



**José Augusto Silva Lopes e
Dora Resende Alves**

Sobre a fiscalização da constitucionalidade

Secção II

Varia *

* Os artigos presentes nesta secção não foram sujeitos a processo de revisão.

Sobre a fiscalização da constitucionalidade¹

José Augusto Silva LOPES**

Dora Resende ALVES**

RESUMO: O Estado de Direito, na sua evolução, veio criar mecanismos de interdependência entre os poderes clássicos. Assim surge a justiça constitucional que, no caso português, tal como a conhecemos hoje, se desenha com a criação em 1983 do Tribunal Constitucional. Diversos são os momentos e locais da fiscalização da constitucionalidade na Constituição da República Portuguesa.

SUMÁRIO: 1. Apresentação; 2. A fiscalização preventiva; 3. A fiscalização sucessiva; 4. A fiscalização sucessiva concreta; 5. A inconstitucionalidade por omissão; 6. Nota final.

1. Apresentação

Como breve apresentação, o objectivo presente é trocar algumas impressões sobre a fiscalização da constitucionalidade, conforme tema indicado para estudo na preparação para o exame de ingresso no Centro de Estudos Judiciários².

A justiça constitucional, criação resultante da evolução do Estado para estado social e democrático de direito, é exercida nos termos da Constituição da República Portuguesa (CRP) e da lei e compete ao Tribunal Constitucional e aos

¹ Conforme palestra proferida no XXVIII Curso de Preparação para o Exame de Admissão ao Centro de Estudos Judiciários de 2016 / 2017 na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, em Novembro de 2016.

** Advogado. Docente da Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Investigador do IJP.

** Doutora em Direito. Investigadora do IJP. Professora Auxiliar da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

² O tema constava do anterior Aviso n.º 1756-B/2016 publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 30 de 12 de Fevereiro de 2016, pp. 5128(9) a (17) com o Concurso de ingresso no curso de formação inicial de magistrados para os tribunais judiciais, depois acessível em <https://dre.pt/application/file/a/105726362>.

tribunais comuns³. A instituição do Tribunal Constitucional, realizada pela revisão constitucional de 1982⁴, traz um conjunto de modalidades de controlo judicial da constitucionalidade e de certas formas de ilegalidade⁵.

A fiscalização pode ser preventiva ou sucessiva e, aqui, os termos do direito costumam complicar. Mas era necessária, de facto, esta tarefa de determinar um critério para a identificação, acrescentando-se que, no que se refere à distinção, o que conta é o momento.

Se o diploma já foi publicado no Diário da República⁶, a fiscalização é sucessiva mas, se ocorrer antes dessa publicação é, então, preventiva. Mas por que será importante este critério? Porque pode-se fiscalizar sucessivamente uma determinada norma mesmo que ela não esteja em vigor e, portanto, podemos fazer um tipo de fiscalização sucessiva. Por essa razão, o critério é justamente o da publicação, porque a fiscalização preventiva ocorre sempre antes da promulgação do diploma que parte do Presidente da República. Em todo o caso, o critério, e bem, é o da publicação.

2. A fiscalização preventiva

³ Artigos da Parte IV, Título I, da CRP e Lei da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, Lei n.º 28/82 pelo artigo 224.º, n.º 1, da CRP.

Sobre a competência dos tribunais nos artigos 3.º, n.º 2, 221.º, 223.º, n.º 1, e 204.º da CRP e 6.º da Lei do Tribunal Constitucional.

⁴ Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro.

⁵ ANTÓNIO DE ARAÚJO e J. A. TELES PEREIRA, "A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica" in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2005, p. 16.

⁶ De mencionar o Diário da República n.º 240, 1.ª série de 16.12.2016, pp. 4728 a 4730, com o Decreto-Lei n.º 83/2016 de 16 de dezembro que estabelece como serviço público o acesso universal e gratuito ao *Diário da República*, nele incluídos todo o seu conteúdo e funcionalidades, fixando as condições da sua utilização, e procede à extinção do respetivo serviço de assinaturas e reafirma aspetos da lei de publicação, identificação e formulário dos diplomas portuguesa (Lei n.º 74/98 de 11 de Novembro, já alterada pelas: Lei n.º 2/2005 de 24 de Janeiro, Lei n.º 26/2006 de 30 de Junho, Lei n.º 42/2007 de 24 de Agosto e Lei n.º 43/2014 de 11 de julho). Tal como na União Europeia onde, desde 1 de julho de 2013, apenas a edição eletrónica do Jornal Oficial faz fé e produz efeitos jurídicos, nos termos do Regulamento (UE) n.º 216/2013 do Conselho de 4 de março de 2013, relativo à publicação eletrónica do *Jornal Oficial da União Europeia*. Determina que o Jornal Oficial é publicado sob forma eletrónica, nas línguas oficiais das instituições da União Europeia, JOUE L 69 de 13.03.2013, pp. 1 a 3 (Regulamento n.º 1 que estabelece o regime linguístico da Comunidade Económica Europeia, no JO 17 de 06.10.1958, pp. 385 e 386, rectificado no JO 34 de 29.05.1959, p. 630. Alterações pelos Regulamento (CE) n.º 920/2005 do Conselho de 13 de Junho de 2005, em que fixa já 21 línguas oficiais e de trabalho (JOUE L 156 de 18.06.2005, pp. 3 e 4) e Regulamento (CE) n.º 1791/2006 do Conselho de 20 de Novembro de 2006, JOUE L 363 de 20.12.2006, p. 1). Ver www.dre.pt.

As inconstitucionalidades não surgem, como muitas vezes os alunos julgam, quando estão a aprender o direito constitucional, por um acaso ou descuido. O que acontece é que o surgir de uma inconstitucionalidade é quase uma fatalidade de quem legisla porque, na realidade, acontece, embora se tente evitar. Quando surge a apresentação de um projecto ou de uma proposta de lei na Assembleia da República, previamente à marcação da discussão na generalidade, há sempre uma comissão que vai avaliar a proposta ou o projecto de lei, entre outras, quanto à redacção e português, quanto à própria aproximação à linguagem comum dos actos legislativos. Vai também realizar uma história de todo o diploma para, posteriormente, se ter a noção de qual é a evolução do pensamento do legislador e, de igual modo, verificar se, à luz da legislação já existente (sobre aquela matéria), aquela proposta, ou aquele projecto, clamorosamente viola a Constituição. Portanto, há sempre aqui já uma triagem inicial possível com a fiscalização preventiva⁷.

Porém, ainda assim, poderão ocorrer questões de complexidade acrescida, aquilo a que, a título pessoal, se costuma chamar de “*hardcore constitucional*” e, portanto, que determinam a existência de uma inconstitucionalidade, designadamente material, sempre a mais complexa.

Dito isto, quando um diploma é aprovado no órgão legislativo competente (se for na Assembleia é aprovado em plenário da Assembleia da República e posteriormente assinado pelo Presidente da Assembleia da República, nos termos do artigo 19.º, alínea e), do Regimento Interno da Assembleia da República⁸), é depois submetido a reflexão por parte do Presidente da República.

Desencadeado o processo, o Presidente da República tem oito dias (artigo 278.º, n.º 3, da CRP⁹) para decidir se promulga ou se desencadeia a fiscalização preventiva. Oito dias é um prazo muito curto, mas tem uma certa lógica comparando com o prazo que o Presidente da República também tem para poder vetar politicamente o acto. Esse prazo, se for para acto da Assembleia da República, é de vinte dias nos termos do número 1 do artigo 136.º da CRP. Então, o Presidente da República tem oito dias para desencadear a

⁷ Artigos 278.º, 279.º e 136.º, n.º 5, da CRP e 57.º a 61.º da Lei do Tribunal Constitucional.

⁸ O RAR – Regimento da Assembleia da República n.º 1/2007, *Diário da República* n.º 159, 1.ª série, págs. 5362 a 5398.

⁹ E artigo 57.º, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional

fiscalização preventiva. Este prazo é contabilizado em simultâneo com os vinte dias para o veto político. Ora, se o Presidente da República desencadear ao 5.º dia a fiscalização preventiva, ou seja, a faltarem três dias para o final do prazo, este acto tem um efeito interruptivo desse mesmo prazo¹⁰. Para recordar, há a supressão e a interrupção dos prazos, e este é interruptivo. Assim, caso a apreciação do Tribunal Constitucional venha a declarar a não inconstitucionalidade da norma ou das normas, cuja apreciação o Presidente da República solicitou, o prazo de vinte dias renasce. Por isso é que, lendo o artigo 136.º da CRP, diz que são vinte dias a contar da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade da norma, logo esses 20 dias renascem.

Os oito dias são importantes e são ao mesmo tempo uma inovação, ou seja, não existiam logo no texto de criação da Constituição e são o resultado de uma experiência histórica. Quando foi Presidente da República o *General Ramalho Eanes*, pela sua acção, aplicou um terceiro tipo de veto. Já, na altura, existia o veto político e o veto jurídico mas, por essa altura, surgiu também o veto *de bolso* (*pocket veto*)¹¹, ou o veto *de gaveta* (metia na gaveta e enquanto não fosse promulgado funcionava a inexistência jurídica do acto, pelo artigo 137.º da CRP) e, na prática, havia esse *tertius genus* de veto que, obviamente, não era consentido em termos éticos¹² e, portanto, a Constituição veio, justamente, de encontro a uma dimensão ética da comunidade e, nesse sentido, a revisão de 1982 inseriu esse prazo¹³.

O Presidente da República desencadeia a fiscalização preventiva, dirigindo ao presidente do Tribunal Constitucional um requerimento¹⁴, onde alega que no seu entendimento, quais são as normas daquele diploma que são, para

¹⁰ “II - Com a interrupção o tempo decorrido até à causa interruptiva fica inutilizado, depois começa a correr novo prazo (n.º 5, alínea a), desse artigo e artigo 326.º, n.º 1, do Código Civil).”, Acórdão da Relação de Lisboa (JOSÉ AUGUSTO RAMOS), de 17 de Dezembro de 2008, Proc. 10962/2008-1, in www.dgsi.pt.

¹¹ Por veto de bolso deve entender aquele em que “nenhuma ação positiva se faz necessária, apenas não dar-lhe continuidade”, ERNESTO RODRIGUES, *O Veto no Direito Comparado*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, pág. 79.

¹² O silêncio presidencial (“veto tácito” ou *pocket veto*) é considerado ilegítimo.

J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*. Vol. II, 2010, p. 203.

¹³ Aliás, a revisão de 1982 introduziu um prazo de cinco dias, depois alterado para oito na revisão de 1989. Ver Lei Constitucional n.º 1/82 de 30 de Setembro (DR n.º 227) e Lei Constitucional n.º 1/89 de 8 de Julho.

¹⁴ Artigo 51.º, n.º 1, 1.ª parte, da Lei do Tribunal Constitucional.

ele, inconstitucionais¹⁵. Deste modo, compulsado todo o diploma, entende, por exemplo, que a norma constante, na alínea a), número 1 do artigo 2.º do decreto número X, padece ser uma inconstitucionalidade de violação por artigo 13.º da CRP (princípio da igualdade), ou padece uma inconstitucionalidade por violação do estado de direito, entre outros.

Duas notas: o que o Presidente da República pedir para apreciação é vinculativo para o Tribunal Constitucional, isto é, o Tribunal Constitucional só pode apreciar aquilo que o Presidente da República indicar (o Presidente da República delimita o objecto da apreciação, é o princípio do pedido)¹⁶; todavia, o Tribunal Constitucional não está restrito apenas, e tão só, aos fundamentos de inconstitucionalidade que o Presidente da República enuncia, isto é, ele pode dizer que entende que viola o princípio da igualdade e, o Tribunal Constitucional pronunciar-se pela inconstitucionalidade daquela norma, mas por violação do princípio da proporcionalidade. No seguimento do ditame latino *iura novit curia*, a indicação de direito não vincula o julgador¹⁷. E o Presidente da República pode até desistir do seu pedido¹⁸.

Há aqui prazos muito curtos¹⁹. Evidentemente que, quando isto acontece, há o contraditório, isto é, o órgão que produziu o diploma é ouvido e tem o prazo de dois ou três dias para se pronunciar²⁰. Quase sempre oferecem o merecimento dos autos e, depois, o Tribunal pronuncia-se²¹.

O Tribunal pronuncia-se: ou pela inconstitucionalidade ou pela não inconstitucionalidade²²⁻²³. Há aqui supostamente um erro gramatical de dupla

¹⁵ Artigo 51.º, n.º 1, 2.ª parte, da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁶ Artigo 51.º, n.º 5, da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁷ Artigo 51.º, n.º 5, 2.ª parte, da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁸ Artigo 53.º da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁹ Artigos 52.º, 56.º e 60.º da Lei do Tribunal Constitucional.

²⁰ Artigo 54.º da Lei do Tribunal Constitucional.

²¹ Artigo 61.º da Lei do Tribunal Constitucional.

²² Muitos serão os exemplos, mas indicando um, no Acórdão n.º 770/2014, Processo n.º 485/2013 da 2.ª Secção, do Tribunal Constitucional, no Diário da República, 2.ª série, n.º 26 de 6 de Fevereiro de 2015, p. 3602. O Tribunal Constitucional decide não julgar inconstitucional a norma extraída da conjugação do disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 824.º do Código de Processo Civil, na parte em que permite a penhora até 1/3 de prestações periódicas (limites à penhorabilidade de pensões ou prestações sociais).

²³ O Tribunal Constitucional está impedido, nesta sede, de proferir *sentenças manipulativas*, ou seja, aquelas que acoplam ao juízo de inconstitucionalidade ou de não inconstitucionalidade, formulações sobre a semântica e sobre os efeitos do segmento normativo que é cuidado em sede de apreciação preventiva, mesmo para aqueles que defendem em outros registos de fiscalização. Neste sentido, VITALINO CANAS. *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*. Lisboa, 1994, pág. 39.

negativa: *não* inconstitucional. Mas é um suposto *erro gramatical* pretendido, porque se o Tribunal Constitucional declarasse que o diploma era constitucional, então, estaria irremediavelmente afastada qualquer possibilidade de fiscalizar sucessivamente o mesmo diploma: se o Tribunal Constitucional já tinha decidido, por que havia de ser de maneira diferente mais tarde? É por essa razão que ele declara como não inconstitucional.

Atenta aqui o Tribunal Constitucional a uma coisa importantíssima, aquilo a que se chama o *sal e a pimenta da vida* ou, para usar uma expressão de *Figueiredo Dias*: “um pedaço da vida”, a que podemos acrescentar “um pedaço de vida cru”, pois, de facto, a vida traz dimensões e colorações totalmente diferentes à aplicação das normas, por vezes não equacionadas pelo legislador. Muitas vezes, elas só foram pensadas num determinado sentido e a comunidade (todos nós), propende a aplicá-la em sentido ligeiramente inflectido ou ligeiramente diferente, e, por essa razão, e num quadro de honestidade intelectual, quando o Tribunal Constitucional se pronuncia pela não inconstitucionalidade como que diz: “*tanto quanto nos parece, tanto quanto conseguimos vislumbrar para a aplicação destas normas neste momento, parece-nos que não viola a Constituição*”, mas não pode garantir que, depois, uma aplicação prática do direito não se identifique justamente essa inconstitucionalidade. Por essa razão, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela não inconstitucionalidade.

Outro caso, ligeiramente diferente, é o dos referendos, porque são actos imediatamente realizados. Evidentemente que o referendo é instantâneo, portanto, o Tribunal Constitucional é obrigado (e é sempre obrigado nos termos do n.º 8 do artigo 115.º da CRP²⁴) a pronunciar-se previamente. O Presidente da República submete obrigatoriamente à fiscalização preventiva todas as propostas de referendo e o Tribunal Constitucional pronuncia-se sempre ou pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade²⁵.

Ainda, o Tribunal Constitucional pronunciou-se quanto à possibilidade de referendo relativamente à questão da adopção por homossexuais, e a declarou inconstitucional. Esta decisão teria de ser política e tem que partir do órgão

²⁴ Daí que seja dispensável a fundamentação do pedido de fiscalização.

²⁵ V.g. Acórdão n.º 617/2006 do Tribunal Constitucional, de 15 de Novembro de 2006, *Diário da República* – I Série, n.º 223, 1.º suplemento, de 20 Novembro 2006.

legitimamente eleito pelos cidadãos. Também por essa razão declarou a inconstitucionalidade²⁶. Mas se entendesse que não havia inconstitucionalidade, nesse caso, diria que era constitucional porque a partir daí não há mais hipóteses de fiscalizar sucessivamente essa mesma realidade²⁷. O referendo é feito e extingue-se.

A partir do momento em que o Tribunal Constitucional se pronuncia pela não inconstitucionalidade há outros efeitos a saber.

Um, obrigatório, é o veto do Presidente da República²⁸. Quando o Tribunal Constitucional se pronuncia pela inconstitucionalidade, o Presidente da República deve vetar o diploma e o mesmo é devolvido ao órgão que o aprovou, independentemente de ser o Governo ou da Assembleia da República²⁹. Isto é importante porque o resultado será diferente consoante o órgão em causa. O veto político do Presidente da República relativamente a um decreto do Governo é definitivo e absoluto (o diploma não produz mais efeitos).

Qual é o prazo para vetar? Será que nos poderemos socorrer de algum prazo ínsito na Constituição, uma vez que esta, de facto, não o especifica para esta situação? Na angústia que o então Presidente da República, *General Ramalho Eanes*, provocava a todos os doutrinadores do Direito Constitucional, houve quem tentasse fazer aqui o paralelismo, por analogia com o artigo 136.º da CRP, mas, sinceramente, não cremos que haja a procedência de motivos para o efeito. Na verdade, só se pode lançar mão da analogia quando razões práticas equivalentes procedem e, aqui, não procedem. Falamos de momentos diversos, com conotações e significâncias totalmente diversas e, portanto, entendemos que não se pode fazer qualquer tipo de analogia.

O prazo é, porém, entendemos, muito simples. É imediatamente³⁰⁻³¹, logo que possível, com *eyes wide shut* (de olhos bem fechados). Porquê? Porque a

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 176/2014, DR – I Série, n.º 44, de 4 de Março de 2014.

²⁷ No mesmo sentido, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, vol. VI, Coimbra, 2005, pág. 275. Em sentido contrário, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo II, O Direito do Contencioso Constitucional, 2.ª edição, Lisboa, 2011, pág. 116.

²⁸ Com a consequente proibição de promulgar (artigo 279.º, n.º 2, da CRP).

²⁹ Estamos por agora a deixar de lado o caso dos decretos legislativos regionais provenientes das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas (conferir artigos 112.º, n.º 1 e 4, 227.º, n.º 1, e 233.º da CRP).

³⁰ CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, págs. 77 e 78.

³¹ “(...) num prazo razoável, correspondente, no máximo, ao decurso do tempo até à publicação da decisão do Tribunal.”, JORGE MIRANDA *Manual de Direito Constitucional*, vol. VI, Coimbra, 2014, pág. 318.

Constituição retirou todo e qualquer protagonismo na avaliação da inconstitucionalidade por parte do Presidente da República. A única coisa que o Presidente da República terá de fazer é remeter as suas dúvidas ao Tribunal Constitucional. Temos aqui um sistema de fiscalização concentrada do Tribunal Constitucional (o chamado sistema austríaco) e, portanto, fez-se *all in one* (expressão do jogo de *poker*) no Tribunal Constitucional. Conferiu-se-lhe toda essa competência nesta vertente da fiscalização. Pode acontecer, por exemplo, o Presidente da República estar no estrangeiro³², por isso o “logo que possível” deve ser entendido com adequação às circunstâncias. E basta ao Presidente da República remeter para os fundamentos do Tribunal Constitucional o vetar juridicamente com fundamentos expressos na decisão do Tribunal Constitucional³³. Quando possível é só isto!

Há, então, duas situações.

Ou foi o Governo que elaborou o diploma ou foi a Assembleia da República que fez o diploma. Mas, note-se que, curiosamente, chamamos a ambos os diplomas *decretos*, porque decreto é a forma que assume o acto depois de aprovado e antes de ser promulgado³⁴ e, como ainda não foi promulgado o nome coincide. O acto de promulgação, tem esta virtualidade jurídica, de transmutar o nome do ato. Depois, passará a ser lei se for da

³² Só em casos extremos é que um Presidente da República ou um Chefe de Estado deve praticar um acto de Estado quando se encontra no estrangeiro. Só em casos, por exemplo, como aconteceu para Espanha, em que o Rei *D. Juan Carlos*, no estrangeiro, foi à sua embaixada, e aí (solo nacional) fez a requisição civil de todos os enfermeiros, porque estava fora, tinha de assinar um decreto de requisição civil e não havia margem para esperar que regressasse a Espanha para a poder assinar, sendo remetido pelo correio pelo País onde ele estava. No entanto, não se deve tratar de questões domésticas de Estado no estrangeiro. Ver, na nossa CRP, o artigo 129.º.

³³ Com efeito, defendemos que ao Presidente da República foi-lhe retirada qualquer intervenção, ainda que meramente aditiva ou complementar, relativamente aos fundamentos do veto. Este corresponde ao da pronúncia do Tribunal Constitucional.

³⁴ *Vide* artigo 159.º do RAR).

Assembleia da República, ou decreto-lei se for do Governo³⁵. Portanto, o decreto é vetado e remetido³⁶ ao órgão que o aprovou (artigo 279.º, n.º 1, da CRP).

Começando pela situação de ser do Governo. Se for do Governo, ele tem duas hipóteses. Ou desiste³⁷ do diploma ou expurga.

Quanto à desistência, nada de mais natural que possa acontecer; se aquele objectivo político esbarra na Constituição, é melhor pensar, ponderar melhor, arranjar outras alternativas para atingir, porventura, o mesmo objectivo mas por outra via jurídica³⁸.

Quanto ao expurgar, isto é, retirar-se a parte que está inconstitucional³⁹, a parte que o Tribunal Constitucional assinalou, e voltar a devolver⁴⁰ o acto ao Presidente da República numa *nova* apresentação.

Caso o Governo entenda que a melhor forma de expurgar a inconstitucionalidade assinalada passa por alterar outras normas e acrescentar novas, assim o faça. Ou ainda, e tomando em consideração que os actos normativos, neste caso, actos legislativos, têm, necessariamente, uma sistematização, esta purga pode ter desarticulado as restantes normas (ou parte delas) do diploma no seu conjunto. O diploma pode conter normas que, porventura, estavam escoradas precisamente naquelas que foram bulidas e que agora o Governo alterou. Com esta eventual desarticulação, elas próprias poderão tornar-se inconstitucionais. Por esta mesma razão, a Constituição vê a *re-apresentação* do diploma como um *novo* diploma e permite que o Presidente da República desencadeie novamente a fiscalização preventiva (artigo 279.º, n.º

³⁵ “(...) no direito constitucional português «decreto» tanto é um acto de um órgão do poder executivo, nomeadamente Presidente da República, ou Governo, ou Conselho de Revolução. Agora, como é no outro sentido que vem das nossas Constituições do século XIX, o nome que é dado aos actos parlamentares, na fase que decorre entre a aprovação definitiva nas Assembleias e a sua promulgação pelo Presidente da República (...) tratando-se de decreto da Assembleia dos Deputados, queremos precisamente dizer isso: é um projecto de lei que já foi aprovado mas que ainda não foi promulgado. É este o sentido tradicional n direito constitucional português”, JORGE MIRANDA (PPD), *Diário da Assembleia Constituinte*, de 2 de Junho de 1975 a 2 de Abril de 1976, Volume IV, Lisboa, Assembleia da República, 1995, pág. 3828.

³⁶ Note-se que a Constituição não assinala qualquer prazo para este envio.

³⁷ Note-se que a desistência não obstaculiza a possibilidade de o órgão em causa aprovar novo diploma sobre a mesma temática.

³⁸ A desistência determinará a impossibilidade de o Presidente da República poder promulgar o acto, o que, por sua vez, implica a inexistência do mesmo (artigo 137.º da CRP).

³⁹ A expurgação poderá consistir unicamente na eliminação da parte inconstitucional constante da pronúncia do Tribunal Constitucional ou traduzir-se numa reformulação do texto do diploma a conceder-lhe uma compactação lógico-sistemática, que inclusive poderá passar pela introdução de novas normas (cfr. artigo 162.º do RAR).

⁴⁰ Também aqui a Constituição não assinala qualquer prazo para esta devolução.

2, 1.^a parte, e n.º 3, da CRP)⁴¹ ⁴². Em princípio, quase sempre a reformulação é feita em conformidade, mas podia acontecer esta hipótese e o legislador constituinte, cauteloso, assim decidiu, e decidiu muito bem.

Portanto, o Governo só pode fazer estas duas coisas. Já a Assembleia da República pode fazer três, a expor.

Pode fazer as mesmas duas já faladas para o Governo, uma delas, desistir do diploma. E é muito mais razoável que seja a própria Assembleia a desistir, porque muitas das vezes o diploma em causa necessita de uma maioria para aprovação, até absoluta⁴³, e recorrentemente ocorre que nenhum partido tem maioria absoluta e também não há coligações, pelo que lhe é necessária uma negociação árdua. Ora, se depois se verifica uma inconstitucionalidade quase que se consegue ouvir o que não se diz: *“Este diploma foi negociado, foi feito com preocupações específicas e cirurgicamente logrou-se o consenso necessário e, agora, é inconstitucional? É melhor desistir porque nesta alteração não vamos conseguir o consenso que necessitamos”*.

A Assembleia da República pode alterar o diploma, que é o mais razoável e o mais comum. Note-se, que as alterações precisam de ser aprovadas pela mesma maioria que a Constituição determinar para a aprovação do diploma na primeira versão, pois trata-se de um novo diploma, por essa razão, muitas das vezes a Assembleia desiste quando as inconstitucionalidades encontradas são inibidoras de potenciar novo consenso parlamentar. Mas pode também seguir uma terceira via.

Todavia, o diploma poderá confirmado *in totum* pela Assembleia da República⁴⁴ sem o reformular. Ou seja, o Tribunal Constitucional dissera:

⁴¹ Caso ocorra nova inconstitucionalidade, por motivos diversos ou mesmo os mesmos, o processo do veto jurídico repete-se na íntegra tal como o previsto no artigo 279.º e artigos 51.º e seguintes da LTC.

⁴² Justamente por ocorrer uma apresentação de um novo diploma, o Presidente da República passa a deter novo prazo para o veto político, a que alude o artigo 136.º da CRP. Com efeito, o preceito em causa apenas se refere que a contagem do prazo ocorre por referência à recepção, não especificando alguma em particular, pelo que entendemos que é de aplicar o brocardo latino *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

⁴³ Por exemplo, no caso da tramitação das leis orgânicas ou outros casos específicos, artigos 166.º, n.º 2, e 168.º, n.º 5 e 6, da CRP.

⁴⁴ Só a Assembleia da República poderá usar desta faculdade, o mesmo não ocorrendo com as Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas, na medida em que o legislador constituinte usou deliberadamente Deputados com letra maiúscula. Ora, a CRP ao referir-se aos deputados das Assembleias Legislativas das Regiões Autónomas refere-se sempre com letra minúscula (*cf.* artigos 133.º, alínea b), 166.º, alínea b), 164.º, alínea j), 226.º, n.ºs 1 e 4, 227.º, alínea e), 234.º, n.º 3 e 281.º, alínea g)), e devemos interpretar as normas reconstituindo a partir do texto

“inconstitucional”⁴⁵. O Presidente da República vetara, devolvera à Assembleia e a Assembleia diz então: *“Muito bem, mas nós ainda assim queremos que ele seja publicado e entre em vigor exactamente como está, e se é inconstitucional, nós confirmamos”*. Tem de o confirmar por uma maioria de $\frac{2}{3}$ dos Deputados presentes, e desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (artigo 279.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP).

Pode parecer um pouco estranho a Assembleia poder confirmar as inconstitucionalidades, mas a justificação jurídica *actual*⁴⁶ é simples. Quem é que faz a Constituição? Quem é que altera a Constituição? É a Assembleia da República que tem poder de revisão e, portanto, se quisermos é uma espécie de revisão *ad hoc*, como que subterrânea, não explícita, e sem tocar no texto, porque o texto constitucional mantém-se exactamente igual, então o que a Assembleia vem dizer é que: *“não obstante essa inconstitucionalidade, nós, que até temos o poder constituinte derivado, e se quiséssemos alterar a Constituição, alterávamos. Fazíamos aprovar este acto e já deixaria de haver inconstitucionalidade e, portanto, se assim é, se nós temos esse poder, nós manifestamos justamente essa autoridade que efectivamente temos”*.

Imaginemos agora que o diploma foi aprovado pela maioria de $\frac{2}{3}$ dos Deputados presentes, correspondente a um número superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (artigo 279.º, n.º 2, 2.ª parte, da CRP). A Assembleia depois de confirmar o diploma, o mesmo segue⁴⁷ para o Presidente da República, e aqui Constituição é silenciosa. Há aqui manifestamente uma lacuna voluntária porque esta lacuna voluntária pretendeu fazer do Presidente da República um *“árbitro”*. Deste modo, temos o Presidente da República como detentor de um *“poder arbitral”* desta questiúncula. Repare-se, porque isto é muito interessante, de um lado temos a Assembleia da

o pensamento legislativo e devemos presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados (artigo 9.º do Código Civil). No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, 1993, págs. 1008 e 1009, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, págs. 94 e 95; contra, JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 269 e segs., FERNANDO ALVES CORREIA, *Direito Constitucional, A Justiça Constitucional*, Coimbra, 2001, pág. 92.

⁴⁵ Esta decisão irá relevar nos termos do artigo 280.º, n.º 5, da CRP e artigo 70.º, n.º 1, alínea g), da LTC.

⁴⁶ Esta é a interpretação objectiva actualista, pois não se ignora que, segundo uma interpretação subjectiva histórica, a norma em causa visou dirimir, até 1982, o jogo de forças político entre a Assembleia da República e o Conselho da Revolução.

⁴⁷ Note-se que a Constituição não assinala qualquer prazo para este envio.

República ou órgão de soberania (artigo 110.º da CRP), do outro lado temos o Tribunal Constitucional, também um órgão de soberania (de entre os tribunais, artigos 209.º, n.º 1, 202.º e também artigo 110.º) e, no meio, o “árbitro”, que é também outro órgão de soberania (sempre artigo 110.º).

Portanto, temos aqui três órgãos de soberania, sendo certo que um deles (Assembleia) é o órgão de soberania que representa todos os cidadãos portugueses, com uma legitimidade democrática directa (artigos 147.º e 113.º, n.º 1, da CRP). Do outro lado, temos o Tribunal Constitucional em que justamente a Constituição fez o tal *all in* preventivo (artigo 221.º da CRP) e, depois, temos o Presidente da República que também tem legitimidade democrática directa (artigo 121.º da CRP). E o Presidente da República vai decidir se propende para a decisão da Assembleia da República, ou se propende para a decisão do Tribunal Constitucional. Bem, aqui, evidentemente que não há arbitrariedade, mas sim discricionariedade.

Considera-se adequado que o Presidente da República decida⁴⁸, quase sempre (por cautela jurídica), desta forma: se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela verificação de uma *inconstitucionalidade material*, deverá o Presidente da República vetar sempre o acto, sem dúvidas de qualquer espécie. Se a *inconstitucionalidade* for *orgânica*, isto é, quem aprovou o acto é um órgão sem competência para o efeito, deverá o acto também ser vetado.

Já em caso de *inconstitucionalidade formal* dependerá da formalidade em questão, com este exemplo: supondo uma situação que aconteceu há relativamente pouco tempo e que foi corrigida a tempo, mas que podia ter avançado. Na votação da última lei de orçamento para 2015 (artigo 106.º da CRP), houve um Deputado de um partido que declarou que ia votar contra. Trata-se de um Deputado com anteriores processos disciplinares, porque numa matéria em que havia sido determinada a disciplina de voto partidária quebrara essa mesma disciplina de voto. Ora, no momento da votação a Presidente da Assembleia da República disse o resultado da votação em relação ao diploma em causa: “Foi aprovado com os votos a favor do PSD e CDS e votos contra PS e todas as outras em oposição.”, dando por encerrada a votação. E, afinal, resultou daquela declaração de cotação que o Deputado em questão votara a

⁴⁸ Numa visão quase pretoriana, muito ao jeito do que acontecia com o preceito que julgamos ter sido a referência da norma em causa: da Constituição da República do Brasil de 1937.

favor, quando no dia anterior tinha dito que ia votar contra. Porém, depois de alertada, a Presidente da Assembleia corrigiu e referiu que houve a abstenção do tal Senhor Deputado. Mais uma vez alertada, voltou a corrigir outra vez e disse: “*não, afinal houve um voto contra*”. Isto é, a votação poderia ter sido dada por encerrada com desconformidades mas, neste caso, foi possível uma correcção em tempo útil.

E vamos agora supor uma situação em que ninguém tinha alertado a Presidente da Assembleia da República e afinal o Deputado tinha votado contra e não foi contabilizado dessa maneira esse voto. E vamos imaginar que esse voto contra tinha sido decisivo, ou melhor, seria decisivo se contabilizado, mas como não se aperceberam o acto foi considerado válido, ou seja, bem aprovado e, portanto, remetido ao Senhor Presidente da República quando depois se constatou que, na realidade, devia ter sido considerado, não aprovado. Portanto, haveria aqui uma preterição de formalidade que é a verificação da maioria adequada ao diploma em votação.

Se o Tribunal Constitucional declarar inconstitucionalidade, justamente formal por violação da maioria exigida, o acto é devolvido à Assembleia (e vamos imaginar que era apenas necessária uma maioria simples) e, agora, na confirmação, os outros Deputados foram, entretanto, convencidos e votam a favor, ou seja, $\frac{2}{3}$ dos presentes (que corresponde agora a um número superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções). Em preterição daquela formalidade, que só exigia um regime de maioria simples. Portanto e apesar de não ter ocorrido, bastavam 110 votos a favor, 70 votos contra e o resto em possível abstenção (visto o artigo 148.º da CRP) para a primeira votação, é agora re-aprovada por maioria de pelo menos 117 Deputados. Com efeito, e analisado o que diz o n.º 2 do artigo 279.º da CRP: “*desde que superior à maioria absoluta*” obriga à aprovação por pelo menos 117 Deputados. Se a maioria absoluta é $115 + 1$. Como 116 não é superior, então, tem de ser 117 no mínimo. Assim teríamos 117 Deputados a dizer: “*Concordamos com o diploma*” (quando à partida só precisávamos de 110 ou menos, imagine-se). Não faz sentido, agora, o Presidente da República, só por esta questão tão diminuta e já sanada, vetar o diploma e obrigar à repetição *ex novo* de todos os procedimentos, quando, seguramente, o resultado vai ser a aprovação do mesmo. O que se quer

evidenciar é que, caso fosse uma questão formal destas, não se vê qualquer problema na promulgação, mesmo após declaração de inconstitucionalidade.

Parte da doutrina, chama a este procedimento (quando o Presidente da República concorda com o Tribunal Constitucional) converter o veto em definitivo. É o que acontece na prática, o Presidente da República converte o veto definitivo.

Do ponto de vista teórico, podemos entender que não há uma conversão do veto – porque esse é o acto que só resulta do Presidente da República quando recebe o diploma directamente do Tribunal Constitucional –, e como aqui o Presidente da República recebe o diploma directamente da Assembleia da República, o que há é a não promulgação do diploma e que determina a inexistência jurídica por via do artigo 137.º da CRP. Na prática, o resultado é o mesmo, ou seja, o diploma «*fica por ali*»⁴⁹.

Até agora falámos de actos comuns, as leis ordinárias comuns, mas há ainda as leis ordinárias de valor reforçado, com a excepção das leis orgânicas⁵⁰, porque estas últimas têm um formalismo diferente porque, a par das leis estatutárias (leis que aprovam os estatutos político administrativos das regiões autónomas, artigos 161.º, alínea b), e 226.º da CRP), são as segundas leis mais importantes do Estado, ou seja, estão logo a seguir à Constituição: são leis ordinárias de valor reforçado de alcance geral, que se impõe a todos e demais actos legislativos do Estado. E, por essa razão o artigo 278.º, nos seus números 4, 5, 6 e 7, da CRP, estabelece um regime ligeiramente diferente.

Abre-se aqui uma distinção da Constituição para as leis orgânicas, conforme é mais adequado e muito importante na prática, só por uma razão. Houve um caso, em 2001, que transpareceu a ignorância, não só dos operadores políticos em Portugal, mas também dos meios de comunicação e conta-se muito simplesmente assim: a famosa lei da programação militar de 2001⁵¹ – como lei orgânica, para ser aprovada, precisa de ser votada por maioria absoluta, ou seja, 116 Deputados⁵². Dá-se o caso em que as câmaras de televisão estavam ligadas

⁴⁹ Não se trata de defender o uso do famigerado *veto de bolso*, trata-se sim de comunicar à Assembleia da República que não se promulgará o diploma por uso do poder arbitral. Note-se que o Presidente da República tem o poder de efectuar comunicações à Assembleia da República e pode perfeitamente usar desse poder neste caso concreto.

⁵⁰ Artigo 166.º, n.º 2, da CRP.

⁵¹ Lei Orgânica 5/2001 de 14 de Novembro que aprova a Lei de Programação Militar.

⁵² Artigo 168.º, n.º 5, da CRP.

e no dia da votação tinham assento na Assembleia pouco mais do que 70 Deputados e, sendo certo que 70 Deputados nunca serão 116, e, a agravar, nem todos votaram a favor. Em todo o caso, o diploma foi dado como aprovado por uma maioria absoluta, como é necessário.

Esse facto chamou a atenção dos *media*, foi notícia de abertura dos noticiários e deu azo a diversos debates de opiniões, aliás, todas muito interessantes de ouvir, quanto mais não fosse para colocar a descoberto alguma insuficiência no domínio do conhecimento da Constituição. Estaria em causa um acordo de cavalheiros, mas um costume constitucional *contra legem*⁵³. Pois em conferência de líderes⁵⁴ quando se agendou a discussão e votação do projecto-lei em causa acordou-se que a votação seria «*por grupo parlamentar*». E que significava o quê? Significava que, se dez ou quinze Deputados daquele grupo de parlamentares votassem a favor, entendia-se que todo o grupo parlamentar em causa votava a favor. E terá sido isso que aconteceu. E mais: que num caso desses, nunca se pediria a revisão da contagem de votos a não ser que houvesse um requerimento à Mesa para o fazer⁵⁵, mas como os líderes já tinham acordado nessa linha, ninguém chegaria a esse ponto e assim foi exactamente isso que aconteceu.

Na altura, era Primeiro-ministro *António Guterres*, que disse: “*Isso é uma questão de Parlamento e, portanto, o Governo não se vai imiscuir nos assuntos do Parlamento. Como tal, nada tem a ver connosco.*” Evidentemente, que o Primeiro-ministro não tinha razão naquilo que disse, porquê? Porque a Constituição atribui-lhe também o direito, quando estão em causa leis orgânicas, de desencadear a fiscalização preventiva. E o direito mesmo teria o PSD, cujo líder – *Durão Barroso* – tentou tirar dividendos políticos da situação, dado que na altura tinha mais de $\frac{1}{5}$ dos Deputados à Assembleia da República para o fazer também. Isto porquê? Nos termos do n.º 5, o Presidente da Assembleia da República, na data em que envia ao Presidente da República o decreto, envia também para os grupos parlamentares e para o Primeiro-Ministro. No Parlamento, se uma força partidária tiver $\frac{1}{5}$ dos Deputados, poderá *per se*

⁵³ Quem defendia o efeito jurídico do costume *contra legem* era MARCELO REBELO DE SOUSA e teve aqui um caso que favoreceu tal tese, *Direito Constitucional*, Policopiado, Faculdade de Direito, 1979, pág. 48.

⁵⁴ Artigo 94.º, n.º 3, do RAR.

⁵⁵ Artigo 98.º, n.º 4, do RAR.

desencadear o processo (n.º 4 do preceito em causa)⁵⁶. Nada impede que o quórum exigido seja formado por associação adrede de Deputados. Mas o Primeiro-Ministro pode, por si só, desencadear a fiscalização preventiva. O Presidente da República, *Jorge Sampaio*, resolveu a questão, alegando justamente a palavra dada num *gentlemen agreement* e promulgou⁵⁷.

Evidentemente que promulgou após ter decorrido o prazo do oito dias. Porquê? Se a Constituição atribuiu o mesmo poder a outras entidades, não fazia sentido que ele pudesse promulgar, imagine-se, ao fim de dois dias, visto que retirava o efeito útil que a Constituição atribui às outras entidades (artigo 278.º, n.º 6, da CRP).

Assim, se o Primeiro-Ministro ou $\frac{1}{5}$ dos Deputados desencadear a fiscalização preventiva, o Presidente da República não pode desistir da mesma⁵⁸, uma vez que estamos ao nível das leis orgânicas⁵⁹. Quanto ao resto, ele pode desistir, daí que, nos termos do n.º 7, sem prejuízo do disposto n.º 1, pretende significar o seguinte: “*Se estivermos a falar de dados do n.º 1, o Presidente da República pode desistir. Dos outros, ou seja, o que estão referidos no n.º 4, isto é, as leis orgânicas, já não pode desistir.*”

3. A fiscalização sucessiva

Falando agora da fiscalização sucessiva⁶⁰.

A fiscalização sucessiva, como se disse há pouco, é uma fiscalização que ocorre depois da publicação, o que significa que podemos desencadear uma fiscalização sucessiva imediatamente a seguir à publicação do acto no Diário da República⁶¹, independentemente da entrada em vigor do diploma. Mas, durante este período de *vocatio legis*, só pode ocorrer fiscalização sucessiva abstracta porque a concreta necessita de um caso em Tribunal e, se as normas não estão

⁵⁶ Por uma questão de lógica cronológica, o texto do n.º 4 do artigo 278.º da CRP devia ser o do n.º 5 e vice-versa.

⁵⁷ Em <http://jorgesampaio.arquivo.presidencia.pt/pt/noticias/noticias/doc-672.html>.

⁵⁸ Apesar do que dispõe o artigo 53.º da LTC, que deve ser interpretada conjugadamente com o artigo 278.º, n.º 7, da CRP.

⁵⁹ Entendemos que esta impossibilidade ocorre inclusive quando é o próprio Presidente da República a desencadear a fiscalização preventiva.

⁶⁰ Artigos 281.º da CRP e 57.º a 61.º Lei do Tribunal Constitucional.

⁶¹ O jornal oficial. Artigos 119.º, n.º 1, alínea c), da CRP e 1.º e 3.º da Lei de publicação, identificação e formulário dos diplomas, Lei n.º 74/98.

ainda em vigor, nunca podem ser aplicadas na prática e, portanto, nunca poderão dar origem a um conflito de interesses, a ser dirimido pelos Tribunais. E, portanto, durante este período de *vocatio legis*, só pode haver fiscalização sucessiva abstracta, que é aquela que ocorre independentemente do processo judicial⁶².

Por exemplo, foi a situação referente ao Código do Processo Civil⁶³, onde se estabeleceu um curto período de *vocatio legis* longo, porventura, para a hipótese de alguém desencadear a fiscalização sucessiva abstracta. Onde, ao não retirar inconstitucionalidade que foi assinalada pelo Tribunal Constitucional, por causa do regime da injunção a inconstitucionalidade manteve-se para o novo Código do Processo Civil, o que sempre defendemos, a par do que entendia o Prof. LEBRE DE FREITAS⁶⁴ e que, entretanto, foi decidido com força obrigatória geral pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 264/2015, de 12 de Maio de 2015⁶⁵.

Repare-se, agora, numa questão que ocorreu recentemente a propósito da lei do orçamento de 2013. O Presidente da República entendeu que, uma vez que nenhum outro Presidente da República alguma vez desencadeou a fiscalização preventiva da lei do orçamento, face ao costume e devido à crise financeira actual, não seria justificável a adopção de uma posição na história de Portugal e preferiu a posição histórica dos Presidentes da República precedentes e, portanto, não desencadeou a fiscalização preventiva da lei do orçamento.

Um parêntesis para dizer que julgamos que este entendimento de que a necessidade de Portugal de um orçamento seria imperioso para Portugal combater e superar a crise que nos assolava e assola poderá não ser assim tão relevante como o próprio Presidente revelou na sua mensagem de Ano Novo: “O Orçamento entrou hoje em vigor, no primeiro dia do ano de 2013. Se tal não acontecesse, o País ficaria privado do mais importante instrumento de política

⁶² E ocorre por via principal.

⁶³ Código de Processo Civil pela Lei n.º 41/2013 de 26 de Junho de 2013, no DR n.º 121, p. 3518, rectificadora no DR n.º 154 de 12.08.2013. Programada para entrar em vigor no dia 1 de Setembro de 2013.

⁶⁴ Veja-se na *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 73, Vol. I, Jan/Mar 2013, Sobre o Novo Código de Processo Civil (uma visão de fora), pág. 54, págs. 45.

⁶⁵ Em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20150264.html>.

*económica de que dispõe e as consequências para Portugal no plano externo seriam extremamente negativas.*⁶⁶

Ora, incorreu em erro quer político quer jurídico, uma vez que há mecanismos jurídicos de execução e de salvaguarda orçamental e que vigoram enquanto um orçamento não é aprovado nos termos regulamentares⁶⁷ e acresce que, nos termos do n.º 8 do artigo 278.º da CRP, o Tribunal Constitucional tem 25 dias⁶⁸ para se pronunciar, mas esse prazo pode ser encurtado pelo Presidente da República, desde que justifique esse encurtamento, o que era justamente o caso. O Tribunal Constitucional tem de estar preparado para responder com celeridade quando o país exige dele esse trabalho e, teria sido possível obter uma pronúncia em tempo razoável a não prejudicar os interesses do país.

Simultaneamente disse o Presidente da República: *“Por minha iniciativa, o Tribunal Constitucional irá ser chamado a pronunciar-se sobre a conformidade do Orçamento do Estado para 2013 com a Constituição da República”*⁶⁹o que, realmente, ocorreu⁷⁰.

Portanto, dentro da fiscalização sucessiva, temos a abstracta. E começando por aqui, importa desde já dizer que há entidades, previstas no n.º 2 do 281.º da CRP, bem elencadas, com o poder de a desencadear.

No entanto, em nossa opinião, falta adicionar aí uma que seria o bastonário da Ordem dos Advogados. Faz todo o sentido que o bastonário da Ordem dos Advogados tenha o poder de a desencadear. Repare-se, que *«o advogado está obrigado a defender os direitos, liberdades e garantias, a pugnar*

⁶⁶ Em <http://www.presidencia.pt/?idc=22&idi=70860>.

⁶⁷ Artigo 58.º, n.º 4 da Lei n.º 151/2015, de 11 de Setembro, Diário da República, 1.ª série — N.º 178. Decreto-Lei n.º 253/2015, de 30 de Dezembro, Diário da República, 1.ª série — N.º 254, que estabelece o regime de execução orçamental duodecimal entre 1 de janeiro de 2016 e a entrada em vigor da Lei do Orçamento de Estado para 2016.

⁶⁸ Questão pertinente prende-se com o facto de eventualmente o Tribunal Constitucional não respeitar este prazo constitucional. À míngua de uma sanção constitucional entendemos que se trata de uma mera irregularidade, uma vez que a inconstitucionalidade não prejudica a produção de efeitos da pronúncia, embora acople consequência jurídicas e que, *in casu*, traduz-se na possibilidade do Presidente da República poder promulgar imediatamente ou exercer o veto jurídico.

⁶⁹ Em <http://www.presidencia.pt/?idc=22&idi=70860>.

⁷⁰ Esta temática será tema a que regressaremos porque algumas decisões do Tribunal Constitucional, designadamente os cortes de subsídios, foram relevantes e ainda hoje continuam a ser relevantes e objecto de estudo por parte da doutrina, mas já veremos.

pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e instituições jurídicas.»⁷¹.

Os advogados por intermédio da sua Ordem buscam «*promover o acesso ao conhecimento e aplicação do direito [e] contribuir para o desenvolvimento da cultura jurídica e aperfeiçoamento da elaboração do Direito*»⁷². Os advogados não se buscam decisões apenas legalistas, mas sim as que se revelem conforme o Direito e, portanto, têm até uma função muito mais abrangente que alguns operadores judiciais. E, por essa razão, faria todo o sentido que, numa próxima revisão constitucional, se incluísse o bastonário da Ordem dos Advogados, isto porque, vendo quem lá está, vê-se quem lá falta e, quem falta, é o bastonário da Ordem dos Advogados⁷³.

Os cidadãos não têm a possibilidade de, *directamente*, desencadear a fiscalização sucessiva abstracta. Terão de o fazer sempre por interposta pessoa, usando do seu direito de petição (artigo 52.º da CRP) e dirigindo a uma qualquer entidade, prevista no n.º 2 do 281.º da CRP, sendo certo que o mais naturalmente adequado, atendendo ao conteúdo e natureza das suas funções, será o Provedor de Justiça (artigo 23.º da CRP). Portanto, o cidadão⁷⁴ deverá rogar-lhe, obviamente de modo fundamentando, que desencadeie a fiscalização sucessiva abstracta de determinada norma.

Por exemplo, também há cerca de três ou quatro anos, uma associação pretendia fundamentar uma iniciativa legislativa do cidadão (ILC)⁷⁵ relativamente

⁷¹ Artigo 90.º, n.º 1, do Estatuto da Ordem dos Advogados (EOA), aprovado pela Lei n.º 145/2015, de 9 de Setembro.

⁷² Artigo 3.º, alíneas h) e i), do EOA.

⁷³ A Constituição da República de Angola no artigo 230.º, n.º 2, alínea f) atribui tal competência à Ordem dos Advogados.

⁷⁴ Note-se que um único cidadão detém esta prerrogativa constitucional.

⁷⁵ Com base no artigo 167.º da CRP e Lei n.º 17/2003 de 4 de Junho.

Note-se no paralelo a nível da União Europeia. O Tratado de Lisboa veio introduzir uma nova apetência de democracia participativa na feitura de actos legislativos da União Europeia. A partir de 1 de Abril de 2012, os cidadãos europeus detêm o direito de requerer legislação europeia em assuntos que lhes interessem, com a entrada em vigor da iniciativa de cidadania europeia. Os particulares podem pedir à Comissão que proponha iniciativas legislativas desde que consigam recolher um milhão de assinaturas, de pelo menos sete Estados membros, e que a proposta seja em matéria da competência da União Europeia, nos termos do Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Fevereiro de 2011 sobre a iniciativa de cidadania que estabelece os procedimentos e as condições para a apresentação de uma iniciativa de cidadania, JOUE L 65 de 11.03.2011, págs. 1 a 22. Alterado pelo Regulamento delegado (UE) n.º 268/2012 da Comissão de 25 de Janeiro de 2012 que altera o anexo I do Regulamento (UE) n.º 211/2011 do Parlamento Europeu e do Conselho sobre a iniciativa de cidadania, JOUE L 89 de 27.03.2012, pp. 1 e 2, e pelo Regulamento Delegado (UE) n.º 887/2013

à aplicação do Novo Acordo Ortográfico⁷⁶ e pudemos emitir parecer demonstrando que não fazia sentido optar pela ILC uma vez que o legislador tinha acabado de legislar em sentido contrário e era mais do que óbvio de que não iria contraditar-se tão pouco tempo depois. Fazia sentido, sim, desencadear a fiscalização sucessiva abstracta pedindo ao Provedor de Justiça que desencadeasse essa fiscalização sucessiva junto do Tribunal Constitucional, por violação do princípio da proporcionalidade.

Note-se que o Provedor de Justiça, caso o cidadão lhe peça para desencadear⁷⁷, não é obrigado a fazê-lo. Em alguns pedidos, verifica-se a falta de fundamentação, sem rigor jurídico ou cuidado, fruto do nosso pouco activismo cívico. Ao contrário, por exemplo, de Inglaterra, em Portugal não há a propensão do cidadão para se envolver com estas questões.

Desencadeada uma fiscalização sucessiva abstracta, o Tribunal Constitucional irá pronunciar-se. Deste modo, se for uma inconstitucionalidade originária (artigo 282.º, n.º 1, da CRP), a declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade determinará igualmente a repristinação das normas eventualmente revogadas pelo acto nulo. Porque produz efeitos retroactivos, *ex tunc*, ou seja, desde que a norma foi aplicada. Isto porque a norma está inquinada originariamente numa inconstitucionalidade e, portanto, se “desde então” já era inconstitucional, evidentemente que o Tribunal Constitucional deve declarar essa inconstitucionalidade desde esse momento anterior, que, no caso, é inicial. E, terá efeitos repristinatórios, ou seja, se esta norma, porventura, revogou outra, essa voltará a vigorar⁷⁸.

da Comissão, de 11 de Julho de 2013, JOCE L 247 de 18 de Setembro de 2013, rectificado no JOUE L 354 de 11.12.2014, p. 90.

A primeira iniciativa de cidadania europeia bem-sucedida em curso (depois de mais de 20 lançadas desde 2012), traduzindo o empenho e interesse dos cidadãos europeus em participar na elaboração das políticas europeias, foi sobre o tema «Comunicação da Comissão sobre a iniciativa de cidadania europeia A água e o saneamento são um direito humano! A água não é um bem comercial, mas um bem público!» no documento COM (2014) 177 final e o Parecer do Comité Económico e Social Europeu 2015/C 012/05, JOUE L 351 de 20.12.2012, págs. 1 a 32.

⁷⁶ Ver nota final.

⁷⁷ Em <http://www.provedor-jus.pt/?idc=90>.

⁷⁸ Entendemos que quando o Tribunal conhece e declara a inconstitucionalidade originária de determinada norma deverá oficiosamente, mesmo que não lhe seja pedido, a repristinação das normas revogadas por aquela, uma vez que este efeito jurídico é decorrência lógica da invalidade da norma revogatória, sem que com isto se viole o princípio da proibição de condenação em quantidade superior ou em coisa diversa da pedida. Com efeito, trata-se de matéria jurídica pelo que é do conhecimento oficioso do Tribunal Constitucional, dado que a repristinação surge resultado *ope legis* ou *ipso iuris*.

Uma coisa interessante é a de saber como proceder se esta norma, entretanto, reprimada também o for, ela própria, inconstitucional. O Tribunal Constitucional também pode pronunciar-se quanto à questão da norma reprimada, mas sempre a pedido. Suponhamos que foi o Provedor de Justiça que desencadeou a fiscalização sucessiva e Tribunal decide-se pela *inconstitucionalidade, com efeitos retroactivos e determina a repriminação das normas*⁷⁹. Se agora, ou seja perante esta decisão do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, apercebendo-se que a norma reprimada é também inconstitucional, ele tem que voltar a proceder da mesma forma, em menagem ao princípio do pedido.

Se a fiscalização for superveniente, a norma em crise é totalmente sã relativamente à Constituição que estava em vigor, no momento em que foi feita e publicada. Entretanto, dá-se a publicação de um novo texto constitucional – lei de revisão⁸⁰. Por efeito de uma nova revisão constitucional, e só a partir daí, essa norma tornou-se inconstitucional.

Evidentemente, que só releva neste tipo de inconstitucionalidade, a inconstitucionalidade material, porque a formal e a orgânica é regida pelo acertado brocardo *tempus regit actum*, o mesmo é dizer, que o diploma é regido, quanto a estes aspectos, à luz da legislação (neste caso, da Constituição) que se encontra em vigor, na data, em que o mesmo foi elaborado.

A ciência a seguir é a da aplicação dos números 1 e 2 do artigo 282.º da CRP.

Há que cuidar, em todo o caso, dos números 3 e 4 do mesmo preceito legal.

Assim, e pelo que reza o número três, ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional, quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou ilícito de mera ordenação social e que seja de conteúdo menos favorável ao arguido. Aí, evidentemente, que o Tribunal Constitucional pode entender que, se esta norma, que é inconstitucional, desfavorecia o arguido, deverão ser reconsiderados certos processos para se

⁷⁹ A repriminação da norma revogada não carece de ser pedida, na medida em que, constituindo uma determinação legal, opera *ipso iuris*.

⁸⁰ Artigo 166.º, n.º 1, da CRP.

favorecer o arguido; caso contrário, ficam sempre ressalvados os casos julgados.

A maior parte dos manuais de Introdução de Direito afirma categoricamente que não há retroactividade de primeiro grau na ordem jurídica portuguesa. Todavia, erra por defeito, na medida em que ignoram a norma em escrutínio. Evidentemente que a retroactividade de primeiro grau não se verifica directamente, *ope legis* ou *ipso iuris*, mas porque está na lei, *in casu*, na lei constitucional, a qual permite, por decisão do Tribunal Constitucional, afectar os casos julgados, poderemos dizer que o nosso ordenamento jurídico admite a retroactividade de primeiro grau. Mas é uma situação singular, dado que na maior parte dos casos, de facto, vale a não retroactividade de primeiro grau.

O n.º 4 artigo 282.º da CRP foi utilizado há pouco tempo pelo Tribunal Constitucional (Acórdão n.º 353/2012, de 5 de Julho de 2012⁸¹), pensamos que parcialmente mal, num caso de segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (o qual deverá ser fundamentado).

Claudicou, em todo o caso, o Tribunal Constitucional não medira em que não pode actuar como legislador, e neste aresto fê-lo ostensivamente⁸². Por força do princípio da separação de poderes, o Tribunal Constitucional não pode apontar caminhos ao legislador. O Tribunal Constitucional num primeiro acórdão apontou caminhos, designadamente dizendo que só se estava a tributar rendimentos do trabalho e decorrentes do rendimento do trabalho e não, por

⁸¹ Em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

⁸² Pode ler-se: “A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adoptada na prossecução do objectivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagravamento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas” in <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>.

exemplo, rendimentos do capital⁸³. O Tribunal Constitucional não deve seguir uma via de aconselhamento⁸⁴⁻⁸⁵.

A adopção desta posição, julga-se, passou por dar um sinal do que poderia acontecer em decisões futuras e quis já marcar posição, apesar de tal capacidade não pertencer às suas funções⁸⁶. O Tribunal Constitucional é o guardião do ordenamento jurídico, no plano constitucional, claro está, e, portanto, diz apenas: *“Esta norma, conforme está, não entra no ordenamento.”* Apenas pode vedar a norma e não deve apontar caminhos porque decisões de política legislativa cabem aos órgãos que a Constituição determinou, que são os órgãos com competência legislativa. O Tribunal Constitucional é o guardião e barómetro da constitucionalidade em Portugal.

Pelo número quatro, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos de inconstitucionalidade ou da ilegalidade, com alcance mais restrito do que o previsto nos n.º 1 e n.º 2 do artigo 282.º da CRP.

4. A fiscalização sucessiva concreta

⁸³ *“Ora, nenhuma das imposições de sacrifícios descritas tem equivalente para a generalidade dos outros cidadãos que auferem rendimentos provenientes de outras fontes, independentemente dos seus montantes.”, idem.*

⁸⁴ Curiosamente, na Constituição polaca há uma norma que determina que, se o Tribunal Constitucional se aperceber que um diploma vai causar consequências económico-financeiras, designadamente colidir com o que a lei orçamental, deverá criar-se uma comissão *ad hoc*, em que participam o Tribunal Constitucional e o Governo e representantes dos trabalhadores.

A Constituição da Polónia de 3 de Maio de 1791 foi a primeira da Europa e a segunda do mundo, embora logo seguida da Constituição francesa de 3 de Setembro do mesmo ano. Recentemente, foi consagrada pela Decisão da Comissão 2015/C 83/03 de 10 de Março de 2015, que designa os 16 sítios aos quais é atribuída a Marca do Património Europeu em 2014, JOUE C 83 de 11.03.2015, p. 3. A União Europeia criou em 2011 uma acção de atribuição da designação da Marca do Património Europeu (*European Heritage Label*) que destaca patrimónios que comemoram e simbolizam a integração europeia, os ideais e a história da União Europeia, pela Decisão n.º 1194/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Novembro de 2011, JOUE L 303 de 22.11.2011, págs. 1 a 9.

⁸⁵ Dispõe o artigo 190.º, n.º 3, segunda parte, da Constituição Polaca: Quando a decisão tenha consequências financeiras não previstas no orçamento, o Tribunal Constitucional deve especificar a data de cessação da força obrigatória do acto normativo em causa, após parecer do Conselho de Ministros. (tradução dos autores).

⁸⁶ Houve já quem dissesse que por este aresto o Tribunal Constitucional pretendeu dar uma “prova de vida”, neste sentido, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites: autópsia de um Acórdão controverso*, separata de JURIS-MAT, Portimão, 2013, pág. 62, nota 12.

Agora falando da fiscalização sucessiva concreta⁸⁷, aquela que, na prática, preenche de forma mais intensa a actividade do Tribunal Constitucional⁸⁸.

Para que surja, é necessário decorrer um processo num tribunal judicial ou administrativo. Ocorre por via incidental, isto é, um incidente da instância, o que significa que o pedido principal nunca pode corresponder ao pedido de declaração de inconstitucionalidade.

O recurso aos tribunais por partes das pessoas (físicas ou colectivas) tem como finalidade o dirimir de pelo menos um conflito de interesses, por exemplo, para a extinção ou modificação de uma relação jurídica. Um exemplo mais concreto, imagine-se que o senhorio pretende cessar a vigência de um contrato de arrendamento, por incumprimento do arrendatário e este, quando é citado para se defender, querendo evitar o seu despejo, irá contestar a acção, contradizendo a causa de pedir e em *ultima ratio* o pedido principal. A propósito da sua defesa e em razão da matéria em causa pode surgir uma questão de inconstitucionalidade e convirá ao arrendatário argui-la.

Como é que se alega? Não há uma forma padronizada de o fazer. O Tribunal Constitucional considera que tem que ser suficientemente argumentado ao ponto de o juiz do processo se ver obrigado a pronunciar-se. O Tribunal Constitucional já admitiu um recurso, dizendo que estava suficientemente bem alegado na medida em que o próprio juiz do processo sentiu a necessidade de se pronunciar sobre aquela alegação. Assim, poderá formular-se um princípio geral a propósito desta questão formulado nos seguintes termos: *a alegação da inconstitucionalidade deverá ocorrer de modo a determinar o Tribunal a pronunciar-se sobre tal excepção*⁸⁹.

Depois, no próprio requerimento de requisição do recurso, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional obriga que se indique a norma⁹⁰ cuja

⁸⁷ Artigos 280.º da CRP e 51.º a 56.º da Lei do Tribunal Constitucional.

⁸⁸ Por exemplo, “96% do total das decisões proferidas no âmbito normativo entre 1993 e 1996 respeitaram ao controlo concreto da constitucionalidade”, em ARAÚJO, António de, e PEREIRA, J. A. Teles. “A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2005, pág. 15.

⁸⁹ O disposto no n.º 2 do artigo 72.º da LTC contribui, sobremaneira, para o estabelecimento deste princípio ao determinar que a inconstitucionalidade deve ser arguida no processo e junto do tribunal «**de modo processualmente adequado perante o tribunal que proferiu a decisão recorrida, em termos de este estar obrigado a dela conhecer**» (destaque nosso).

⁹⁰ “(...) como é evidente, a jurisdição constitucional só conhece da inconstitucionalidade de normas e não de outros actos jurídicos. Em particular, o Tribunal Constitucional não pode

inconstitucionalidade ou ilegalidade se pretende que o Tribunal Constitucional aprecie e em que peça processual surge a questão de alegada inconstitucionalidade⁹¹. Há ainda que fundamentar o pedido de declaração da pretensa inconstitucionalidade referindo a norma da Constituição ou princípio constitucional ou legal que se supõe violado. Há, também, que identificar a peça processual onde se questiona a constitucionalidade e ser claro na identificação da norma considerada inconstitucional face a que artigo da Constituição⁹².

Até ao encerramento de uma audiência de julgamento, poder-se-á fazer um requerimento e dizer: *“Alega-se a inconstitucionalidade da norma constante da segunda parte da alínea Ω do n.º x do artigo y.º da lei n.º n, na probabilidade de essa disposição vir a ser aplicada ao caso concreto”*, no sentido de o juiz da causa não a aplicar. Porque o juiz ainda não decidiu e, portanto, quando for decidir a causa, pode justamente cuidar dessa inconstitucionalidade.

Importante é saber até que momento é que se pode pedir a declaração da inconstitucionalidade de uma certa norma aplicável ao judicativo processo. A este propósito poder-se-á formular um princípio geral nos seguintes termos: *a arguição da inconstitucionalidade terá que ser concretizada em momento que permita ao juiz do processo poder decidir*⁹³.

conhecer da inconstitucionalidade de decisões judiciais, por elas eventualmente violarem directamente normas constitucionais. As decisões judiciais só são impugnáveis junto do TC na medida em que elas apliquem normas arguidas de inconstitucionais ou na medida em que não apliquem normas por razões de inconstitucionalidade.”, Ac. do Tribunal Constitucional n.º 162/1988, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19880162.html>. A mesma doutrina em outro aresto do Tribunal Constitucional: “Na verdade, recurso para o Tribunal Constitucional só existe quando esteja em causa a inconstitucionalidade de normas jurídicas, e não também de actos jurídicos de índole diversa, como, v.g., actos administrativos ou decisões judiciais (sobre esta fundamental distinção, v. o Acórdão nº 26/85, no Diário da República, 2ª série, de 26 de Abril de 1985). É isso o que clara e expressamente resulta, não apenas do teor do artigo 280º da Constituição, mas de todo o conjunto de normas e princípios constitucionais respeitantes à fiscalização da constitucionalidade e à natureza e configuração do Tribunal Constitucional. Este é um órgão jurisdicional aí basicamente concebido para o controlo normativo; e se a Constituição, além de lhe haver atribuído outras funções (que aqui não vêm ao caso), permite ainda [artigo 213º, nº 2, alínea e)] que o legislador alargue o respectivo quadro de competências, o facto é que este último, pelo menos até agora, e nomeadamente na Lei nº 28/82, não estendeu esse quadro, no que toca ao controlo da constitucionalidade, para além do que se encontra estabelecido no diploma fundamental.”, disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19850090.html>.

⁹¹ Artigo 75.º-A, n.º 2, *in fine*, da Lei do Tribunal Constitucional.

⁹² Veja-se ISABEL ALEXANDRE, “A norma ou princípio constitucional ou legal violado como elemento do objecto dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade” *in Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2005, p. 30.

⁹³ Note-se que a parte final do n.º 2 do artigo 72.º da LTC é decisiva quanto a este aspecto ao determinar que a inconstitucionalidade deve ser arguida no processo e junto do tribunal «em termos de este estar obrigado a dela conhecer».

O Tribunal pode, note-se, officiosamente declarar a inconstitucionalidade das normas. Imagine que um juiz julga aplicável determinada norma e detecta-lhe uma inconstitucionalidade, isto é, no seu entendimento, a norma padece uma inconstitucionalidade. Se assim for que declare na sua decisão, a título prejudicial, a inconstitucionalidade da norma em causa. Com efeito, nos termos do artigo 204.º da CRP, nos feitos submetidos a juízo os tribunais não podem aplicar normas consideradas inconstitucionais.

Neste caso, o Tribunal deverá recusar a aplicação da norma que julgue inconstitucional e se estiver perante uma *inconstitucionalidade originária* deverá repristinar a norma revogada pela declarada inconstitucional, e decidir o caso de acordo justamente com a norma repristinada. Todavia, se a não houver lugar a repristinação porque a norma inconstitucional não havia revogado qualquer outra, deverá verificar se o judicativo caso concreto poderá ser decidido com recurso às regras da interpretação⁹⁴.

Poderíamos ser precipitados e entender que este artigo 204.º da CRP é taxativo e não contempla as ilegalidades, todavia há que interpretar este preceito conjugadamente com os artigos 280.º da CRP e 70.º da LTC.

À parte que arguiu a inconstitucionalidade o que lhe interessa é só mesmo a decisão, porque é dessa decisão que lhe será possível interpor recurso, nos termos do artigo 280.º da CRP e 70.º e seguintes da LTC.

Uma questão a ter em conta é que não se declara inconstitucionalidade de artigos ou preceitos, apenas declara-se a inconstitucionalidade de *normas*. Porventura, um artigo pode só conter uma norma, mas nem sempre. Tem de se indicar que se declara inconstitucionalidade da *norma* constante de determinado artigo de certo diploma.

Por isso é que o Tribunal Constitucional, quando se declara a inconstitucionalidade com sentido interpretativo, ou seja, indicando o sentido que é conforme com a Constituição ou indicando o sentido que que é inconstitucional, indica expressa e exactamente isso.

Com efeito, não é razoável que as normas sejam inconstitucionalidades. É suposto justamente o inverso, ou seja, que a ordem jurídica não detenha normas inconstitucionais. A função judicial, na sua actividade quotidiana de

⁹⁴ Por todos vide, J. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 2.ª Reimpressão, 1987, págs. 192 e segs.

dirimir conflitos de interesses mediante a aplicação do direito, deve presumir que o direito forma um todo correcto, perfeito, justo e conforme a Constituição. Assim quando se detecta uma inconstitucionalidade, ela surge como uma excepção, sempre por via incidental, é sempre através de um incidente da instância inominado para resolver.

Se for suscitada a inconstitucionalidade de alguma norma e o tribunal judicial ou administrativo entender que efectivamente se verifica a inconstitucionalidade não deverá aplicar a norma⁹⁵, sendo que neste caso o Ministério Público, nos termos do n.º 3 do artigo 280.º da CRP e artigo 72.º, n.º 3, da LTC, é obrigado a recorrer para o Tribunal Constitucional, recorrendo directa e imediatamente⁹⁶.

Havendo esta quebra de adesão ao direito, ainda que legítima e justificada, por essa via, a Constituição determina o recurso imediato, de forma a resolver logo esta questão, para não poder sentir-se quebra da confiança jurídica. O Tribunal Constitucional vai poder confirmar ou entender diversamente do juiz, e vai fazê-lo imediatamente em termos processuais.

Todavia, acrescente-se que o Ministério Público só recorre directamente quando estão em causa os diplomas previstos: actos legislativos, tratados e decretos regulamentares, ou seja, só diplomas que dependem da promulgação do Presidente da República. Os restantes diplomas, isto é, os não catalogados no n.º 3 do artigo 280.º da CRP, *não* ficam, *ipso iuris*, abrangidos pela previsão

⁹⁵ “III - Constitui violação da reserva do juiz, já que atribui poderes quase automáticos de composição definitiva a uma entidade administrativa, estando vedada a sindicabilidade da aposição da fórmula executória.

IV - Deve assim entender-se que o n.º 2 do artigo 814.º do Código de Processo Civil viola o disposto nos artigos 20.º, n.º 4, e 202.º, n.º 4, e 202.º, n.º 1, da CRP, devendo, ao abrigo do disposto no artigo 204º da CRP, com fundamento em inconstitucionalidade material, ser recusada a aplicação daquele normativo.

V - A desaplicação do n.º 2 do artigo 814.º do Código de Processo Civil, com fundamento em inconstitucionalidade material conduz a que seja admissível a invocação de factos impeditivos em oposição a acção executiva fundada em requerimento de injunção a que foi aposta a fórmula executória.”, Acórdão da Relação de Lisboa (MARIA AMÉLIA AMEIXOEIRA), de 06.12.2012, *in* www.dgsi.pt.

⁹⁶ As partes também poderão, neste caso de recusa de aplicação de norma julgada inconstitucional, recorrer directamente para Tribunal Constitucional, considerando-se suspensos todos os prazos de interposição de outros recurso que porventura coubessem ao caso, conforme dispõe o n.º 1 do artigo 75.º da LTC. E tal regime decorre da interpretação *a contrario* da norma constante do artigo 70.º, n.º 2, da LTC que não obriga ao esgotamento de todos os patamares de recurso ordinário. Em todo o caso, as partes não são obrigadas a recorrer directamente, pois podem ter outros e mais valiosos argumentos (do ponto de vista do processo concreto) para interporem o recurso ordinário cabível ao processo em causa.

do n.º 4 do mesmo preceito, isto porque interpretando, uma vez mais, *a contrario* da norma constante do artigo 70.º, n.º 2, da LTC, que não obriga ao esgotamento de todos os patamares de recurso ordinário, devemos concluir que o recurso das partes, com legitimidade, deverá ser interposto directamente junto do Tribunal Constitucional⁹⁷.

Se ao processo couber recurso, e a arguição da inconstitucionalidade não tiver acontecido logo na primeira instância, não estão as partes impedidas de arguir no recurso porque o artigo 204.º da CRP, também se aplica aos tribunais superiores e, portanto, nas alegações e nas conclusões de recurso, pode-se justamente alegar a inconstitucionalidade pretendida.

Pelo n.º 5 do artigo 280.º da CRP e artigo 72.º, n.º 3, da LTC, o Ministério Público é obrigado⁹⁸ a recorrer das decisões que apliquem norma caso o Tribunal Constitucional⁹⁹ já se pronunciara pela inconstitucionalidade da norma¹⁰⁰. Note-se que há uma decisão (anterior) do Tribunal Constitucional que, como órgão especializado, já julgou inconstitucional certa norma, daí que, se um juiz «*comum*» contrariar a decisão do Tribunal Constitucional, há que pacificar esta fissura no ordenamento jurídico e, portanto, também aqui o recurso do Ministério Público é obrigatório e directo para o Tribunal Constitucional.

A parte *ad cautelam* poderá fazer um requerimento ao processo dizendo que a decisão em causa dispõe em sentido contrário a um acórdão do Tribunal Constitucional (identificando-o) e, portanto, requer que seja dada vista ao

⁹⁷ É estranha a solução, uma vez que, neste caso, o Ministério Público não poderá recorrer directamente para o Tribunal Constitucional, a não ser que seja parte no processo e detenha legitimidade e interesse em agir.

⁹⁸ O Ministério Público é ainda obrigado a recorrer quando: **i)** há uma decisão positiva de inconstitucionalidade de norma constante de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar (artigo 280.º, n.º 3, CRP e artigo 72.º, n.º 3, da LTC); **ii)** uma decisão recusa a aplicação de norma constante de acto legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional.; e **iii)** o Tribunal Constitucional vier a julgar a questão da inconstitucionalidade ou ilegalidade em sentido divergente do anteriormente adoptado quanto à mesma norma por qualquer das suas secções, dessa decisão cabe recurso para o plenário do Tribunal, quando o Ministério Público intervier no processo como recorrente ou recorrido (artigo 79.º-D, n.º 1, da LTC).

⁹⁹ Ou da Comissão Constitucional, nos termos do artigo 70.º, n.º 1, alínea h), da LTC.

¹⁰⁰ Aqui cabem as decisões de pronúncia proferidas no âmbito da fiscalização preventiva da constitucionalidade e que não impossibilitaram a entrada em vigor do diploma e da(s) norma(s) julgadas inconstitucionais (artigo 279.º, n.º 2 da CRP).

Ministério Público para recorrer. Poderá também recorrer e recorre tal qual o Ministério Público, ou seja, directamente para o Tribunal Constitucional¹⁰¹.

É importante que as questões concretas sejam levadas ao Tribunal Constitucional porque, pelo n.º 3 do artigo 281.º da CRP¹⁰², ao fim de três casos concretos em que o Tribunal decida sempre da mesma forma, ou seja, sempre pela inconstitucionalidade de uma norma em casos de fiscalização concreta, *poderá*¹⁰³ decidir pela declaração, com a força obrigatória geral, da inconstitucionalidade da norma. Ao fazê-lo, fá-lo-á com os efeitos previstos no artigo 282.º da CRP.

5. A inconstitucionalidade por omissão

Por último, apenas uma menção à inconstitucionalidade por omissão, que é um mecanismo que apenas alerta o legislador para ter que legislar, não há efeitos adicionais, visto o artigo 283.º da CRP¹⁰⁴. Passam-se anos sem que esta via seja utilizada¹⁰⁵.

6. Nota final

Pretendeu-se apresentar uma abordagem aos elementos constituintes do sistema de fiscalização da constitucionalidade, numa abordagem preparatória do estudo para o exame de ingresso no Centro de Estudos Judiciários. Deixa-se alguma bibliografia indicada para o efeito.

¹⁰¹ Está aqui em causa a aplicação do princípio da igualdade de armas, sendo certo que o artigo 280.º, n.º 4 só se aplica aos casos em que a parte argui a inconstitucionalidade e não há procedência desta excepção. O artigo 70.º, n.º 2 da LTC apenas obriga a esgotar os patamares de recurso nos casos das alíneas b) e f) do n.º 1 e não neste caso, pois dispõe expressamente que «os recursos previstos nas alíneas b) e f) do número anterior apenas cabem de decisões que não admitam recurso ordinário, por a lei o não prever ou **por já haverem sido esgotados todos os que no caso cabiam**» (destaque nosso). A igualdade de armas justifica a posição exposta no texto, pois decorre do artigo 20.º da CRP e do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, C 364/1, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. É também preconizado como princípio pelo Ali / Unidroit Principles Of Transnational Civil Procedure, ponto 3 (Procedural Equality of the Parties), in www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure.

¹⁰² E artigo 82.º da Lei do Tribunal Constitucional.

¹⁰³ Note-se que é um poder-dever, mas não há uma obrigação concreta, determinada por norma imperativa, antes pelo contrário, por força do artigo 82.º da LTC claramente que a norma em causa é dispositiva facultativa.

¹⁰⁴ E artigos 67.º e 68.º LTC.

¹⁰⁵ Veja-se o estudo em SANTOS, Ana Catarina, *Papel político do Tribunal Constitucional*, 2011, p. 230.

Outra vertente necessária, mas que não foi aqui focada, é o estudo da temática relativa aos direitos fundamentais.

O texto apresentado foi escrito de acordo com a antiga ortografia, prévia ao Acordo Ortográfico ¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990, convenção internacional assinada pela Academia das Ciências de Lisboa, Academia Brasileira de Letras e delegações de Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe. Publicado no DR n.º 193, I-A Série, de 23 de Agosto de 1991, págs. 4370 a 4388, foi ratificado pela Resolução da Assembleia da República n.º 35/2008 de 16 de Maio no DR n.º 145, I Série, de 29 de Julho, p. 4802, e pelo Decreto do Presidente da República n.º 52/2008 de 29 de Julho. A Resolução da AR prevê um período de transição pelo prazo de 6 anos para adopção oficial da nova ortografia, a contar de 13 de Maio de 2009, data do depósito do instrumento de ratificação, segundo o Aviso do Ministério dos Negócios Estrangeiros n.º 255/2010 de 17 de Setembro, no DR n.º 182, I Série, p. 4116.

O Comunicado do Conselho de Ministros de 9 de Dezembro de 2010 indica o conversor Lince como ferramenta gratuita de conversão ortográfica para a nova grafia, disponível na Internet em www.portaldalinguaportuguesa.org e a Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011 de 25 de Janeiro de 2011 aprovou a introdução da nova grafia a partir do ano lectivo de 2011/2012 através de uma adopção gradual do processo de conversão ortográfica.

As instituições, órgãos e organismos da União Europeia decidiram aplicar, a partir de 1 de Janeiro de 2012, o Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa de 1990. A partir dessa data, os textos publicados no Jornal Oficial da União Europeia foram redigidos segundo as regras da nova ortografia. Aviso constante do respectivo Jornal Oficial no mês de Dezembro (nomeadamente JOUE C 350 de 01.12.2011 e C 351 de 02.12.2011).

O prazo de transição de 6 anos, a ter-se contado desde a data do depósito internacional da ratificação, terminou, então, a 13 de Maio de 2015. Porém, nos termos do artigo 119.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, da CRP, só a publicação publicita e valida o acto de depósito, pelo que só aí se poderia ter começado a contar o prazo que só terminaria, por este entendimento e com a *vacatio legis* de 5 dias, em 22 de Setembro de 2016.

Referências Bibliográficas

ALEXANDRE, Isabel. “A norma ou princípio constitucional ou legal violado como elemento do objecto dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abr-Jun 2005, AATRIC, p. 28. ISSN 1645-9938.

ARAÚJO, António de, e PEREIRA, J. A. Teles. “A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: notas para uma aproximação ibérica” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, Abr-Jun 2005, AATRIC, pp. 15 a 27. ISSN 1645-9938.

ALEXANDRE, Isabel, “A norma ou princípio constitucional ou legal violado como elemento do objecto dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade ou da legalidade” in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 6, 2005.

CANAS, Vitalino, *Introdução às Decisões de Provimento do Tribunal Constitucional*, Lisboa, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes DIREITO CONSTITUCIONAL E TEORIA DA CONSTITUIÇÃO. Reimpressão da 7.ª Edição de 2003. Coimbra: Livraria Almedina, 2014. ISBN 978-972-4021-06-5.

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA - ANOTADA. Vol. I e II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. ISBN 978-972-32-1464-4.

CORREIA, Fernando Alves, *Direito Constitucional – a Justiça constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002. ISBN 978-989-640-063-7.

CORREIA, José de Matos, *Introdução ao Direito Processual Constitucional*, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2011. ISBN 978-989-640-063-7.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da - *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Livraria Almedina, 3.^a ed., 2007

FONSECA, Guilherme da e DOMINGOS, Inês, *Breviário de Direito Processual Constitucional – recurso de constitucionalidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997. ISBN 972-32-0765-6.

GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 2007. Tomo I e II.

LOPES, José Augusto Silva – “Da Fiscalização Preventiva das Leis de Revisão Constitucional”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense*, n.º 8, 2002. ISSN 0874-2839.

MACHADO, J. BAPTISTA, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 2.^a Reimpressão, 1987

MEDEIROS, Rui e MIRANDA, Jorge, *CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, Tomo I a III.

MIRANDA, Jorge, *MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*. Coimbra: Coimbra Editora, 3 volumes, 2014. ISBN 978-972-32-2271-5 | 978-972-32-2272-2 | 978-972-32-2273-9.

MORAIS, Carlos Blanco de, *Curso de Direito Constitucional - Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, TOMO II, Coimbra Editora, 2014. ISBN 978-972-32-2290-6.

MORAIS, Carlos Blanco de, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites: autópsia de um Acórdão controverso*, separata de JURIS-MAT, Portimão, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Almedina, 2014. ISBN 9789724058252.

QUEIROZ, Cristina, *O Tribunal Constitucional e os Direitos Sociais*, Coimbra Editora, 2014.

REGO, Carlos Lopes do - *Os Recursos de Fiscalização Concreta na lei e na jurisprudência do Tribunal Constitucional*. Coimbra: Almedina, 2010.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida e Coutinho, Luís Pereira, *O Tribunal Constitucional e a Crise - Ensaios Críticos*, Almedina, 2014. ISBN 9789724057040.

-
- SANTOS, Ana Catarina, *Papel político do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 2011. ISBN 978-972-32-1901-2.

- SILVA, Maria Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende, *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Reimpressão da 2.^a edição. Lisboa: Rei dos Livros, 2010. ISBN 978-989-51-8305-03-9.

SOUSA, MARCELO REBELO DE e teve aqui um caso que favoreceu tal tese, *Direito Constitucional, Policopiado*, Faculdade de Direito, 1979.

URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional*, Almedina, Coimbra, 2012. ISBN 978-972-40-4866-6.

XXV ANOS DE JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. AA.VV. Coimbra: Wolters Kluwer | Coimbra Editora, 2010.

Documentação fundamental

Constituição da República Portuguesa de 1976 atualizada na versão pela Lei Constitucional n.º 1/2005 de 12 de Agosto.

Lei da organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional, Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, atualizada na versão da Lei Orgânica n.º 1/2011, de 30 de Novembro.

Lei da Publicação dos Diplomas – Lei n.º 74/98 de 11 de Novembro (com a 4.ª alteração pela Lei n.º 43/2014 de 11 de julho, DR n.º 132 1.ª série, págs. 3805 a 3810).

Edição e propriedade:

Universidade Portucalense Cooperativa de Ensino Superior, CRL

Rua Dr. António Bernardino de Almeida, 541 - 4200-072 Porto

Email: upt@upt.pt