³, aquele tribunal submetê-la-ia à apreciação do CR, que, se assim o entendesse, deveria declarar a sua invalidade com força obrigatória geral.

O regime que ficou consagrado na 2.^a Plataforma de Acordo Constitucional divergia, em alguns pontos, da proposta do PPD, mas mantinha, no essencial, o seu espírito⁹⁴. Talvez se deva caracterizá-lo antes como uma solução de compromisso entre a proposta inicial do CR e as objecções levantadas pelos partidos, designadamente pelo PPD. De facto, o 2.º Pacto MFA/Partidos mantém diversos elementos da proposta do CR: a competência do CR para se pronunciar, mesmo por iniciativa própria, sobre a constitucionalidade de quaisquer diplomas antes de os mesmos serem promulgados [ponto 3.7, alínea *a*)]; a atribuição ao CR de competência para o exercício da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão [ponto 3.7, alínea *b*)]; a re-

⁹² Cf. o texto in Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 333. Do texto publicado por Jorge Miranda não resulta claro se a proposta do PPD constituía uma alternativa *global* à proposta do CR — o que implicaria, nomeadamente, a inexistência de controlo preventivo ou da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão — ou se, pelo contrário, constituía uma alternativa *parcial*, incidindo apenas na fiscalização concreta, mas aceitando tacitamente a proposta do CR nos restantes pontos (v. g., fiscalização preventiva e da inconstitucionalidade por omissão). Pelo sentido da proposta do PPD, inclinamo-nos para a primeira hipótese.

⁹³ A inconstitucionalidade formal de qualquer norma era comunicada ao CR e este poderia proceder de imediato à declaração da sua invalidade.

⁹⁴ Cf. o texto do 2.º Pacto MFA/Partidos in Jorge Miranda (org.), *Fontes...*, cit., vol. I, pp. 204 e segs.

ferência à Comissão Constitucional, etc. Existem, no entanto, diferenças importantes em relação à proposta inicial do CR:

- A proposta previa que, se o CR se pronunciasse, em sede de fiscalização preventiva, pela inconstitucionalidade de um diploma, o Presidente não poderia promulgá-lo [ponto 3.5, alínea *d*)]; a Plataforma estabelecia que, caso o CR se pronunciasse pela inconstitucionalidade, o Presidente deveria exercer o direito de veto. Mas, ao contrário do que sucedia no âmbito da proposta inicial, a assembleia legislativa (não o governo) poderia aprovar de novo o decreto, desde que por uma maioria de dois terços dos deputados presentes;
- A proposta do CR previa que, no domínio da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o CR poderia, no limite, substituir-se aos órgãos legislativos e emitir ele próprio as medidas que entendesse necessárias [ponto 3.6, alínea *c*)]. A Plataforma veio retirar-lhe essa faculdade;
- A proposta do CR não previa a atribuição ao Conselho de competências no domínio da fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade. A Plataforma veio atribuir-lhe essas competências [ponto 3.7, alínea *c*)];
- Na proposta do CR era o Conselho que, no domínio da fiscalização concreta, julgava as questões de constitucionalidade, cabendo à CC tão-só preparar os projectos de acórdão. A Plataforma veio atribuir a competência de julgamento à CC (ponto 3.10.2). O CR detinha, no entanto, competência exclusiva para declarar a inconstitucionalidade de normas com força obrigatória geral (pontos 3.10.4 e 3.10.5);
- A proposta inicial do CR atribuía ao Conselho a competência para conhecer das decisões dos tribunais que *aplicassem* normas arguidas de inconstitucionais [ponto 3.7, alínea *a*)]. A Plataforma conferia à CC competência para conhecer das decisões dos tribunais que *recusassem a aplicação* de normas com fundamento em inconstitucionalidade (ponto 3.10.2) e, bem assim, que aplicassem normas já julgadas inconstitucionais (ponto 3.10.3);
- A proposta do CR não determinava o número de membros da CC. A Plataforma não só estabelecia esse número, como alterava substancialmente o modo de designação dos membros da CC (ponto 3.11.1). Aliás, enquanto na proposta inicial era o CR que deveria aprovar as regras de organização, funcionamento e processo da CC [ponto 3.8, alínea *d*)], a Plataforma passou a dispor que a assembleia legislativa poderia alterar as regras de processo da CC (e só estas) aprovadas pelo CR (ponto 3.11.3).

Por outro lado, verificavam-se também algumas diferenças em relação à proposta do PPD:

- A proposta do PPD referia-se a um tribunal composto pelo Provedor de Justiça, cinco juízes do STJ, cinco juízes do STA e um membro do CR. A Plataforma referia-se à Comissão Constitucional, composta por quatro juízes e quatro «personalidades de reconhecido mérito» (uma designada pelo Presidente, outra pela Assembleia e duas pelo CR) (ponto 3.11.1);
- A proposta do PPD previa que, caso um tribunal se recusasse a aplicar uma norma com fundamento em inconstitucionalidade, haveria recurso obrigatório imediato para o tribunal referido anteriormente. A Plataforma passou a exigir que nesse caso se esgotassem os recursos ordinários (ponto 3.10.2);
- A Plataforma previa o recurso obrigatório (e gratuito) para a CC das decisões que aplicassem normas já julgadas inconstitucionais (ponto 3.10.3). A proposta do PPD não previa esse recurso.

As soluções que vieram a ser consagradas na Constituição pouco se afastaram do regime instituído pela 2.^a Plataforma. De facto, a Assembleia dedicaria apenas uma parte da tarde de 9 de Março de 1976 a discutir todo o título III do texto da 5.^a Comissão, que, sob a epígrafe «Conselho da Revolução», continha um capítulo dedicado justamente à garantia da Constituição (capítulo III). Antes de se iniciar a discussão desse capítulo, o deputado Jorge Miranda não se absteve de emitir uma declaração de voto. Nessa declaração, Jorge Miranda sublinhou que as competências deferidas ao CR não excluía a fiscalização difusa da constitucionalidade a cargo de todos os tribunais e, por outro lado, que o CR era auxiliado por uma comissão constitucional, «da qual metade dos membros serão juízes designados pelos respectivos pares»⁹⁵. Lamentou, no entanto, que não se tivesse podido ir mais longe: «Não é esta a solução óptima na perspectiva do Estado democrático de direito por que nos batemos, o qual apontaria antes para o desenvolvimento de todos os corolários do princípio da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade, por meio de um tribunal constitucional ou não»⁹⁶. Iniciada a discussão, o capítulo III seria aprovado sem grandes debates e praticamente por unanimidade⁹⁷. Assim nascia a Comissão Constitucional.

⁹⁵ Cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 116, de 10-3-1976, p. 3827.

⁹⁶ No entanto, Jorge Miranda reconheceria mais tarde que na altura «não havia ainda condições para a imediata criação» de um tribunal constitucional (Jorge Miranda, «Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional», in *Legitimidade...*, cit., p. 94).

⁹⁷ Uma das alterações introduzidas acabou por se revelar inútil. Com efeito, a 2.^a Plataforma previa, no ponto dedicado à composição da CC, que o CR designaria «duas personalidades de reconhecido mérito, sendo uma, pelo menos, de reconhecida competência» [ponto 3.11.1,

II. O ANTECEDENTE DIRECTO: A EXPERIÊNCIA DA COMISSÃO CONSTITUCIONAL

O balanço da actividade da Comissão Constitucional encontra-se feito em muitos lugares, incluindo as páginas desta revista⁹⁸. Como tal, resta-nos apenas recordar os aspectos mais marcantes da experiência da Comissão:

- A CC era um órgão auxiliar do Conselho da Revolução, especificamente dirigido para o controlo de constitucionalidade, competindo-lhe emitir parecer no âmbito da fiscalização preventiva, da fiscalização abstracta sucessiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão;
- A CC era, por outro lado, o órgão jurisdicional supremo em matéria de fiscalização judicial da constitucionalidade⁹⁹, cabendo-lhe decidir em última instância, sob a forma de acórdão, dos recursos interpostos das decisões dos tribunais que recusassem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade e, bem assim, das decisões dos

alínea d)]. O texto proposto pela 5.ª Comissão falava em «dois cidadãos, designados pelo Conselho da Revolução, sendo um, pelo menos, de reconhecida competência» [artigo 33.º-H, n.º 2, alínea d)]. No decurso do debate acabaria por se retornar à fórmula original da Plataforma, exigindo-se, cumulativamente, a qualidade de «cidadão de reconhecido mérito» e de «jurista de reconhecida competência» (cf. *Diário da Assembleia Constituinte*, n.º 116, de 10-3-1976, pp. 3833 e segs.). No entanto, como refere Miguel Lobo Antunes, «nunca ninguém perguntou ao CR qual dos dois vogais que nomeava era o 'cidadão de reconhecido mérito' e qual o que acumulava tal título com o não menos honroso de 'jurista de reconhecida competência'» [«A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional. A Comissão Constitucional», in *Análise Social*, vol. xx (81-82), 1984, 2.º e 3.º, p. 310].

⁹⁸ Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional. A Comissão Constitucional», in *Análise Social*, vol. xx (81-82), 1984, 2.º e 3.º, pp. 309 e segs.; sobre a CC e o sistema de fiscalização da constitucionalidade até à revisão de 1982, cf. ainda José Manuel Durão Barroso, «O recurso para a Comissão Constitucional. Conceito e estrutura», in Jorge Miranda (org.), *Estudos sobre a Constituição*, 3.º vol., Lisboa, 1979, pp. 707 e segs.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 1, 2.ª ed., Coimbra, 1980, pp. 459 e segs.; J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, pp. 505-508; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, 1.ª ed., vol. 1, t. 1, Coimbra, 1981, pp. 624 e segs., *A Constituição de 1976...*, cit., pp. 139 e segs., e «Comissão Constitucional», in *Enciclopédia Verbo*, vol. xix, pp. 847 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, cit., pp. 385 e segs.; Figueiredo Dias, «Direito de informação e tutela da honra no direito penal da imprensa», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115, p. 103; Manuel Gonzalo, «El Consejo de la Revolución, su Comisión Constitucional y los tribunales ordinarios como organos de control de la constitucionalidad», in *BJC — Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 8, Dezembro de 1981, pp. 630 e segs.; Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional na fiscalização da constitucionalidade das leis (1976-1983)», in Mário Baptista Coelho (coord.), *Portugal...*, cit., pp. 925 e segs., e «A jurisdição constitucional, o processo constitucional e o processo civil em Portugal», in *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, obra colectiva, Lisboa, 1995, pp. 81 e segs.

⁹⁹ Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 309.

tribunais que aplicassem normas anteriormente julgadas inconstitucionais pela CC;

- Esta «dupla natureza» — órgão de consulta/órgão jurisdicional — criou grandes dificuldades à doutrina no que respeita à caracterização exacta da CC¹⁰⁰. Enquanto uns entendiam que a CC, no domínio da fiscalização concreta, se configurava como um verdadeiro tribunal¹⁰¹, outros hesitavam em atribuir-lhe esse qualificativo¹⁰². Existem, no entanto, dois pontos em que todos — ou quase todos — estão de acordo: a CC não se tratava de um verdadeiro e próprio tribunal constitucional¹⁰³; a CC foi criada como prefiguração de um tribunal constitucional¹⁰⁴;

¹⁰⁰ A CC, aliás, assumia perfeitamente esta sua «dupla natureza». Assim, no acórdão n.º 40, relatado por Isabel Magalhães Collaço, escreveu-se o seguinte: «No sistema da fiscalização da constitucionalidade consagrado pela Constituição, a Comissão Constitucional surge como um órgão com duas faces, participando com funções diferentes nas duas vias de *contrôle* [controlo abstracto e concreto]». Nesse acórdão, a CC, atendendo às suas funções no domínio do controlo concreto, autoqualificou-se como um «órgão com competência jurisdicional específica em tal domínio» (in *Apêndice ao Diário da República*, de 30-12-1977, pp. 71 e segs.; cf. as declarações de voto de Afonso Andrade, José António Fernandes, Amâncio Ferreira e Eduardo Correia, especialmente destes dois últimos). No mesmo sentido, em 1981 um observador estrangeiro qualificava a CC como um órgão com dois tipos de competências: «consultivas» e «decisórias» (Manuel Gonzalo, «El Consejo de la Revolución...», cit., p. 634).

¹⁰¹ Assim, Jorge Miranda, *A Constituição...*, cit., pp. 140 e segs., e *Manual...*, cit., t. II, p. 336; Figueiredo Dias, «Direito de informação...», cit., p. 103; Soares Martínez afirmava que a CC era simultaneamente um órgão consultivo do CR e um «órgão jurisdicional» (*Comentários à Constituição Portuguesa de 1976*, Lisboa, 1978, p. 290); no mesmo sentido, José Alfredo Soares Manso Preto, «Fiscalização da constitucionalidade das leis», in *Colecção de Jurisprudência*, ano V, t. 2, 1980, pp. 9 e segs.; Fernando Amâncio Ferreira, «Controlo...», cit., pp. 88 e segs.

¹⁰² Assim, A. Castanheira Neves, «A revolução...», cit., pp. 237-238, nota 504 (falando em «órgão de natureza política»); no mesmo sentido, Afonso Queiró, *Lições de Direito Administrativo*, I, policop., Coimbra, 1976, p. 378; António de Oliveira Braga (que, recorde-se, propusera um sistema de fiscalização concentrada em 1969) qualificou a CC como «superórgão de constitucionalidade» e retomou as críticas de Castanheira Neves ao sistema então vigente («Os direitos do homem e a Constituição», in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, I, p. 477); J. M. Cardoso da Costa, «Nota do tradutor», in Otto Bachof, *Normas Constitucionais...*, cit., p. X, «A tutela...», cit., p. 214, e «O Tribunal...», cit., p. 919, *A Evolução...*, cit., p. 10 (falando em «órgão de carácter jurídico»), e *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, p. 144 (falando em «órgão não jurisdicional»); José Carlos Vieira de Andrade, *Direito Constitucional — Direitos Fundamentais*, policop., Coimbra, 1977, p. 358, nota 58 (caracterizando a CC como «órgão fundamentalmente político, embora seja constituído por uma maioria de juristas»). Gomes Canotilho e Vital Moreira consideravam que a CC não era um tribunal, mas tinha «funções jurisdicionais» (*Constituição...*, cit., 1.ª ed., 1978, p. 507).

¹⁰³ Assim, Jorge Miranda, *A Constituição...*, cit., p. 141, «Sobre a previsível...», cit., p. 75, e *Manual...*, cit., t. II, p. 338; José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, cit., p. 12; José Manuel Durão Barroso, «O recurso...», cit., p. 722; Armindo Ribeiro Mendes, *Relatório Português Apresentado na I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, policop., Lisboa, 1995, p. 9.

¹⁰⁴ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 335; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição...*, cit., pp. 477 e segs.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucio-*

- A CC tinha a seguinte composição: um membro do CR, que presidia com direito a voto de qualidade, e oito vogais, sendo quatro juízes de direito e quatro «cidadãos de reconhecido mérito» (ou, melhor, quatro juízes e quatro juristas não juízes, já que sempre foram designados juristas para integrar a CC);
- O mandato dos vogais era de quatro anos. Existiram diversas substituições de vogais, podendo referir-se que no momento da extinção da CC apenas o seu presidente (Melo Antunes, ainda que substituído esporadicamente por Vítor Alves) e um dos vogais se tinham mantido em funções durante os sete anos de vida da Comissão (1976-1982)¹⁰⁵. No entanto, pode dizer-se que, de um modo geral, as numerosas substituições de vogais não tiveram reflexos sensíveis nas orientações da jurisprudência da CC¹⁰⁶;
- Entre os tribunais e a CC existiu uma «articulação relativamente satisfatória»¹⁰⁷, apesar de terem surgido situações de algum melindre (sobretudo porque o estatuto da Comissão era precário e indefinido): num caso isolado existiu uma fricção com o STJ a propósito de dois recursos interpostos numa mesma acção de resolução do contrato de arrendamento¹⁰⁸; noutro caso, o Tribunal da Relação do Porto adoptou uma atitude de rebeldia em relação à jurisprudência da CC, recusando-se a acatá-la em dezenas de processos¹⁰⁹;
- Entre o CR e a CC existiu igualmente, salvo raras excepções, uma «articulação satisfatória»¹¹⁰. Dos 213 pareceres emitidos pela CC, o Conselho da Revolução só em 13 casos (6,1 % do total) se afastou da sua orientação. E mesmo nalguns desses casos existem razões especiais para tal afastamento: tratava-se de problemas de ordem militar ou de assuntos politicamente sensíveis ou ainda de questões juridicamente controversas (tendo a CC decidido por maioria tangencial)¹¹¹;

nal, cit., pp. 385 e segs.; Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 329; Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., p. 937; José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição...*, cit., p. 12, e «A tutela...», cit., p. 214; José Manuel Durão Barroso, «O recurso...», cit., p. 100.; José Alfredo Soares Manso Preto, «Fiscalização...», cit., p. 9 (falando em «embrião de um futuro tribunal constitucional»). Numa entrevista ao jornal *A Luta*, concedida em 15 de Julho de 1978, Jorge Miranda chegou a referir-se à CC como «tribunal de constitucionalidade» (pub. in Jorge Miranda, *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, 1980, p. 220).

¹⁰⁵ Cf. Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., p. 933.

¹⁰⁶ Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 311; no mesmo sentido, Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., pp. 933 e segs.

¹⁰⁷ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 339.

¹⁰⁸ Cf. Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., p. 937.

¹⁰⁹ Cf. Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., pp. 937-938, e Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 325.

¹¹⁰ Assim, Armindo Ribeiro Mendes, *Relatório...*, cit., p. 12.

¹¹¹ Assim, Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., p. 934.

- No domínio da fiscalização concreta, a jurisprudência da CC foi abundante (481 acórdãos), mas pouco variada, tratando, ao todo, de cerca de cinquenta questões de constitucionalidade diferentes¹¹². Isto comprova que, pela primeira vez na nossa história constitucional, os juízes começavam a assimilar a «cultura da constitucionalidade», mas faziam-no ainda em torno de um número limitado de temas. Funcionando como instância de recurso, a CC não podia naturalmente ser responsabilizada pela fraca diversidade da sua jurisprudência;
- Assistiu-se a um uso bastante moderado e prudente da fiscalização preventiva no período 1976-1982, sendo raríssimos os casos em que o CR se pronunciou pela inconstitucionalidade de decretos da Assembleia¹¹³. A este propósito, deve sublinhar-se a parcimónia com que o Presidente e o CR utilizaram a iniciativa da fiscalização preventiva dos diplomas do governo ou do parlamento (os diplomas sujeitos a fiscalização preventiva corresponderam a 1,5 % dos 4600 diplomas enviados para assinatura ou promulgação do Presidente entre 1976 e 1982)¹¹⁴. E, no plano da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, só foram emitidas duas recomendações pelo CR — e não deixa de ser curioso observar que aquilo a que Jorge Miranda chama o «apagamento quase completo» da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão pela CC se prolongou na jurisprudência do Tribunal Constitucional;
- Do ponto de vista das maiorias de votação, a CC revelou uma elevadíssima coesão interna. Basta dizer que cerca de 90 % dos seus pareceres foram aprovados por unanimidade ou por uma maioria não inferior a dois terços¹¹⁵.

Numa apreciação global, poderemos dizer que se assistiu, sem sombra de dúvida, a uma «preponderância técnico-jurídica» da Comissão sobre o Conselho¹¹⁶, sem que este procurasse responder com a afirmação da sua in-

¹¹² Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 326; no mesmo sentido, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 339.

¹¹³ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 339.

¹¹⁴ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 339, e Armindo Ribeiro Mendes, «O Conselho...», cit., p. 936.

¹¹⁵ Para uma informação mais pormenorizada, v., por todos, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., pp. 327 e segs.

¹¹⁶ O CR, aliás, não possuía serviços jurídicos próprios que o apoiassem em matéria de fiscalização da constitucionalidade, como se viu em 1982, quando foi necessário regular o destino do pessoal ao serviço da Comissão Constitucional, prevendo-se a sua passagem para os quadros do TC (cf. a intervenção do deputado António Vitorino na Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional in *Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1984, p. 512).

discutível «preponderância política». Como tal, ficou mais nítido o predomínio jurídico da CC sobre o CR do que o predomínio político do CR sobre a CC. Mas daí não surgiram conflitos graves entre os dois órgãos, que, de um modo geral, souberam respeitar-se mutuamente. Isso deve-se, naturalmente, ao facto de a Comissão ser presidida por um dos mais influentes membros do CR e possuir uma composição equilibrada (quatro juízes + quatro não juízes) e plural, com várias entidades a designarem vogais. A ausência de conflitos decorre também — e em larga medida — da atitude reservada que a CC e os seus vogais sempre cultivaram. O «protagonismo discreto» que caracteriza a actuação do TC muito deve, na verdade, ao modelo herdado da Comissão.

É inquestionável que o Tribunal beneficiou — e muito — da experiência acumulada pela CC. Desde logo, porque, se essa experiência tivesse suscitado problemas (v. g., divergências internas, conflitos com o CR ou com os tribunais, *máxime* com o STJ), certamente a criação do TC não teria sido tão pacífica e consensual. Depois, porque a própria elaboração da Lei do Tribunal Constitucional teve em conta muitos dos problemas vividos pela CC. Veja-se, por exemplo, o que sucedeu no plano da fiscalização preventiva, onde um dos grandes problemas que a CC enfrentou derivava do facto de os pedidos de fiscalização terem por objecto diplomas, e não normas individualmente consideradas. O autor do pedido não tinha, pois, de especificar que normas de um diploma considerava inconstitucionais e, além disso, não tinha de fundamentar o seu pedido. Não é difícil perceber até que ponto isto criava grandes dificuldades ao trabalho da CC, que não poucas vezes foi obrigada a decidir em favor da constitucionalidade para não destruir todo um diploma por causa da inconstitucionalidade de uma norma secundária¹¹⁷. Por outro lado, como o requerente não era obrigado a fundamentar o pedido, a CC tinha praticamente de «adivinhar» as razões que o motivavam. Não admira, pois, que, quando tiveram de preparar a futura LTC, os autores do projecto que serviu de base à proposta do governo hajam sido particularmente rigorosos nesta matéria. A Constituição já previa que a fiscalização preventiva teria por objecto normas e não diplomas (cf. o artigo 278.º da Constituição, após a 1.ª revisão). Mas, para além disso, exigiu-se ao autor do pedido que especificasse, além das normas cuja apreciação se requeria, as razões que o fundamentavam¹¹⁸. O que não deixa de causar perplexidade é o facto de,

¹¹⁷ Cf. Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 312; no mesmo sentido, Jorge Miranda fala de um «retraiamento do Conselho» por causa do «regime criticável de a fiscalização ser de diplomas e não de normas individualizadas» (*Manual...*, cit., t. II, p. 339).

¹¹⁸ Cf. o artigo 52.º, n.º 1, *in fine*, do projecto Barbosa de Melo/Cardoso da Costa, in A. Barbosa de Melo / J. M. Cardoso da Costa, *Projecto de Lei sobre a Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional*, Coimbra, 1985, p. 52.

mesmo depois de se conhecerem os problemas enfrentados pela CC, aquela exigência ter sido fortemente criticada no parlamento quando se discutiu a proposta do Governo.

Para além do plano formal das leis, também na prática do TC é possível reconhecer diversas marcas da Comissão. Foi ela, na verdade, que desbravou terrenos praticamente desconhecidos na jurisprudência nacional: interpretação e concretização de normas sobre direitos fundamentais, garantias constitucionais de processo penal, sentido e limites das autonomias regionais, compatibilização entre diferentes sectores da economia, reserva da função jurisdicional, distribuição de competências entre o parlamento e o governo, etc. Ao desempenhar essa tarefa, a CC revelou um enorme esforço de autocontenção¹¹⁹, adoptando uma postura de *judicial self-restraint* que é tanto mais meritória quanto se vivia então um período de grande conflitualidade política. De igual modo, a CC revelou uma grande auto-exigência no plano da fundamentação das suas decisões (que são, de um modo geral, de elevada qualidade). Não admira, por isso, que ainda hoje seja frequente o TC citar na sua jurisprudência pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional. Segundo Miguel Lobo Antunes, esta preocupação de apuro das decisões, com frequentes e abundantes referências doutrinárias e jurisprudenciais, destinava-se, em muitos casos, a deslocar os problemas do plano político para um plano estritamente técnico (ou técnico-jurídico), em ordem a obter um consenso alargado entre os diversos vogais da CC¹²⁰. Pode dizer-se que esse objectivo foi plenamente alcançado, já que as decisões da CC sempre foram votadas por largas maiorias (e, em numerosas ocasiões, por unanimidade). Finalmente, um importante elemento de continuidade entre a Comissão e o TC derivou do facto de muitos dos seus juízes, quer na primeira, quer na segunda composição do Tribunal, terem exercido funções como vogais da CC. O TC ganhou, decerto, com a experiência obtida na Comissão por Cardoso da Costa, Luís Nunes de Almeida, Costa Aroso, Jorge Campinos, Ribeiro Mendes, Messias Bento e Raul Mateus.

Por estas e outras razões, poder-se-á dizer que a experiência da CC foi extremamente positiva para o processo de construção da justiça constitucional portuguesa. A comprová-lo estão as diversas referências ao trabalho da Comissão que foram feitas aquando do nascimento do TC. Assim, por exemplo, a exposição de motivos da proposta de lei n.º 130/II continha um capítulo sugestivamente intitulado «Aproveitamento da experiência recolhida pela Comissão Constitucional», onde se afirmava, entre o mais, que «a Comissão Constitucional realizou trabalho através do qual é, de algum modo, possível testar os riscos e as virtualidades de um verdadeiro tribunal constitucional. Ignorá-lo, além de representar o esquecimento do labor dos juristas

¹¹⁹ Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 318.

¹²⁰ Assim, Miguel Lobo Antunes, «A fiscalização...», cit., p. 328.

que o protagonizaram, seria um erro do ponto de vista científico e um menosprezo das regras do bom senso».

Vejamos então como nasceu o Tribunal Constitucional.

III. O DEBATE CONSTITUCIONAL DE 1982

No final dos anos 70 o Conselho da Revolução tornara-se um elemento incómodo para a jovem democracia portuguesa. Durante o período transitório assistira-se a um conflito entre duas legitimidades: a legitimidade revolucionária dos militares e a legitimidade democrática dos partidos, e esta última vencera em toda a linha. A partir daí, a consolidação do regime — e o seu aprofundamento num sentido «partidocrático» ou «europeu» — exigia o desaparecimento, a breve trecho, do Conselho da Revolução¹²¹. Sobre este ponto existia, de facto, um amplo consenso entre os diversos partidos, que ficou bem patente em 1982, quando a AD e o PS celebraram um pacto interpartidário sobre a revisão constitucional (onde se previa, entre o mais, a extinção do CR e a distribuição das suas competências pelo TC, Conselho de Estado, Governo e Assembleia)¹²². Os militares, de resto, não reagiram negativamente ao desaparecimento do CR e, remetendo-se a um prudente silêncio, alhearam-se quase completamente do processo de revisão constitucional¹²³. Para aquele consenso interpartidário concorriam também factores externos. Portugal apresentara o seu pedido de adesão à CEE em 1977 e era sabido que as Comunidades Europeias dificilmente tolerariam a presença de um Estado cuja vida política era condicionada por um órgão não democrático, dotado de uma legitimidade exclusivamente revolucionária e composto apenas por militares¹²⁴.

¹²¹ A este propósito, v. a extensa justificação que no seu projecto de revisão constitucional Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade oferecem para o desaparecimento do CR (*Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, pp. 135 e segs.).

¹²² Aliás, o desaparecimento do CR já era anunciado desde há muito. Veja-se, por exemplo, o artigo de Jorge Miranda publicado no jornal *A Capital* de 15 de Abril de 1978 com o título «A questão da revisão constitucional», onde expressamente se previa, como «um dos pontos em que será possível um largo entendimento», a extinção do CR e sua substituição pelo TC (também publicado in Jorge Miranda, *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, 1980, pp. 208 e segs.). Ou, como dizia o mesmo autor numa entrevista concedida ao *Portugal Hoje* em Julho de 1980, «o Conselho da Revolução, toda a gente reconhece, vai terminar dentro de meses» (in Jorge Miranda, *Revisão Constitucional e Democracia*, Lisboa, 1983, p. 368).

¹²³ Neste sentido, José Medeiros Ferreira, «A luta institucional num Portugal em transe», in José Mattoso (dir.), *História de Portugal*, 8.º vol., *Portugal em Transe*, org. de José Medeiros Ferreira, Lisboa, s. d., p. 236, e «Um corpo perante o Estado: militares e instituições políticas», in Mário Baptista Coelho (coord.), *Portugal...*, cit., pp. 444-445; no mesmo sentido, Maria Carrilho, *Democracia e Defesa, Sociedade Política e Forças Armadas em Portugal*, Lisboa, 1994, pp. 101-102.

¹²⁴ Este ponto era sublinhado na altura por diversos autores (cf., por exemplo, Maria Isabel Jalles, *Implicações Jurídico-Constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias — Alguns Aspectos*, Lisboa, 1980, p. 269).

Esta «morte anunciada» do Conselho da Revolução obrigou a repensar toda a arquitectura constitucional dos poderes do Estado e, com ela, o sistema de fiscalização da constitucionalidade. Neste contexto, a criação de um tribunal constitucional surgia aos olhos dos principais partidos políticos como a alternativa ideal ao *status quo*. Através de um tribunal constitucional concretizava-se uma aspiração de muitos anos, que no período da ditadura sempre estivera ligada a claros propósitos de liberalização do regime¹²⁵. Além disso, o TC surgia, por assim dizer, como um «sucessor inevitável» do Conselho da Revolução, já que era difícil recusar o aparecimento de um órgão que, pela sua natureza, surgia revestido de uma aura quase mítica no que respeita à defesa dos direitos fundamentais, ao controlo do poder político e à realização do Estado democrático de direito. Finalmente, um tribunal constitucional era a única solução capaz de recolher o apoio de todas forças partidárias ou, pelo menos, o consenso necessário a formar uma maioria de revisão constitucional. Era imprescindível, no entanto, que nenhum partido ou grupo se procurasse assenhorear do novo órgão, reclamando direitos de autor sobre a sua criação ou pretendendo retirar daí dividendos políticos imediatos. A criação do TC era uma questão de regime e, felizmente, como questão de regime foi tratada por todas — ou quase todas — as forças partidárias aquando da revisão constitucional de 1982.

Ainda em 1979 Francisco Sá Carneiro apresentava o seu contributo para a revisão constitucional. Em *Uma Constituição para os Anos 80 — Contributo para Um Projecto de Revisão* Sá Carneiro previa a criação de um tribunal constitucional com competências de fiscalização da constitucionalidade «de quaisquer normas e actos do poder político» (artigo 202.º)¹²⁶. No

¹²⁵ Como, aliás, Marcelo Rebelo de Sousa, na qualidade de ministro dos Assuntos Parlamentares, não deixou habilmente de recordar aos deputados no discurso de apresentação da proposta governamental da Lei do TC (cf. *Organização...*, cit., pp. 106 e segs.).

¹²⁶ Cf. Francisco Sá Carneiro, *Uma Constituição para os Anos 80 — Contributo para Um Projecto de Revisão*, Lisboa, 1979, pp. 140 e 172 e segs. Na elaboração deste projecto colaboraram Marcelo Rebelo de Sousa e Margarida Salema (v. a «nota introdutória» de Sá Carneiro, p. 19). Segundo informa Marcelo Rebelo de Sousa, o projecto começou a ser elaborado em 1978 («Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais», in *Legitimidade...*, cit., 221). A convite de Sá Carneiro, Pedro Santana Lopes viria a apresentar em 19 de Julho de 1980 um conjunto de alterações àquele projecto (as passagens relativas ao sistema de governo encontram-se publicadas in Pedro Santana Lopes/José Manuel Durão Barroso, *Sistema de Governo e Sistema Partidário*, Lisboa, 1980, pp. 171 e segs.). Mais tarde o PSD procurou elaborar aquilo que um dos seus co-autores designaria por uma «fórmula ecléctica» entre o projecto de Sá Carneiro e a revisão de Santana Lopes (cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *O Sistema de Governo Português antes e depois da Revisão Constitucional*, 2.ª ed. revista, Lisboa, 1983, p. 27, nota 31). Tratava-se de um anteprojecto de revisão constitucional — redigido no seio do PSD por uma comissão integrada por Marcelo Rebelo de Sousa, Margarida Salema e Pedro Santana Lopes — que iria constituir uma das bases das «Linhas gerais do programa de revisão da Aliança Democrática». Estas «linhas gerais» resultaram de um consenso entre os três líderes da AD, formulado com base num projecto da autoria de Freitas do Amaral [que, por sua vez, recolhia o contributo do anteprojecto do PSD e do projecto de um grupo de docentes da

que respeita ao controlo da constitucionalidade, a principal novidade desse projecto era, sem dúvida, a supressão da fiscalização preventiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (cf. o artigo 260.º). No mais realizavam-se alguns aperfeiçoamentos técnicos e procurava-se solucionar um problema que criara grandes dificuldades à CC: o controlo do direito anterior à Constituição (artigo 263.º)¹²⁷.

O Tribunal Constitucional teria uma competência mais vasta do que a do CR, já que abrangia os actos políticos, mas, ao mesmo tempo, mais restrita, já que se suprimia a fiscalização preventiva e da inconstitucionalidade por omissão. No âmbito da fiscalização abstracta sucessiva, o TC poderia declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, de quaisquer normas ou actos do poder político, por sua iniciativa ou a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República e dos Ministros da República. O TC teria ainda uma competência *sui generis*, de natureza consultiva (o que parece ser um legado da CC), cabendo-lhe dar parecer sobre questões relativas à constitucionalidade de normas ou actos do poder político, a solicitação do Presidente da República ou do Conselho da República [artigo 265.º, alínea c)]¹²⁸.

No domínio da fiscalização concreta (ou «incidental», na terminologia do projecto), mantinha-se, no essencial, o regime herdado da versão originária da Constituição. O TC conheceria das decisões dos tribunais que recusassem a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade, depois de esgotados os recursos ordinários, sendo obrigatório e gratuito o recurso do Ministério Público (artigo 262.º, n.º 1). O TC conheceria também da inconstitucionalidade de actos da competência dos órgãos de soberania ou das regiões autónomas — o que, sublinhe-se de novo, era uma das maiores originalidades

Universidade de Coimbra (v. *infra*). No domínio da garantia da Constituição, previa-se o seguinte: a criação de um TC «dotado de uma competência própria de fiscalização da constitucionalidade das leis, mas sem exorbitar do esquema comum na Europa ocidental»; a eliminação da fiscalização preventiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; a atribuição ao TC de «competência para declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas ou actos dos órgãos do poder central e regional» (o texto das «Linhas gerais» encontra-se publicado in *Democracia e Liberdade — Revista do IDL — Instituto Democracia e Liberdade*, n.º 16, Novembro de 1980, pp. 73 e segs.).

¹²⁷ Na altura, Vital Moreira considerou que os aperfeiçoamentos propostos por Sá Carneiro foram colhidos da *Constituição da República Portuguesa Anotada*, que ele próprio publicara em conjunto com Gomes Canotilho, e afirmou *expressis verbis* que as notas que acompanhavam o articulado do projecto de Sá Carneiro foram *plagiadas* daquela obra (cf. Vital Moreira, «O projecto de Sá Carneiro: um projecto de contra-Constituição», in *Constituição e Revisão Constitucional*, Lisboa, 1980, p. 67, nota).

¹²⁸ O Conselho da República era um órgão auxiliar do Presidente, com funções eminentemente — mas não exclusivamente — consultivas, que apresentava algumas semelhanças com o Conselho de Estado (cf. artigos 132.º e 133.º).

desta proposta. Se ela tivesse sido concretizada, os seus efeitos teriam sido, no mínimo, revolucionários: todo e qualquer tribunal poderia recusar-se a aplicar actos não normativos (*id est*, políticos) da competência dos órgãos de soberania ou das regiões autónomas! E ao Tribunal Constitucional caberia pronunciar-se, em última instância, sobre a constitucionalidade desses actos¹²⁹!

Por fim, e à semelhança do que já sucedia com a Comissão Constitucional, existiria recurso para o TC das decisões dos tribunais que aplicassem norma ou acto anteriormente declarado inconstitucional pelo Tribunal. O que não se previa era o recurso de decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais pelas partes, como acabou por ficar consagrado [cf. artigo 280.º, n.º 1, alínea b), da Constituição].

O TC seria composto por nove juízes: três nomeados pelo Presidente da República, três eleitos pelo parlamento e três eleitos pelo STJ¹³⁰. Os juízes elegeriam o seu presidente, que teria um mandato de três anos (artigo 264.º, n.º 1). O mandato dos juízes seria de nove anos (renovável?), sendo designados três juízes todos os três anos (artigo 264.º, n.º 2). Cinco dos juízes deveriam ser escolhidos de entre juízes do STJ ou das relações, sendo os restantes quatro escolhidos de entre professores universitários de Direito (não necessariamente de direito público), funcionários públicos e advogados, todos com mais de quinze anos de exercício da profissão (artigo 264.º, n.ºs 3 e 4). Ao nível da composição do TC, existiria, portanto, um predomínio de magistrados (cinco em nove) e, acima de tudo, uma nítida preponderância do STJ: o STJ elegeria três dos nove juízes e cinco dos membros do TC teriam de ser juízes do STJ ou das relações. O que significa, pois, que os juízes dos outros tribunais superiores não só não elegeriam nenhum membro do TC, como nunca teriam possibilidade de serem juízes do TC¹³¹.

¹²⁹ É claro que, no âmbito da fiscalização concreta, os tribunais e o TC só se pronunciariam sobre a constitucionalidade de actos que tivessem uma ligação com os feitos submetidos a julgamento. Mas, no âmbito da fiscalização abstracta, o TC poderia pronunciar-se sobre a constitucionalidade desses actos por sua própria iniciativa (cf. artigo 261.º, n.º 1). O que significa que o TC poderia pronunciar-se, se e quando quisesse, sobre quaisquer actos do poder político.

¹³⁰ Esta composição do TC era igualmente perfilhada por Sottomayor Cardia e Menéres Pimentel num documento confidencial sobre a revisão da parte III da Constituição que os dois autores entregaram a Sá Carneiro e Mário Soares em Março de 1980. No tocante ao TC, esse documento afirmava, entre o mais: «Haveria um tribunal constitucional competente para apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas e actos do poder político, precedendo solicitação do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República, bem como das assembleias regionais autónomas na esfera dos respectivos poderes» (*in* Mário Sottomayor Cardia, *Prosas sem Importância — 1978-1984*, Lisboa, 1985, p. 57). Não se sabe, no entanto, se este esquema de controlo coexistiria ou não com a fiscalização concreta da constitucionalidade.

¹³¹ Deve notar-se, a propósito, que o projecto de Sá Carneiro não aludia sequer à existência de outros tribunais superiores, para além do STJ (cf. o artigo 196.º, sobre «Categorias de tribunais»).

Num artigo publicado em 1980 na *Revista do IDL — Instituto Democracia e Liberdade*, Jorge Miranda advogava também a criação de um tribunal constitucional, concebido como «tribunal não judicial, se bem que tribunal a par dos demais»¹³². As competências e a composição desse órgão eram concretizadas no projecto de revisão constitucional que Jorge Miranda fez publicar na mesma altura¹³³. No contexto da fiscalização da constitucionalidade, propunha, no essencial, o seguinte: a) existência de uma fiscalização preventiva de normas; b) existência de uma fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade; c) existência de uma fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade; d) existência de uma fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a cargo do Conselho da República, ouvido o TC.

O sistema de controlo então gizado era bastante complexo:

- A fiscalização preventiva poderia ser requerida pelo Presidente da República e, a nível regional, pelos ministros da República e incidia sobre normas (e já não sobre diplomas, o que, como se viu, criou grandes dificuldades à CC);
- A fiscalização concreta da constitucionalidade e da ilegalidade (artigo 254.º) teria o seguinte regime:
 - a) Se fosse arguida, oficiosamente ou pelas partes, a inconstitucionalidade de norma constante de acto legislativo ou convenção internacional, o tribunal *a quo*, se entendesse que a questão não era manifestamente infundada nem irrelevante para a causa¹³⁴, faria subir o incidente em separado ao TC, que poderia declarar a inconstitucionalidade com força obrigatória geral;
 - b) Se fosse arguida a inconstitucionalidade de norma constante de outro diploma ou a ilegalidade de qualquer norma, a decisão caberia ao tribunal da causa, sem prejuízo dos recursos ordinários;
 - c) Se, no caso da alínea b), o tribunal da causa se pronunciasse pela inconstitucionalidade ou ilegalidade, haveria recurso obrigatório do Ministério Público até ao supremo tribunal de cada ordem, cuja decisão não teria força obrigatória geral;

¹³² Assim, Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 78. Noutro número da mesma revista, Carlos da Silva Campos advogou igualmente a criação de um TC, mas não especificou as suas competências e a sua composição («O Conselho da Revolução — órgão transitório da Constituição Política de 1976», in *Democracia e Liberdade — Revista do IDL — Instituto Democracia e Liberdade*, n.º 16, Novembro de 1980, p. 62).

¹³³ Cf. Jorge Miranda, *Um Projecto de Revisão Constitucional*, Coimbra, 1980.

¹³⁴ Este ponto já havia sido avançado por Jorge Miranda em 1975 (cf. o artigo 343.º do projecto de 1975).

- d) Neste caso, se o Supremo Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Militar, o Tribunal de Contas ou o supremo tribunal de qualquer outra ordem de jurisdição julgassem uma norma inconstitucional (ou ilegal) por três vezes, seria essa norma, juntamente com a última decisão sobre ela proferida, submetida ao TC, que poderia declarar a sua inconstitucionalidade (ou ilegalidade) com força obrigatória geral;
- A fiscalização abstracta, por seu turno, poderia ser solicitada por diversas entidades:
- a) A fiscalização abstracta da constitucionalidade poderia ser requerida pelo Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, cinco membros do Conselho da República, Provedor de Justiça e Procurador-Geral da República; em matérias económico-sociais poderia também ser requerida pelo Presidente do Conselho Nacional do Plano e, com fundamento em violação dos direitos constitucionais das regiões, pelo Presidente de qualquer das assembleias regionais¹³⁵;
 - b) A fiscalização da legalidade de diplomas regionais, por violação de «princípio fundamental das leis gerais da República», poderia ser solicitada pelo Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, cinco membros do Conselho da República, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República e, bem assim, pelo Ministro da República para a respectiva região autónoma;
 - c) A fiscalização da legalidade de diplomas dimanados dos órgãos de soberania, por violação dos direitos das regiões consagrados nos seus estatutos, poderia ser solicitada pelo Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, cinco membros do Conselho da República, Provedor de Justiça, Procurador-Geral da República e, bem assim, pelo Presidente de qualquer das assembleias regionais.

Previa-se, por outro lado, que o TC se pronunciasse sobre a constitucionalidade das leis de revisão constitucional (artigo 265.º). E, no estudo que publicou na revista do IDL, Jorge Miranda sugeria, na linha do que defendera

¹³⁵ O projecto não atribuíra competência ao primeiro-ministro para requerer a fiscalização abstracta sucessiva, ao contrário do que sucedia no artigo 281.º, n.º 1, da versão originária da Constituição. O intuito era, segundo Jorge Miranda, despolitizar o instituto (cf. *Um Projecto...*, cit., p. 188). Já a atribuição ao presidente do Conselho Nacional do Plano da iniciativa de fiscalização em «matérias económico-sociais» teria criado grandes problemas ao TC (desde logo, na concretização do conceito de «matérias económico-sociais»).

em 1975, que o TC exercesse ainda outras competências, como as da verificação da elegibilidade dos candidatos à Presidência da República e de registo de partidos políticos, funções de decisão de recursos eleitorais e algumas funções jurisdicionais atribuídas à Comissão Nacional de Eleições¹³⁶.

A composição do Tribunal era substancialmente diferente da que o mesmo autor propusera em 1975 (cf. artigo 296.º do projecto de 1975 e artigo 258.º do projecto de 1980). O Tribunal deveria ter dezasseis juízes: três designados pelo Presidente da República, três pela Assembleia da República, dois pelo Conselho da República, dois pelo STJ ou, havendo Supremo Tribunal Administrativo, um pelo STJ e um pelo STA, seis pelo Conselho Superior Judiciário, de harmonia com o princípio da representação proporcional. Os juízes designados pelo Presidente da República, pelo parlamento e pelo Conselho da República seriam escolhidos de entre juristas de comprovado mérito, não se exigindo qualquer título ou qualificação especial (por exemplo, professor de Direito, tempo de exercício da profissão, etc.). Os juízes designados pelo STJ (ou pelo STJ e pelo STA) seriam escolhidos de entre os seus membros. Os seis juízes designados pelo Conselho Superior Judiciário teriam a seguinte proveniência: quatro escolhidos de entre juízes dos tribunais de 1.ª instância e dois de entre juízes da 2.ª instância. Mantinha-se, portanto, a divisão rigorosa entre juízes e não juízes herdada da CC: em dezasseis juízes do TC, oito seriam juízes de carreira (dois do STJ, dois da 2.ª instância, quatro da 1.ª instância) e oito seriam «juristas de comprovado mérito». O mandato seria de oito anos, sem recondução no período imediato, com renovação quadrienal de metade dos juízes¹³⁷.

Refira-se, numa apreciação global, que a proposta de Jorge Miranda era bem mais realista do que a de Francisco Sá Carneiro. Para além de se não prever um controlo de actos políticos (que, se tivesse sido concretizado, transportaria o poder judicial — e o TC, em particular — para o centro da conflitualidade política), o projecto de Jorge Miranda continha diversos mecanismos de «filtragem» dos recursos e de racionalização do trabalho do Tribunal¹³⁸. Desde logo, a possibilidade de o TC funcionar por secções

¹³⁶ Cf. Jorge Miranda, «Sobre a previsível...», cit., p. 78.

¹³⁷ Segundo Jorge Miranda, a renovação periódica destinava-se a assegurar uma relativa continuidade do Tribunal; por seu turno, a impossibilidade de recondução dos juízes era uma garantia de independência (cf. *Um Projecto...*, cit., p. 191).

¹³⁸ Refira-se, todavia, que Jorge Miranda admitia a possibilidade de, numa segunda revisão, se introduzir a fiscalização abstracta de actos políticos e, bem assim, a acção de inconstitucionalidade para defesa de direitos fundamentais dos cidadãos (cf. *Um Projecto...*, cit., p. 188). E, ainda que em termos mais limitados, Jorge Miranda continua actualmente a insistir na possibilidade de serem concedidas ao TC mais algumas competências «nos domínios do referendo, de certos actos políticos, da responsabilidade por actos legislativos [...]» («Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional», in *Legitimidade...*, cit., p. 99).

(artigo 259.º, n.º 1). Depois, a possibilidade de, na fiscalização concreta, o tribunal *a quo* não admitir o recurso para o TC por entender que a questão de constitucionalidade era manifestamente infundada ou irrelevante para a decisão da causa (ainda que se não previsse reclamação da decisão de não admissão do recurso¹³⁹). Finalmente, a atribuição aos supremos tribunais (não ao TC) da competência para conhecer das questões de constitucionalidade de certo tipo de normas e, bem assim, das questões de legalidade (o que na prática poderia ter conduzido a certas divergências jurisprudenciais entre o TC e os supremos tribunais).

Em 1981 Barbosa de Melo, Cardoso da Costa e Vieira de Andrade publicaram um *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*¹⁴⁰, onde se propunha, designadamente, a criação de um tribunal constitucional com a seguinte composição: nove juízes, designados de entre juristas de reconhecido mérito — três pelo Presidente da República, três pela Assembleia da República, por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções, e três pelos magistrados dos tribunais superiores de entre os seus pares (artigo 195.º, n.º 1). Os juízes do TC elegeriam de entre si o respectivo presidente (artigo 195.º, n.º 2). O mandato seria de seis anos, devendo renovar-se um terço dos juízes em cada dois anos (artigo 195.º, n.º 2).

Quanto às competências do Tribunal, eliminava-se a fiscalização preventiva e da inconstitucionalidade por omissão, mantinha-se o controlo abstracto sucessivo (ainda que com alterações) e o controlo concreto, prevenindo-se aqui não apenas o recurso das decisões judiciais que se *recusassem* a aplicar normas com fundamento em inconstitucionalidade (artigo 197.º), mas também o recurso das decisões judiciais que *aplicassem* norma arguida de inconstitucional, *por violação dos direitos, liberdades e garantias* (artigo 198.º)¹⁴¹. Em qualquer dos casos, exigia-se o esgotamento dos recursos

¹³⁹ Nem seria necessário prevê-la logo ao nível da Constituição. É que, nos termos do artigo 259.º, n.º 2, do projecto, à lei competiria regular o funcionamento e o processo próprio do TC. Assim, aquela reclamação sempre poderia estar regulada na futura LTC.

¹⁴⁰ Cf. A. Barbosa de Melo/J. M. Cardoso da Costa/J. C. Vieira de Andrade, *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*, Coimbra, 1981, pp. 253 e segs. Este estudo foi redigido a convite de Lucas Pires, na qualidade de coordenador da AD, e as suas propostas sobre o TC — da autoria de Cardoso da Costa — foram acolhidas integralmente por Freitas do Amaral no projecto que elaborou para ser debatido no interior da Aliança Democrática [cf. Diogo Freitas do Amaral, *A Revisão Constitucional de 1982 (Textos e Projectos)*, Lisboa, 1984, p. 76; sobre este ponto, v. Marcelo Rebelo de Sousa, «Legitimação...», cit., p. 222; António Nadaís/António Vitorino/Vitalino Canas, *Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (Introdução e Normas Complementares)*, Lisboa, 1984, p. 12].

¹⁴¹ Este recurso, que teria algumas analogias com o recurso de amparo, fora já defendido por Cardoso da Costa noutro escrito [«A tutela...», cit., p. 224; no projecto de revisão, Cardoso da Costa afirma mesmo que, no «fundo, o que se prevê é a instauração entre nós de uma primeira manifestação do 'recurso de amparo' ou da 'queixa constitucional'» (*Estudo...*, cit., p. 259)].

ordinários, sendo o recurso obrigatório para o Ministério Público na primeira hipótese. Estabelecia-se, por último, um controlo da legalidade dos diplomas regionais e dos diplomas respeitantes às regiões autónomas (artigo 200.º).

Refira-se, por fim, um aspecto curioso deste projecto do então chamado «grupo de Coimbra»: nos termos do artigo 202.º, caberia à lei fixar a sede do Tribunal (e, bem assim, a sua organização e funcionamento). Na justificação desta proposta deixava-se afirmado: «A referência à ‘sede’ do Tribunal destina-se, evidentemente, a sublinhar que não é nada necessário situá-lo na capital do país e que a sua localização fora dela (como, v. g., sucede na República Federal da Alemanha) poderá constituir um bom exemplo de reacção contra o monopolismo centralista que se faz sentir entre nós»¹⁴².

Em Fevereiro de 1982, numa palestra proferida no Centro de Estudos Judiciários, o vogal da CC Messias Bento defendeu a existência de uma fiscalização parcialmente concentrada da constitucionalidade, com distribuição de competências entre o TC e os restantes tribunais. Quanto à composição do TC, advogava uma composição mista de juízes e outros juristas, sendo os primeiros nomeados pelo Conselho Superior da Magistratura e os segundos, em partes iguais, pelo Presidente da República e pela Assembleia da República (por maioria qualificada de deputados). Quanto às competências, Messias Bento sustentava: a) a manutenção do sistema de fiscalização concreta em moldes semelhantes aos do recurso para a CC; b) a possibilidade de recurso directo para o TC das decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais ou por violação dos direitos, liberdades e garantias; c) a manutenção do controlo abstracto *a posteriori*, herdando o TC as competências do Conselho da Revolução; d) eventualmente, a atribuição ao TC de competências no âmbito do contencioso eleitoral e do controlo da legalidade de diplomas regionais. Por fim, considerava «pouco desejável» a manutenção da fiscalização preventiva e «de todo em todo indesejável» a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão¹⁴³.

Naquele escrito, Cardoso da Costa manifestava idêntica preocupação à de Jorge Miranda com uma eventual sobrecarga do Tribunal. Por isso, considerava que era «necessário agir com cautela — na definição das condições e pressupostos da admissibilidade do recurso [...] — para que o Tribunal Constitucional não tenha de pronunciar-se senão naqueles casos cuja gravidade e importância justifiquem a sua intervenção». Também no *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição* Cardoso da Costa alerta para o risco de «inundação» do Tribunal, pelo que se exigia a prévia exaustão dos recursos ordinários, por um lado, e se considera que na LTC se deveria atribuir ao TC «a possibilidade de fazer uma triagem prévia dos casos sobre que deve pronunciar-se» (*op. cit.*, p. 259). Anos depois, discursando já na qualidade de presidente do Tribunal, na cerimónia comemorativa do seu 10.º aniversário, este autor interroga-se de novo sobre a necessidade de adoptar mecanismos que «a um tempo contribuam para a genuinidade e celeridade do processo constitucional» (in *Legitimidade...*, cit., p. 28).

¹⁴² Cf. A. Barbosa de Melo/J. M. Cardoso da Costa/J. C. Vieira de Andrade, *Estudo...*, cit., p. 262.

¹⁴³ Cf. Messias Bento, «Breves reflexões...», cit., p. 31.

Como se vê, existiam várias ideias sobre um futuro tribunal constitucional, suas competências e composição. Analisemos agora em que medida elas se reflectiram sobre os diversos projectos de revisão constitucional apresentados pelos partidos¹⁴⁴.

À excepção do PCP, que mantinha a existência do CR [embora se referisse, em termos algo nebulosos, a um «órgão superior de controlo da constitucionalidade» (artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, segundo o projecto do PCP)¹⁴⁵], os diversos projectos de revisão acompanhavam, em termos gerais, as propostas que vinham sendo feitas sobre a composição e competências do TC:

- O projecto da Aliança Democrática propunha a eliminação da fiscalização preventiva e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. Prevvia-se, no entanto, a existência de fiscalização abstracta sucessiva e de fiscalização concreta da constitucionalidade, esta em moldes semelhantes aos da versão originária da Constituição (recurso de decisões que *recusassem* a aplicação de normas com fundamento em inconstitucionalidade ou de decisões que *aplicassem* normas já anteriormente julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional); previa-se, além disso, o recurso de decisões de normas que *aplicassem* normas arguidas de inconstitucionais pelas partes, se se mostrasse violado algum direito, liberdade ou garantia dos cidadãos e estivessem esgotados os recursos ordinários¹⁴⁶. No projecto da AD, o TC seria composto por nove juízes, escolhidos de entre juristas de reconhecido mérito: um juiz, que presidiria ao TC, seria o presidente do STJ; dois juízes seriam nomeados pelo Presidente da República; dois juízes seriam eleitos pela Assembleia da República, por maioria absoluta dos deputados em efectividade de funções; outros dois seriam eleitos pelos magistrados do STJ de entre os seus pares; finalmente, dois juízes

¹⁴⁴ Eram os seguintes os projectos de revisão constitucional apresentados pelos partidos: projecto n.º 1/II, de deputados da ASDI; n.º 2/II, de deputados do PSD, do CDS e do PPM; n.º 3/II, de deputados do PCP; n.º 4/II, de deputados do PS, da ASDI e da UEDS; n.º 5/II, de deputados do MDP/CDE. O projecto n.º 1/II seria retirado aquando da apresentação do projecto n.º 4/II; v. os projectos na separata n.º 6/II do *Diário da Assembleia da República*, de 16-6-1981; também in *Revisão Constitucional*, 2 vols., ed. da Assembleia da República, Lisboa, 1981.

¹⁴⁵ O projecto do PCP mantinha a fiscalização preventiva, da inconstitucionalidade por omissão, abstracta sucessiva e concreta (esta em moldes semelhantes aos do projecto da AD ou, se preferirmos, aos da versão originária da Constituição, com acrescentamento do recurso de decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais estando em causa a violação de direitos, liberdades e garantias).

¹⁴⁶ Nos termos do projecto da AD, o Tribunal funcionaria ainda como tribunal de conflitos, competindo-lhe o julgamento dos conflitos de jurisdição entre tribunais judiciais, administrativos, fiscais, militares e de contas.

seriam eleitos pelos magistrados do STA de entre os seus pares. Nesta «fórmula 1 + 2 + 2 + 2 + 2», haveria, assim, uma clara preponderância da magistratura: cinco dos nove juízes seriam necessariamente juízes de carreira, sendo um deles presidente do TC (o presidente do STJ). E nada impedia o Presidente da República ou a Assembleia de escolher juízes de carreira para os restantes lugares;

- O projecto da Frente Republicana Socialista mantinha, com alterações, o complexo sistema de controlo da versão originária da Constituição (fiscalização preventiva, fiscalização abstracta sucessiva, fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e, enfim, fiscalização concreta). Com uma *nuance* importante (que acabou por ser consagrada): na fiscalização concreta previa-se também o recurso das decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais pelas partes (cf. o artigo 281.º, n.º 1, da Constituição, segundo o projecto da FRS). O TC seria composto por quinze juízes, designados da seguinte forma: cinco pelo Presidente da República, cinco pela Assembleia da República (sem se exigir maioria qualificada); cinco pelo Conselho Superior da Magistratura, por maioria qualificada de dois terços dos respectivos membros em efectividade de funções¹⁴⁷. Os juízes indicados pelo Presidente e pelo parlamento seriam escolhidos de entre cidadãos de reconhecido mérito; os cinco restantes teriam a seguinte proveniência: dois de entre os juízes dos tribunais superiores e três de entre os juízes dos tribunais de 1.ª instância. Era, por assim dizer, uma «fórmula 5 + 5 + 5»;
- O projecto do MDP/CDE, à semelhança da AD e da FRS, previa a extinção do Conselho da Revolução¹⁴⁸. O CR seria substituído por um Conselho Constitucional, ordenado à «defesa do regime democrático, mediante a fiscalização da constitucionalidade» (artigo 226.º-A da Constituição, segundo o projecto). Este Conselho seria composto por

¹⁴⁷ É importante sublinhar que no projecto da FRS o Conselho Superior da Magistratura, sob a presidência do presidente do STJ, seria composto por catorze vogais, sendo três designados pelo Presidente da República, quatro designados pelo parlamento, um pelo governo e seis juízes designados pelos seus pares (cf. artigo 223.º, n.º 1, da Constituição, segundo o projecto da FRS).

¹⁴⁸ Este facto foi interpretado por certos comentadores como mais um sinal de «articulação estratégica» entre o PCP e o MDP/CDE. Dizia na altura Pedro Santana Lopes: «É evidente que o PC sabe que o Conselho da Revolução vai ser extinto e, embora ele, por posição de princípio, continue a defender a existência do Conselho da Revolução, indica ao seu partido 'filhote' — como se costuma chamar —, o MDP/CDE, que, prevendo já esse facto praticamente adquirido, que é o desaparecimento do Conselho da Revolução, adiante fórmulas para eventuais acordos com o Partido Socialista» (in *Colóquio sobre a Revisão Constitucional*, Lisboa, 1981, pp. 50-51).

onze membros, segundo a fórmula 4+4+2+1: quatro cidadãos «de reconhecido prestígio democrático» designados pelo Presidente da República; quatro cidadãos a eleger pelo parlamento em lista completa e nominativa, sendo cada um deles proposto por cada um dos quatro partidos mais representados na Assembleia (o MDP/CDE auto-excluía-se do processo para garantir, ao menos, a intervenção do PCP...); dois magistrados judiciais designados pelo plenário do Conselho Superior da Magistratura, sendo um deles juiz dos tribunais superiores e outro da 1.^a instância; um magistrado do Ministério Público, designado pelo plenário do Conselho Superior do Ministério Público. O Conselho teria competências muito vastas: fiscalização preventiva da constitucionalidade, a pedido do presidente ou por sua própria iniciativa; «velar pela emissão das medidas necessárias ao cumprimento das normas e princípios constitucionais, podendo para o efeito formular recomendações» [artigo 226.º-E, alínea *b*), da Constituição, segundo o projecto]; apreciar a inconstitucionalidade de quaisquer diplomas publicados; exercer a fiscalização concreta da constitucionalidade, em moldes semelhantes aos da versão originária da Constituição; finalmente, marcar a data das eleições do Presidente da República.

Como assinala Jorge Miranda, existiam, à partida, cinco grandes questões que dividiam os partidos¹⁴⁹:

- a) A manutenção ou não da fiscalização preventiva — porque o projecto da AD propunha a sua eliminação¹⁵⁰;
- b) A manutenção ou não da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão — porque o projecto da AD propunha a sua eliminação;
- c) A manter-se esta última, saber se deveria competir a um Conselho da República, depois de ouvido o TC, à semelhança do que sucedia no sistema de 1976 com o CR e a CC (projecto da FRS), ou se deveria competir exclusivamente ao TC, por analogia com a fiscalização

¹⁴⁹ Cf. Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, pp. 341 e segs.

¹⁵⁰ Refira-se, no entanto, que a AD não estava disposta a transformar esta questão num «cavalo de batalha» que pudesse inviabilizar o consenso necessário para a criação do TC. Veja-se, por exemplo, o que afirmou o deputado Costa Andrade (PSD) na reunião da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (CERC) de 13 de Janeiro de 1982: «[...] é manifesto que a nossa posição não vai ter vencimento. Não podemos, pois, por um fixismo que não seria correcto, permanecer agarrados à nossa proposta, não intervindo na discussão para a hipótese de se manter a fiscalização [preventiva] da constitucionalidade. Portanto, depois de vencida a nossa proposta em sede própria, estamos dispostos a trabalhar nas restantes hipóteses que resultem da manutenção da fiscalização preventiva da constitucionalidade» [in *Diário da Assembleia da República*, 2.^a série, suplemento ao n.º 69, de 20-3-1982, p. 1288-(1)].

abstracta sucessiva (como era sustentado, embora sem referência explícita ao Tribunal Constitucional, pelo projecto do PCP);

- d) O regime de intervenção do TC na fiscalização concreta — o projecto da FRS propunha a subida ao Tribunal de qualquer questão de inconstitucionalidade não manifestamente infundada e não irrelevante para a causa; os restantes projectos (AD, PCP e MDP/CDE) propunham manter, ainda que com alterações, o regime de recursos de 1976¹⁵¹.

A controvérsia sobre o TC foi responsável, entre outros factores, pelo surgimento de uma situação de impasse que, se não fosse resolvida a breve trecho, poderia bloquear todo o processo de revisão constitucional. As consequências estavam à vista: prolongar-se-ia a tutela do CR sobre a dinâmica política numa altura em que as próprias forças armadas se resignavam a aceitar uma alteração do *status quo*. Como diria mais tarde um deputado do MDP/CDE, o TC era a «chave da revisão constitucional»¹⁵². Uma chave que tanto poderia abrir como fechar as portas à revisão da Constituição.

A saída para o impasse foi encontrada através de uma célebre cimeira interpartidária que reuniu os representantes da AD e do PS. Desse acordo extraparlamentar, cujos contornos permanecem mal definidos, surgiu a solução para o problema da composição do TC: o Tribunal teria treze membros, dez eleitos pela Assembleia e três cooptados por estes. O Presidente da República ficaria definitivamente afastado do processo de designação dos juízes constitucionais.

Anos mais tarde, ao intervir no colóquio comemorativo do 10.º aniversário do TC, Marcelo Rebelo de Sousa confessaria que esta solução tinha um objectivo político conjuntural — «tornar impossível a designação de juízes pelo Presidente da República, no que pesou a acrimónia convergente dos três partidos signatários relativamente ao então titular do órgão [o general Eanes]». Os restantes aspectos seriam objecto de concessões recíprocas: a AD cederia ao PS a possibilidade de uma maioria de não magistrados e da abertura a tribunais não superiores; o PS cederia à AD a exigência de serem todos os juízes de formação jurídica»¹⁵³.

Luís Nunes de Almeida, que também acompanhou de perto as negociações — a ponto de confessar ter partilhado com Marcelo Rebelo de Sousa

¹⁵¹ Assim, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., t. II, p. 342. Esta afirmação de Jorge Miranda deve ser entendida *cum granu salis*, já que tanto o PCP como a AD propunham uma grande inovação em relação ao regime anterior: o recurso de decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais pelas partes quando estivesse em causa a violação de um direito, liberdade e garantia.

¹⁵² Cf. a intervenção no plenário do deputado António Taborda (MDP/CDE), in *Diário da Assembleia da República*, 1.ª série, n.º 128, de 28-7-1982, p. 5395.

¹⁵³ Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, «Legitimação...», cit., p. 244.

aquilo que denomina por o «pecado original do Tribunal Constitucional» —, apresenta uma versão diferente dos acontecimentos:

O professor Marcelo Rebelo de Sousa referiu que a conjuntura política conduziu a que, quer o Partido Socialista, quer a Aliança Democrática, tivessem pretendido afastar o Presidente da República da participação na designação dos juizes do Tribunal Constitucional. Não foi exactamente assim. Quer o PS, quer a AD, aceitavam que o Presidente da República designasse juizes para o Tribunal Constitucional. Bem ou mal — isso é questão que já iremos ver a seguir —, mas ambos aceitavam. Os números é que variavam, em função do peso relativo de juizes designados pelo Presidente da República e pelo Conselho Superior da Magistratura.

A questão era a seguinte: a Aliança Democrática pretendia que os juizes designados pelo Conselho Superior da Magistratura fossem em maior número do que os juizes designados pelo Presidente da República e inclinava-se no sentido de o Conselho Superior da Magistratura fazer essa designação por maioria absoluta. O Partido Socialista pretendia que o número de juizes designados pelo Presidente da República fosse igual ao número de membros designados pelo Conselho Superior da Magistratura e que esta última designação fosse efectuada por maioria de dois terços. Esta é que era a divergência e, se tivesse havido um acordo sobre os números, teria ficado consagrada na Constituição uma composição tripartida, com juizes designados pelo Presidente da República, juizes designados pela Assembleia da República e juizes designados pelo Conselho Superior da Magistratura.

O desacordo assentava, em boa parte, na especulação que se fazia relativamente ao tipo de pessoas que viriam a ser designadas pelo Presidente da República; e esta especulação foi tal que no dia crucial das negociações, durante a cimeira PS/AD, se fizeram simulações sobre os próprios nomes das pessoas que o Presidente da República viria a nomear, sendo certo que havia aí uma real divergência entre as partes negociadoras, já que ambas faziam sinceramente, a propósito dessas eventuais nomeações, uma antevisão deveras negativa para a respectiva sensibilidade política: a AD acreditava que viriam, sobretudo, a ser designadas personalidades tidas como de esquerda; o PS desconfiava de que viriam, maioritariamente, a ser escolhidas personalidades de cariz conservador ou moderado. Esta discrepância era justificada pela nebulosa ideológica existente em torno do Presidente da República, que tornava difícil prever o quadrante dos nomeados: se havia alguns que toda a gente tinha a ideia de que seguramente seriam escolhidos, o problema estava

em saber quais seriam os outros, ou melhor, como é que eles seriam. Esta é a realidade dos factos, e o professor Marcelo Rebelo de Sousa já contou o desenlace: face a esta indefinição e insegurança, que punha em causa o objectivo de assegurar um tribunal equilibrado, o melhor seria então o Presidente não designar qualquer juiz. E assim se formou o acordo¹⁵⁴.

Entretanto, a Assembleia trabalhava na revisão da Constituição, discutindo problemas técnicos suscitados pela criação do TC: efeitos da declaração de inconstitucionalidade, fiscalização de convenções internacionais e de diplomas das regiões autónomas, virtudes e defeitos do controlo preventivo e da inconstitucionalidade por omissão, entidades com competência para requerer a fiscalização da constitucionalidade, estatuto dos juízes, etc.¹⁵⁵.

Como seria de esperar, o acordo celebrado entre o PS e a AD provocou reacções altamente negativas dos partidos que não participaram no convénio¹⁵⁶. É curioso notar como as posições se foram extremando à medida que se aproximava a votação final da solução negociada entre a AD e o PS. Com efeito, na Comissão Eventual de Revisão Constitucional, mesmo os deputados dos partidos que negociaram o acordo não deixaram de reconhecer que a solução encontrada para a composição do TC não era isenta de críticas — por exemplo, Almeida Santos (PS) disse que não era «uma solução de grande qualidade» e Luís Beiroco (CDS) afirmou que se tratava de «uma solução

¹⁵⁴ Cf. Luís Nunes de Almeida, «Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)», in *Legitimidade...*, cit., pp. 247-248. Segundo refere o mesmo autor, a vingança do general Eanes surgiu pouco depois e foi exercida sobre o próprio Tribunal: em 1983 alterou a posição relativa do TC e do STJ na hierarquia do protocolo do Estado, colocando o segundo à frente do primeiro (assim, Luís Nunes de Almeida, «Les juges constitutionnels», in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, vol. iv, 1988, p. 213). O presidente do TC, apoiado por todos os juízes, deixou de comparecer em cerimónias oficiais, numa atitude de protesto que se prolongou até 1989.

¹⁵⁵ Nesses debates tiveram uma intervenção crucial os deputados Jorge Miranda, Luís Nunes de Almeida, Vital Moreira, Margarida Salema e Costa Andrade [cf. as intervenções destes deputados na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional (CERC), in *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, suplemento ao n.º 69, de 20-3-1982, pp. 1288-(1) e segs., 3.º suplemento ao n.º 72, de 27-3-1982, pp. 1330-(2) e segs., suplemento ao n.º 93, de 21-5-1982, pp. 1762-(9) e segs., 3.º suplemento ao n.º 106, de 16-6-1992, pp. 1998-(74) e segs., 2.º suplemento ao n.º 114, de 30-6-1982, pp. 2076-(14) e segs.; para uma indicação completa dos trabalhos preparatórios da parte iv da Constituição (garantia e revisão da Constituição), v. José Luís Pereira Coutinho/José Manuel Meirim/Mário Torres/Miguel Lobo Antunes, *Constituição da República Portuguesa — 2.ª Revisão*, Lisboa, 1989, pp. 416 e segs.].

¹⁵⁶ Uma das primeiras reacções foi feita, a título individual, por Jorge Miranda num artigo que publicou no semanário *Expresso* de 5 de Junho de 1982 e, bem assim, numa entrevista a *O País* de 5 de Agosto do mesmo ano (in *Revisão Constitucional...*, cit., pp. 382 e segs. e 387 e segs.; v. ainda, na mesma obra, uma entrevista a *O Tempo* de 30 de Setembro de 1982).

muito má» e «verdadeiramente infeliz»¹⁵⁷. Apenas Amândio de Azevedo (PSD), numa intervenção cientificamente desastrosa, defendeu com veemência o acordo¹⁵⁸. Por seu turno, alguns deputados que mais tarde votariam contra a solução adoptada — como Jorge Miranda (ASDI) e António Vitorino (UEDS) — não deixaram de reconhecer-lhe o mérito de ter desbloqueado uma situação de impasse¹⁵⁹. Como é natural, os deputados do PCP e do MDP/CDE foram os que mais violentamente atacaram o acordo: «para quem não tenha da revisão a ideia de que ela deve ser feita por si mesma, ou que tenha em relação a ela uma sofreguidão em que ela se imponha por si mesma, independentemente de quaisquer outras considerações, compreende-se que não atribuíamos ao argumento da *ultima ratio* desbloqueadora o valor que lhe tem sido conferido», disse o deputado Vital Moreira (PCP)¹⁶⁰; «[...] a solução é péssima. É, talvez, a pior de todas», afirmou o deputado António Taborda (MDP/CDE)¹⁶¹.

No plenário, Jorge Miranda e Vital Moreira fizeram a síntese dos argumentos desfavoráveis à proposta do PS e da AD: tratava-se de uma solução com preocupações de índole conjuntural; estava em contradição com o sistema de governo semipresidencial, pois arredava o Presidente da escolha de membros do TC, sendo mais próxima do sistema de governo de assembleia, de inspiração jacobina, ou das constituições marxistas-leninistas; estava em desacordo com as disposições transitórias, na parte em que estas atribuíam ao Presidente um poder exclusivo, ainda que transitório, de fiscalização; não salvaguardava as exigências do Estado de direito, uma vez que apenas um dos órgãos fiscalizados — o parlamento — estaria na base do órgão fiscalizador; nunca foi defendida na CERC ou por qualquer projecto apre-

¹⁵⁷ Cf. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, 2.º suplemento ao n.º 114, de 30-6-1982, pp. 2076-(15) e segs. Refira-se, no entanto, que estes deputados tiveram o cuidado de sublinhar que não deixariam de votar a solução acordada, já que ela, apesar de tudo, possuía o mérito (político) de desbloquear a situação de impasse em que se tinha caído.

¹⁵⁸ Cf. *Diário da Assembleia da República*, 2.ª série, 2.º suplemento ao n.º 114, de 30-6-1982, pp. 2076-(17) e segs.

¹⁵⁹ «Considero esta solução bastante má, mas, tomada na perspectiva global da necessidade de se fazer a revisão — embora não com o meu voto —, posso, em alguma medida, compreendê-la. Aquilo que mais desejo é que o Tribunal Constitucional, mesmo com esta composição, venha a ser um órgão de fiscalização da constitucionalidade que funcione com independência e com prestígio» [intervenção do deputado Jorge Miranda, in *Diário...*, cit., p. 2076-(20)]. O deputado António Vitorino, por seu turno, mostrou maior cepticismo: «Temos de assumir um cheque em branco ou pouco preenchido aos membros do Tribunal Constitucional e será a prática constitucional que terá o ónus de demonstrar se ele será ou não um órgão capaz de garantir a fiscalização da constitucionalidade das leis, já que à partida a solução não oferece grandes garantias. Nem pessimismo, nem optimismo. Prudência e cepticismo parece ser a posição mais adequada [...]» [in *Diário...*, cit., p. 2076-(19)].

¹⁶⁰ Cf. *Diário...*, cit., p. 2076-(17).

¹⁶¹ Cf. *Diário...*, cit., p. 2076-(21).

sentado desde 1974¹⁶². A defesa da solução negociada foi feita, antes de mais, por Almeida Santos (PS) e Francisco Sousa Tavares (PSD), que sublinharam o seguinte: a exigência de eleição dos juízes por uma maioria qualificada de dois terços dos deputados garantia, à partida, uma grande independência; esta independência era reforçada pelo facto de a eleição ser feita por voto secreto; o estatuto dos juízes, com garantias de independência e imparcialidade, evitava a subordinação ao parlamento; os membros do Conselho Nacional do Plano e o Provedor de Justiça também eram designados exclusivamente pela Assembleia e nem por isso eram menos isentos ou independentes; a regra de cooptação de três juízes e o facto de muitos juízes serem magistrados de carreira asseguravam a autonomia e a «cultura de independência» do novo órgão; as alternativas propostas também não conseguiam evitar completamente os riscos de partidarização¹⁶³.

Estes argumentos não convenceram os detractores da proposta, a ponto de, anos mais tarde, António Vitorino continuar a afirmar que o «Tribunal Constitucional nasceu em dia aziago»¹⁶⁴. Disse-se, por exemplo, que o TC iria ser «tribunal de cambão», uma «bomba relógio para o Estado de direito», «um tribunal desacreditado, sem autoridade, sem força para se distanciar em relação à sua origem». Em desespero de causa, a UEDS e a ASDI tinham apresentado uma proposta alternativa: três juízes seriam designados pelo Presidente, oito pela Assembleia e quatro pelo Conselho Superior da Magistratura. Mas, como era previsível, tal proposta foi rejeitada pela AD, com a abstenção dos deputados do PCP e do MDP/CDE e os votos favoráveis da UEDS, da ASDI e, curiosamente, do PS¹⁶⁵. No final, a composição do TC

¹⁶² Cf. *Diário da Assembleia da República*, n.º 128, de 28-7-1982, pp. 5382 e segs. Como é óbvio, muitas críticas de Jorge Miranda não eram partilhadas por Vital Moreira, e vice-versa. Procuramos apenas fazer uma síntese global das objecções à solução acordada entre a AD e o PS; sobre este ponto, v. António Nadeis/António Vitorino/Vitalino Canas, *Constituição da República Portuguesa — Textos e Comentários à Lei Constitucional 1/82*, Lisboa, s. d., pp. 311 e segs., e *Lei sobre Organização...*, cit., pp. 15 e segs.

¹⁶³ Cf. *Diário da Assembleia da República*, n.º 128, de 28-7-1982, pp. 5390 e segs.; para uma síntese destes argumentos, cf. António Nadeis/António Vitorino/Vitalino Canas, *Constituição...*, cit., pp. 311 e segs.

¹⁶⁴ Cf. António Vitorino, «Relatório final global», in *Progresso do Direito*, n.º 3/4, ano III, Dezembro de 1985 — «Jornadas sobre a justiça constitucional em Portugal», p. 144.

¹⁶⁵ O que significa, pois, que o Partido Socialista votou favoravelmente, quer a contraproposta da ASDI e da UEDS, quer a proposta oriunda da CERC (que reproduzia a solução acordada entre o PS e a AD). Isto deveu-se, naturalmente, a razões de natureza política: o PS não quis ficar com o odioso de ter «chumbado» liminarmente a contraproposta dos seus parceiros de coligação, mas, ao mesmo tempo, não podia desvincular-se do acordo celebrado com a AD. No fundo, o Partido Socialista pretendia que a responsabilidade pela composição do Tribunal recaísse apenas sobre a Aliança Democrática. Na sua intervenção, o deputado Almeida Santos explicou o motivo por que o PS iria votar favoravelmente as duas propostas: votar-se-ia primeiro a proposta da UEDS/ASDI; caso esta não obtivesse a maioria de dois

foi aprovada com 159 votos a favor (do PSD, do PS, do CDS e do PPM) e 48 votos contra (do PCP, da ASDI, da UEDS e do MDP/CDE)¹⁶⁶.

IV. DO PROJECTO BARBOSA DE MELO/CARDOSO DA COSTA À LEI N.º 28/82

Ainda antes de estar concluída a revisão constitucional já o governo preparava as diversas leis que lhe viriam dar sequência: a Lei de Defesa Nacional, por um lado, e a Lei do Tribunal Constitucional¹⁶⁷. Para a elaboração desta última — ou melhor, para a elaboração de um projecto que servisse de base a uma proposta de lei a entregar pelo governo ao parlamento —, o primeiro-ministro Pinto Balsemão e o vice-primeiro-ministro Freitas do Amaral encarregaram dois investigadores da Universidade de Coimbra, António Barbosa de Melo e José Manuel Cardoso da Costa. O primeiro fora deputado à Constituinte (onde, como vimos, se pronunciou na altura a favor da fiscalização difusa) e um dos principais negociadores pelo PPD do 2.º Pacto MFA/Partidos; o segundo, para além de ser vogal da CC, fora o responsável pela elaboração da parte relativa à garantia da constitucionalidade do *Estudo e Projecto de Revisão da Constituição*.

Como diria mais tarde Cardoso da Costa, a elaboração da LTC (e, como tal, do projecto) culminou um «processo extremamente simples» e «extremamente rápido»¹⁶⁸. Com total independência e autonomia¹⁶⁹, Cardoso da Costa e Barbosa de Melo elaboraram uma primeira versão do projecto, que logo submeteram à apreciação do governo¹⁷⁰. Seguidamente, apresentaram uma segunda versão, que foi discutida, primeiro, a nível ministerial e, de-

terços — como era mais do que previsível... —, o PS votaria então a proposta da CERC (cf. *Diário da Assembleia da República*, n.º 128, de 28-7-1982, pp. 5937 e segs.).

¹⁶⁶ Cf. *Diário da Assembleia da República*, n.º 128, de 28-7-1982, p. 5403. Refira-se, no entanto, que um número significativo de deputados do PS votou favoravelmente a proposta com a declaração de voto de que o fazia por mera disciplina partidária.

¹⁶⁷ Aliás, o processo de discussão das duas leis acabaria por correr em paralelo, e pode dizer-se que houve um condicionamento recíproco entre a Lei de Defesa Nacional e a Lei do Tribunal Constitucional no que respeita à necessidade de encontrar consensos para a aprovação de uma e de outra (cf. a intervenção do deputado do MDP/CDE António Taborda na Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional, in *Organização...*, cit., p. 592). Este paralelismo não deixa de ter também a sua dimensão simbólica, como se ambas as leis não passassem, afinal, de duas faces da mesma moeda. De facto, surgindo associada ao desaparecimento do CR, a criação do TC foi, entre outras coisas, um momento essencial do processo de subordinação do poder militar ao poder político, que culminou na aprovação da Lei de Defesa Nacional.

¹⁶⁸ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «A elaboração...», cit., p. 85.

¹⁶⁹ Assim, José Manuel Cardoso da Costa, «A elaboração...», cit., p. 88.

¹⁷⁰ Assim, A. Barbosa de Melo/J. M. Cardoso da Costa, *Projecto de Lei...*, cit., p. 3, nota.

pois, por um grupo de trabalho restrito constituído pelo vice-primeiro-ministro, pelos membros do governo mais ligados à matéria e pelos próprios autores do projecto. O resultado final, que veio a ser corporizado na proposta de lei n.º 130/II, de 30 de Setembro, é praticamente idêntico ao projecto de Barbosa de Melo e Cardoso da Costa, salvo uma ou outra diferença de pormenor.

A revisão constitucional resolvera já os problemas mais delicados que se colocaram ao nascimento do TC: a manutenção do controlo preventivo e da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão e, por outro lado, a (não) intervenção do Presidente da República na nomeação de juizes do Tribunal. Ainda assim, muitas outras questões permaneciam em aberto e tiveram de ser resolvidas pela LTC. Entre elas destacam-se as seguintes:

- A Constituição previa diversas formas de controlo de constitucionalidade e de legalidade (preventivo, abstracto sucessivo, concreto, da inconstitucionalidade por omissão), mas não regulava o respectivo processo nem dispunha sobre a organização e o funcionamento internos do Tribunal;
- A Constituição determinava a composição do Tribunal (treze juizes, sendo dez designados pelo parlamento e três cooptados — artigo 284.º, n.º 1), mas não dispunha sobre o *modus* de eleição dos juizes pela Assembleia (por exemplo, não dizia se a eleição era feita por lista ou nome a nome);
- A Constituição abria a possibilidade de, por via legal, se constituírem secções não especializadas para o julgamento dos processos de fiscalização concreta, mas nada dizia quanto ao número de secções, número de juizes por secção, periodicidade das reuniões, etc. De igual modo, nada se dizia sobre se a lei poderia atribuir novas competências ao Tribunal (como, de facto, veio a acontecer).

As principais inovações do projecto Barbosa de Melo/Cardoso da Costa encontram-se sintetizadas na respectiva nota de apresentação. Eram elas:

- Fixação de pressupostos de admissibilidade nos pedidos de apreciação abstracta (preventiva e sucessiva) da constitucionalidade ou legalidade de normas jurídicas (artigos 52.º e 53.º do projecto). Neste particular, a inovação mais importante — e polémica — prendia-se com a necessidade de fundamentação dos pedidos de fiscalização preventiva e sucessiva (sobretudo dos primeiros). Tratava-se, no fim de contas, de evitar as dificuldades enfrentadas pela CC, que, já vimos, muitas vezes foi praticamente obrigada a «adivinhar» as razões que moviam os autores dos pedidos de fiscalização. Tratava-se também — ainda que este propósito não tenha sido claramente revelado — de evitar (ou,

pelo menos, dificultar) o surgimento de pedidos de fiscalização exclusivamente norteados por motivações políticas: a exigência de uma «motivação jurídica» — e, mais ainda, a atribuição ao TC da faculdade de «exame prévio» dessa motivação — corresponde seguramente a uma garantia de plena jurisdicionalização da actividade do Tribunal. No contexto da época, não deixou de ser vista como uma tentativa de proteger a legislação dos governos AD das investidas do general Eanes¹⁷¹. Apesar de ter sido das que mais controvérsia gerou ao nível do parlamento, esta regra acabou por ser consagrada;

- Exigência de uma maioria qualificada nas decisões que declarem a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas legislativas ou equiparadas (artigo 47.º, n.º 3, do projecto). Esta regra correspondia, no essencial, a uma exigência de autocontenção dos juízes que, no limite, se confundia com uma autêntica «presunção de constitucionalidade» (como, aliás, era reconhecido abertamente pelos autores do projecto, que se apoiavam numa «ideia de *favor legis*» e no «princípio deontológico da *judicial self-restraint*»). De acordo com o artigo 47.º, n.º 1, do projecto, o TC só poderia funcionar estando presentes nove juízes, entre os quais o presidente ou seu substituto. As deliberações seriam tomadas à pluralidade de votos (n.º 2), mas a inconstitucionalidade só poderia ser votada pelo voto conforme de, pelo menos, a maioria dos juízes em efectividade de funções (n.º 3). O presidente só poderia votar em caso de empate (n.º 4). Não é difícil perceber por que motivo esta proposta foi das que mais resistências levantou ao nível parlamentar, acabando por ser rejeitada;
- Imposição de um período de reflexão obrigatório em todas as decisões importantes: após a entrega do projecto de acórdão pelo juiz relator, o TC não poderia decidir antes de decorrerem quarenta e oito horas (no caso de fiscalização preventiva) ou catorze dias (no caso de fiscalização abstracta sucessiva) (cf. artigos 62.º, n.º 2, e artigo 67.º, n.ºs 1 e 2, do projecto). Tratava-se de introduzir uma «cláusula de cautela», ordenada, uma vez mais, a desideratos de ponderação e *self-restraint*. Contudo, também esta proposta acabou por ser rejeitada;
- Garantias de neutralidade do Tribunal (artigo 102.º, n.º 1, artigo 107.º, n.º 1, artigo 108.º, n.º 1, artigo 109.º, n.º 1, e artigo 110.º, n.º 1, todos do projecto). Não é difícil compreender que a neutralidade de um órgão com as características do TC só poderá ser alcançada se se limitarem, na medida do possível, os casos em que o mesmo procede

¹⁷¹ V., por exemplo, a intervenção do deputado António Taborde (MDP/CDE) na apresentação e debate na generalidade da proposta n.º 130/II, onde se afirmava que aquela exigência era feita *intuitu personae* contra o Presidente da República (in *Organização...*, cit., p. 128).

por sua própria iniciativa. Nesse sentido, os autores do projecto procuraram — e bem — atribuir todos os poderes de iniciativa ou impulso processual a entidades exteriores ao Tribunal: o Procurador-Geral da República, nuns casos, o Presidente da Assembleia da República, noutros. Apesar de algumas alterações — que ocorreram logo ao nível governamental, que concentrou no Procurador-Geral da República as competências relativas ao Presidente da República —, a filosofia do projecto manteve-se nos seus traços essenciais;

- Fixação de requisitos especiais de admissibilidade dos recursos de amparo. O artigo 90.º do projecto exigia que os recursos de decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais só seriam admitidos, *inter alia*, se não fossem manifestamente infundados e estivesse em causa uma questão jurídico-constitucional relevante ou a violação grave de um direito fundamental do recorrente. Esta proposta, assumidamente inspirada na experiência do *Bundesverfassungsgericht*, baseava-se na concepção do recurso como «recurso de amparo» ou *Verfassungsbeschwerde*. Reconhecia-se que a fixação daquele tipo de requisitos de admissibilidade sempre acabaria por «atribuir em considerável medida ao Tribunal Constitucional uma *discretionary jurisdiction*». Era, no entanto, compreensível que se procurasse evitar a submersão do TC por uma infinidade de recursos, sobretudo nos primeiros tempos da sua existência. Ainda assim, os parlamentares não se mostraram muito sensíveis a estas razões, preferindo optar por um modelo mais generoso — porventura, demasiado generoso — de admissibilidade dos recursos;
- Garantia de uma opção relativamente ao momento da interposição do recurso para o TC (artigo 70.º, n.º 4, e artigo 81.º, n.º 2, do projecto). Nos recursos de decisões que aplicassem normas arguidas de inconstitucionais exigia-se a exaustão prévia dos recursos ordinários (artigo 70.º, n.º 2). Ainda assim, deixava-se aos interessados a possibilidade de recorrerem imediatamente para o TC (artigo 81.º, n.º 2). A solução que acabou por ser consagrada afastou essa possibilidade;
- Fixação do princípio do pagamento de custas na justiça constitucional (artigo 77.º do projecto). A questão das custas na justiça constitucional foi das mais debatidas ao nível parlamentar. O seu objectivo último era, claro está, alcançar uma relativa «filtragem» dos processos, racionalizando o funcionamento do Tribunal (uma preocupação sempre presente no pensamento de Cardoso da Costa, como vimos). Esta proposta, como veremos, suscitou grande controvérsia no parlamento, tendo sido limitado, em larga medida, o pagamento de custas nos recursos de constitucionalidade;

- Eleição por lista dos juízes designados pela Assembleia (artigo 6.º, n.º 1, e artigo 8.º, n.º 2, do projecto). Este foi, sem margem para dúvidas, o ponto politicamente mais sensível do projecto de Barbosa de Melo e Cardoso da Costa. E, segundo este último, foi justamente a «sensibilidade política» dos deputados que, sobrepondo-se à «sensibilidade científico-técnica» da proposta, acabou por afastá-lo¹⁷². Propunha-se que a eleição dos juízes fosse feita por lista bloqueada. Além disso, os boletins de voto deveriam conter apenas a letra designativa da lista, mas não o nome dos juízes. Os deputados deveriam, portanto, aceitar ou rejeitar *em bloco* uma lista de juízes que seria previamente negociada a nível partidário. Se o objectivo da proposta era compreensível — tratava-se, no fim de contas, de assegurar o consenso interpartidário —, não restavam dúvidas de que ela sempre acabaria por cercar fortemente a autonomia dos deputados, que deveriam apenas aceitar ou rejeitar uma lista donde não constava sequer o nome dos juízes a eleger. Esta foi, indiscutivelmente, uma das razões que levaram à rejeição da proposta (como, aliás, é reconhecido por um dos autores do projecto¹⁷³);
- Eleição nome a nome dos juízes cooptados (artigo 6.º, n.º 2, e artigo 14.º do projecto). Tendo-se optado pelo sistema de relação nominal dos juízes a eleger pela Assembleia (artigo 15.º da LTC), aplicou-se idêntico regime para os juízes cooptados (artigo 18.º da LTC). Neste ponto seguiu-se, pois, o projecto Barbosa de Melo/Cardoso da Costa;
- Absoluta paridade formal entre todos os juízes (isto é, eleitos/cooptados) (artigo 8.º, n.º 2, artigo 9.º, artigo 10.º, artigo 22.º, e artigo 47.º, n.º 1, do projecto). Visava-se garantir a unidade do Tribunal, evitando a existência de juízes «de primeira» e «de segunda» (o sistema, de facto, bem poderia ter criado este tipo de situações, com diferenças entre magistrados e não magistrados, juízes eleitos e cooptados, etc.);
- Atribuição ao próprio TC do poder disciplinar sobre os seus juízes (artigo 25.º do projecto). A justificação para esta regra era demasiado óbvia para ser contestada;
- Reserva ao Tribunal da competência para verificar a ocorrência dos sucessos determinantes da cessação de funções dos juízes (artigo 23.º, n.º 3, do projecto). À semelhança da anterior, também a necessidade desta regra dificilmente poderia sofrer contestação;
- Consagração da autonomia administrativa e financeira do TC (artigo 4.º);

¹⁷² Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «A elaboração...», cit., pp. 89 e segs.

¹⁷³ Cf. José Manuel Cardoso da Costa, «A elaboração...», cit., p. 90.

- Excepção ao regime de incompatibilidades (artigo 27.º). A Constituição estabelecia que «os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função, pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei» (artigo 221.º, n.º 3, na redacção resultante da 1.ª revisão constitucional). O projecto Barbosa de Melo/Cardoso da Costa afastava-se um pouco deste regime. Depois de estabelecer a regra geral de incompatibilidades (artigo 27.º, n.º 1), determinava: «Exceptua-se do disposto na parte final do número anterior o exercício de funções docentes ou de investigação em estabelecimentos universitários e no Centro de Estudos Judiciários.» Ficava, portanto, a seguinte dúvida: os juízes do TC poderiam exercer funções docentes *remuneradas*? Essa dúvida não deixou de ser suscitada no parlamento, mas rapidamente foi esclarecida através de um aperfeiçoamento da redacção do preceito, que passou a reproduzir quase *ipsis verbis* a norma da Constituição.

Entre o projecto Barbosa de Melo/Cardoso da Costa e a proposta de lei n.º 130/II é possível detectar algumas diferenças. Para além de alterações de estilo e ordenação do articulado, as principais mudanças introduzidas são as seguintes: alteração da idade mínima para ser juiz do TC (de 30 para 35 anos — artigo 7.º, n.º 1); aperfeiçoamento das regras de eleição dos juízes pela Assembleia (número de deputados exigidos para apresentação de candidaturas — artigo 8.º, n.º 1); aperfeiçoamento das regras de cooptação dos juízes (proibição de abstenção — artigo 14.º); referência ao vice-presidente do TC (o projecto falava apenas no «substituto do presidente» — *v. g.*, artigos 17.º, 18.º, 19.º 21.º, n.º 3); alteração pontual das regras de eleição do presidente (artigo 18.º); ampliação das incompatibilidades (passando a abranger actividades não remuneradas — artigo 27.º); especificação das actividades políticas proibidas (passando a abranger a participação em fundações políticas — artigo 28.º); especificação das competências do vice-presidente (artigo 49.º, n.ºs 2 e 3); estabelecimento de uma regra especial sobre audição do órgão autor da norma impugnada, no caso de ser o parlamento ou as assembleias regionais (artigo 55.º, n.º 3); alteração (formal) das regras de publicação das decisões (artigo 58.º, n.º 1); alteração das regras sobre efeitos da decisão (artigo 67.º); alteração das regras sobre audição do governo nos processos de controlo da inconstitucionalidade por omissão (passando o governo a ser ouvido apenas quando as medidas legislativas omissas envolvam consequências de natureza económica e financeira ou diplomática — artigo 68.º, n.º 2); aperfeiçoamentos e especificações das regras sobre custas e multas (artigo 76.º); introdução de limites à aplicação subsidiária das regras de processo civil (artigo 78.º);

alterações das regras sobre vistos aos juízes e ao Ministério Público (artigo 83.º); alteração da norma das decisões sobre admissibilidade dos recursos (artigo 91.º); alteração das regras de tramitação e julgamento do contencioso eleitoral nas eleições para Presidente da República (artigo 104.º); alterações substanciais do processo relativo à morte, perda de mandato, impedimento temporário ou destituição do Presidente da República (por exemplo, a iniciativa do processo passou do Presidente da Assembleia da República para o Procurador-Geral da República — artigos 105.º e seguintes); alteração da regra sobre publicação oficial dos acórdãos do TC (artigo 113.º); alteração da regra sobre as providências orçamentais necessárias à execução da LTC (artigo 118.º).

A proposta de lei n.º 130/II, de 30 de Setembro de 1982, foi apresentada no plenário da Assembleia da República por Marcelo Rebelo de Sousa, na qualidade de ministro para os Assuntos Parlamentares. Depois de resumir o processo de elaboração da proposta, o ministro empreendeu um longo excursus sobre o constitucionalismo e a justiça constitucional, alertando para o significado histórico da criação de um tribunal constitucional e sublinhando que o ideal de um controlo concentrado da constitucionalidade sempre esteve ligado a preocupações de garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Os objectivos desta exposição «académica» eram, claro está, obter o consenso necessário à aprovação da LTC e neutralizar à partida quaisquer objecções que fossem dirigidas à proposta do governo. Se o primeiro dos objectivos acabou por ser plenamente alcançado, nem por isso deixaram de ser feitas diversas críticas à proposta n.º 130/II. Assim, o deputado da UEDS António Vitorino questionou, designadamente, a exigência de uma idade mínima de 35 anos para o exercício do cargo de juiz e o regime de custas nos recursos de constitucionalidade. O deputado do PCP José Manuel Mendes considerou, na esteira da intervenção de António Vitorino, que a proposta continha diversas inconstitucionalidades — no modo de eleição dos juízes, na exigência de fundamentação dos pedidos de fiscalização abstracta, na exigência de uma maioria qualificada de juízes nas decisões pela inconstitucionalidade e, enfim, nas limitações impostas aos recursos para o TC. Jorge Miranda (ASDI) pôs em causa a forma de eleição dos juízes, a não inclusão de outras competências (por exemplo, registo de partidos e fiscalização preventiva quanto a Macau), as regras sobre os efeitos das decisões e, por fim, a audição do autor da norma nos processos de fiscalização concreta. Almeida Santos, pelo PS, retomou as objecções de António Vitorino sobre os limites mínimos de idade dos juízes e sobre o regime de custas; questionou igualmente, na linha do deputado José Manuel Mendes, as exigências de fundamentação dos pedidos e de maioria qualificada de juízes; por fim, defendeu uma maior abertura do TC no domínio da fiscalização concreta, pronunciando-

do-se contra o regime de custas e contra os requisitos de exaustão dos recursos ordinários e de existência de uma violação de direitos fundamentais. Almeida Santos criticou ainda que nos processos relativos ao Presidente da República (morte, destituição, etc.) intervissem apenas quatro juízes e não o plenário do Tribunal e, por último, interrogou-se sobre a eficácia do regime de prazos da fiscalização abstracta. Na sua intervenção, o deputado do MDP/CDE António Taborda resumiu as principais críticas dirigidas à proposta: exigência de fundamentação nos pedidos de fiscalização abstracta (*máxime* na fiscalização preventiva), regime de custas e modo de eleição dos juízes. Como seria de esperar, os deputados do PPM (António Moniz), CDS (Narana Coissoró) e PSD (Fernando Condesso) saudaram efusivamente a proposta, limitando-se a fazer uma ou outra sugestão de pormenor. A intervenção do deputado Mário Tomé pouco teve a ver com o tema em debate¹⁷⁴.

Ao encerrar a sessão, Marcelo Rebelo de Sousa mostrou a maior abertura do governo para o diálogo, reafirmando a «total disponibilidade, quer no debate na generalidade, quer no debate na especialidade, para tomar esta base de trabalho e para aperfeiçoar, introduzindo correcções e alterações que resultarem do consenso, o mais amplo possível, que suscitar, quer no plenário, quer na Comissão Eventual»¹⁷⁵.

Tendo a Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias concluído, em 13 de Outubro de 1982, que a proposta se encontrava em condições de ser submetida a discussão e votação na generalidade, o plenário iniciou o debate, com a presença do ministro para os Assuntos Parlamentares e de Luísa Antas, subsecretária de Estado adjunta do ministro para os Assuntos Parlamentares. Jorge Miranda aproveitou o debate para criticar, em termos bastante violentos, o processo de criação do TC. Não se conformando com o modo como fora decidida a composição do TC e a escolha dos juízes¹⁷⁶, Jorge Miranda, depois

¹⁷⁴ O ministro dos Assuntos Parlamentares não deixou passar este facto em claro, respondendo com ironia: «Sr. Deputado Mário Tomé, que dizer da emoção que é sempre ouvi-lo falar, nomeadamente quando fala de domínios que não são porventura o seu forte e onde se permite discordar de tudo menos daquilo que está em debate!» (V. *Organização...*, cit., p. 146.)

¹⁷⁵ Cf. *Organização...*, cit., p. 136.

¹⁷⁶ «O modo como, ao arrepio de todos os trabalhos preparatórios, uma célebre cimeira partidária decidiu da composição do Tribunal e da escolha dos juízes, o modo como se fez a discussão no plenário, o modo como tantos deputados (apesar de discordantes) tiveram de votar nos termos de uma disciplina de voto administrativamente imposta, a previsível distribuição entre os partidos dos lugares de juiz — tudo isso causa as maiores apreensões» (in *Organização...*, cit., p. 149). Jorge Miranda, de facto, não se conformou com o modelo escolhido para a composição do TC. Na última edição do *Manual de Ciência Política e de Direito Constitucional*, escreve: «Considerámos, e continuamos a considerar, esta composição criticável por três motivos: 1.º por não assegurar a pluralidade de origens propiciadora do máximo equilíbrio possível do sistema; 2.º por ser incongruente com o sistema de governo semipresidencial; 3.º por a designação parlamentar de juízes de carreira introduzir conotações político-partidárias na magistratura» (*Manual...*, cit., t. II, 3.ª ed. totalmente revista e actualizada, Coimbra, 1991, p. 407, nota 1).

de reconhecer os méritos da proposta, apontou-lhe os seguintes defeitos: estabelecia um modo de eleição dos juízes que punha em causa o prestígio e as funções do parlamento e dos deputados; limitava em demasia o acesso ao Tribunal; continha diversos preceitos deficientemente formulados, inúteis e até inconstitucionais; não aproveitava a oportunidade para atribuir ao TC outras funções (registo de partidos, contencioso eleitoral, fiscalização preventiva da constitucionalidade quanto a Macau). Depois, entrando mais a fundo, Jorge Miranda questionava diversos pontos da proposta, tais como: a não previsão de secções para a fiscalização concreta; os requisitos para ser juiz do TC; a proibição de recondução de juízes por mais de uma vez; a aparente admissibilidade do exercício de funções docentes remuneradas; a exigência de maioria qualificada para decidir no sentido da inconstitucionalidade; a exigência de fundamentação dos pedidos de fiscalização abstracta sem distinções entre a fiscalização preventiva e a fiscalização sucessiva; a imposição de custas; a fixação de requisitos de admissão ao «impropriamente chamado recurso de amparo»; a possibilidade de audição do autor da norma mesmo em fiscalização concreta. Curiosamente, algumas das críticas de Jorge Miranda seriam retomadas por Margarida Salema, deputada do PSD, que, juntamente com Marcelo Rebelo de Sousa, colaborara com Sá Carneiro na feitura de *Uma Constituição para os Anos 80*. O mesmo sucederia com os restantes deputados — Almeida Santos (PS), José Manuel Mendes (PCP), António Taborda (MDP/CDE), António Vitorino (UEDS), Vilhena de Carvalho (ASDI) e Odete Santos (PCP) limitaram-se a reproduzir, no essencial, as observações de Jorge Miranda. E mesmo deputados do PSD e do PPM, como Mário Raposo e António Moniz, não deixaram de duvidar de algumas das soluções propostas. Coube a Costa Andrade (PSD) e Marcelo Rebelo de Sousa fazerem a defesa da proposta governamental, tendo o ministro manifestado, uma vez mais, a total abertura do governo para a negociação e o diálogo¹⁷⁷. Submetida a votação, a proposta foi aprovada na generalidade, com os votos a favor do PSD, do CDS e do PPM, tendo votado contra o PCP, a ASDI, a UEDS, o MDP/CDE e a UDP. A abstenção do PS possuía, obviamente, um significado político: o Partido Socialista reservava-se para o debate na especialidade e para os eventuais compromissos que nele — ou fora dele — pudessem emergir.

O debate na especialidade foi confiado à Comissão Eventual para o Tribunal Constitucional, que, sob a presidência de Almeida Santos, tinha o difícil encargo de encontrar uma solução de consenso no apertadíssimo prazo de dez dias. Contando com a presença do ministro ou da subsecretária de Estado, o trabalho desta Comissão revestiu-se de uma natureza eminentemente técnica, situando-se à margem das prováveis negociações interparti-

¹⁷⁷ Cf. *Organização...*, cit., p. 223.

dárias que entretanto iam sendo realizadas. Centrando-se nos pontos mais polémicos da proposta, que já haviam sido identificados no debate na generalidade, a Comissão discutiu-os demoradamente, adoptando um ritmo mais acelerado para os aspectos menos controversos.

O resultado final diverge, em termos substanciais, da proposta inicialmente apresentada pelo governo. A eleição dos juízes pela Assembleia deixou de se fazer por lista completa, sem menção dos nomes dos candidatos (artigo 8.º e seguintes da proposta), passando a ser feita nome a nome, com identificação expressa dos candidatos (artigos 15.º e seguintes da Lei n.º 28/82). Aboliu-se a referência à idade como requisito de elegibilidade para juiz do TC (cf. artigo 7.º da proposta e artigo 13.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82). Aboliu-se o limite à possibilidade de recondução dos juízes (artigo 21.º, n.º 2, da proposta). Apenas as reclamações ficaram sujeitas a custas, estando isentos os recursos (artigo 84.º da Lei n.º 28/82). Desapareceu a exigência de quórum de nove juízes (cf. artigo 47.º, n.º 1, da proposta, e artigo 42.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82) e de maioria qualificada para decidir pela inconstitucionalidade (artigo 47.º, n.º 3, da proposta). O presidente passou a ter direito de voto. Desapareceu o requisito de admissibilidade dos recursos respeitante à violação de um direito fundamental do recorrente (artigo 89.º da proposta). Previu-se a existência de duas secções não especializadas (artigo 41.º da Lei n.º 28/82). Desapareceu a regra sobre audição do órgão autor da norma impugnada em fiscalização concreta (artigo 84.º da proposta). Atribuíram-se ao TC novas competências no âmbito do contencioso eleitoral, do registo de partidos e da extinção das organizações que perfilhem a ideologia fascista (artigos 8.º, 9.º e 10.º e seguintes da Lei n.º 28/82).

Ainda assim, parece exagerado dizer, como o fez Almeida Santos em declaração de voto, que «no princípio era o caos legislativo. No fim é uma boa lei. Eis um exemplo de como pode acabar bem o que começa mal»¹⁷⁸. Ou, para usar uma imagem geográfica de António Vitorino, que a distância entre a proposta de lei e o produto acabado era «superior à fossa de Mindanau»¹⁷⁹. Estas afirmações possuíam naturalmente objectivos políticos: por um lado, desvalorizar a proposta do governo não apenas num plano político, mas também num plano técnico-científico; por outro lado, enaltecer a competência técnica e a capacidade de diálogo da oposição e, ao mesmo tempo, como que «justificar» o voto favorável à proposta do governo. Mas, olhando as coisas à distância, é impossível não reconhecer que o parlamento só pôde aprovar a Lei do Tribunal Constitucional no curtíssimo prazo de que dispunha porque trabalhou sobre uma base muito sólida, onde os principais problemas de índole técnico-jurídica já tinham sido equacionados: a concepção global da lei, a sua arquitectura interna, a

ponderação das diversas alternativas oferecidas pelo direito comparado e, ao mesmo tempo, a preocupação de inserir a lei na tradição jurídica nacional, a articulação das diversas formas de controlo (prazos, efeitos das decisões, regime dos recursos, etc.), as regras sobre designação e estatuto dos juízes e, bem assim, sobre organização interna e funcionamento do Tribunal. Um juízo objectivo revela que a LTC pôde ser aprovada nos prazos fixados porque, no fundo, todas as partes fizeram o que lhes competia: o governo apresentou uma proposta de indiscutível qualidade técnica e mostrou-se aberto ao diálogo, a oposição criticou-a incisivamente, mas, com sentido de responsabilidade, soube propor alternativas credíveis, para as quais muito contribuíram os deputados Jorge Miranda e Luís Nunes de Almeida. No final, o texto de substituição da proposta de lei n.º 130/II, apresentado pela Comissão, acabaria por ser aprovado, com 148 votos a favor do PSD, do PS, do CDS, do PPM, da ASDI e da UEDS, 34 votos contra do PCP e da UDP e 2 abstenções do MDP/CDE¹⁸⁰.

Aprovada a LTC, havia agora que resolver dois problemas. Um, de natureza política, era o da eleição dos juízes pelo parlamento. Outro, de carácter organizatório, prendia-se com a necessidade de instalação do Tribunal e respectivos serviços de apoio. A resolução deste problema logístico não foi particularmente difícil: ainda em 1982, o Estado adquiriu o Palácio Ratton, no Bairro Alto, para onde, depois de efectuadas obras de adaptação e restauro, foram transferidos os funcionários, a biblioteca e os arquivos da Comissão Constitucional¹⁸¹. Mais atribulada foi, como seria de esperar, a eleição dos juízes pela Assembleia. Dos contactos então havidos entre as direcções partidárias ainda hoje pouco se sabe, mas o relato de Marcelo Rebelo de Sousa é, por si só, bastante elucidativo:

A negociação foi muito complexa, tendo decisões essenciais sido tomadas pelas lideranças partidárias, havendo dificuldades apreciáveis de aceitação por múltiplos convidados e tendo o governo de chamar a si a intervenção constitucionalmente pouco ortodoxa nos convites a juízes da área da AD. Tudo culminando em convite telefónico de ministro do PSD, em nome do grupo parlamentar do partido, a futuro juiz, então ausente de Lisboa, a escassas horas do termo do prazo de apresentação de candidaturas.

¹⁷⁹ Cf. *Organização...*, cit., p. 575.

¹⁸⁰ Cf. as declarações de voto dos deputados José Manuel Mendes, Jorge Miranda, António Vitorino, Narana Coissoró, António Moniz, Almeida Santos, Mário Tomé, António Taborda e Amândio de Azevedo in *Organização...*, cit., pp. 567 e segs.

¹⁸¹ Como determinava, aliás, a própria LTC, nos seus artigos 110.º e 111.º; para uma descrição sinóptica da sede do TC, v. *Tribunal Constitucional* (edição comemorativa do 10.º aniversário do Tribunal), Lisboa, 1993, pp. 41-45.

Também complexo seria o processo de cooptação, com dificuldades no consenso em termos do décimo terceiro nome e votações consecutivas até sua determinação, com o que então foi considerado uma concessão do bloco de direita¹⁸².

Isto demonstra, no fim de contas, que de nada valeu alterar a proposta do governo, passando a determinar-se que a eleição dos juízes se faria nome a nome (e não por lista fechada, sem indicação de nomes), em ordem a garantir a dignidade do parlamento e a liberdade de voto dos deputados. Com efeito, não houve qualquer apreciação dos candidatos por parte dos deputados, pois, como reconhece Marcelo Rebelo de Sousa, os nomes dos juízes foram previamente negociados pelas direcções partidárias — e pelo governo!

Eleitos os juízes pelo parlamento¹⁸³, havia que proceder à cooptação dos restantes três juízes, o que veio a revelar-se um processo moroso e extremamente difícil, que só terminou em 28 de Março de 1983¹⁸⁴. Nessa data ficou completa a constituição do Tribunal¹⁸⁵. Os juízes — *todos* os juízes — tomaram posse em 6 de Abril de 1983¹⁸⁶ e no mesmo dia eram eleitos o presidente e o vice-presidente do TC¹⁸⁷. Dias mais tarde, em 31 de Maio, o Tribunal proferia discretamente o seu primeiro acórdão.

¹⁸² Cf. Marcelo Rebelo de Sousa, «Legitimação...», cit., p. 225. Noutro escrito o mesmo autor observa o seguinte: «A primeira eleição parlamentar dos dez juízes constitucionais representou um mero contrato político até à minúcia das negociações entre partidos, e a cooptação dos três restantes juízes em 1983 demorou meses, retardando a entrada em funcionamento do Tribunal [...]» (*Orgânica Judicial...*, cit., p. 33.)

¹⁸³ Cf. a Resolução n.º 212/82, de 22 de Novembro, publicada no *Diário da República*, 1.ª série, de 2-12-1982. Os candidatos a juiz do TC eram: Jorge Campinos, Magalhães Godinho, Luís Nunes de Almeida e Monteiro Diniz (sendo Almeida Santos o primeiro subscritor das candidaturas); Vital Moreira, Gomes Canotilho e Jorge Leite (sendo Dias Lourenço o primeiro subscritor das candidaturas); Messias Bento, Marques Guedes e Raul Mateus (sendo Vítor Crespo o primeiro subscritor das candidaturas); Cardoso da Costa e Costa Aroso (sendo Américo de Sá o primeiro subscritor das candidaturas).

¹⁸⁴ Como assinala Marcelo Rebelo de Sousa, este facto não deixou de ser aproveitado pelos adversários da solução constitucionalmente adoptada para a designação dos juízes do TC como comprovação de algumas das suas teses acerca da partidarização e inoperância do órgão (*O Sistema de Governo...*, cit., p. 50, nota 82).

¹⁸⁵ Cf. a declaração in *Diário da República*, 2.ª série, 2.º suplemento, de 2-4-1983.

¹⁸⁶ Como se tratou da primeira composição do TC, a Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro, determinou que a posse de todos os juízes ocorreria simultaneamente, não obstante os juízes eleitos terem sido investidos por direito próprio na função de cooptarem os três restantes (cf. artigo 246.º, n.ºs 1 e 2, da Lei Constitucional n.º 1/82 e artigo 109.º, n.º 2, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro).

¹⁸⁷ Cf. a declaração in *Diário da República*, 2.ª série, de 14-4-1983.