

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

a. 19 • v. 9 • n. 1-4 • 2024

- 14 **Adriano Marteleteo Godinho**
Transhumanismo e pós-humanismo: o colapso da humanidade?
- 36 **Carlos Eduardo Ferreira dos Santos**
A favelização no Rio de Janeiro e propostas de melhorias
- 88 **Douglas Jurek**
Jurisdição constitucional na era digital: repensar teórico, protagonismo regulatório e desafios interpretativos
- 171 **Gabriel Passarini**
Patente e inventividade: a patenteabilidade à luz da atividade inventiva
- 211 **Maria Gabriela Lopes de Macedo**
A fiscalização de constitucionalidade de decisões judiciais pelo Tribunal Constitucional português
- 276 **Maria Leticia Nogueira Lima**
A crise financeira, a insegurança econômica e o voto populista
- 342 **Pedro Henrique Custódio Maia Ribeiro e Silva**
Entre os vestígios históricos do Direito Internacional Público e a urgência contemporânea na proteção dos povos indígenas
- 417 **Renan Melo**
Método comparativo e direito comparado: diferenças e usos
- 451 **Jordano Paiva Rogério**
Direito da saúde de exceção: o regime excecional de contratação pública covidiana e a repercussão para a aplicação imediata da tutela à saúde
- 514 **Samara Machado Sucar**
Perspectivas de desenvolvimento de regulação transnacional do sistema financeiro
- 544 **Talita de Pedro Rossini**
Tratados internacionais de direitos humanos: a interpretação evolutiva no sistema europeu e americano
- 586 **Luis Fernando de França Romã**
A alternativa semipresidencialista proposta pelo Professor Doutor Honoris Causa Manoel Gonçalves Ferreira Filho

JUS SCRIPTUM'S
**INTERNATIONAL
JOURNAL OF LAW**
REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITO

Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

2024
a. 19 v.9 n. 1-4

Jus Scriptum's International Journal of Law

Revista Internacional de Direito do Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Ano 19 • Volume 9 • Número 1-4 • Janeiro-Dezembro 2024

Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

Equipe Editorial

Diretor da Revista – Editor-In-Chief

Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

Joice Bernardo do Carmo, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Patrícia Ferreira de Almeida, Diretora Científica do NELB
Nathalia Schmidt, Diretora Científica do NELB
Maria Mariana Moura, Observadora Externa
Bruno Bueno Assalin
Caio Guimarães Fernandes
Carolina Cerqueira Cruz
Fabrício Quirino
Fernando Antônio Turchetto Filho
Gustavo Martins Baini
Jordano Paiva
Leonardo Castro De Bone
Leonardo Dias da Cunha
Leonardo Pache de Faria Cupello
Maiara Motta
Márcio Roberto Silva
Maria Amélia Renó Casanova
Maria Vitória Galvan Momo
Pedro Rocha Amorim
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Samara Machado Sucar

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
André Saddy, Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (BRA)
Eduardo Vera-Cruz Pinto, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Edvaldo Brito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (BRA)
Fernanda Martins, Universidade do Vale do Itajaí (BRA)
Francisco Rezek, Francisco Resek Sociedade de Advogados (BRA)
Janaina Matida, Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado (CHI)
Lilian Márcia Balmant Emerique, Faculdade Nacional de Direito - UFRJ (BRA)
Luciana Costa da Fonseca, Faculdade de Direito da UFPA e do CESUPA (BRA)
Maria Cristina Carmignani, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (BRA)
Maria João Estorninho, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Rosado Pereira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Paula Vaz Freire, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Rute Saraiva, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)
Sergio Torres Teixeira, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco (BRA)
Susana Antas Videira, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (POR)

Pedro Romano Martines, *In memoriam*

Corpo de Avaliadores – Review Board

Anjuli Tostes Faria Melo
Camila Franco Henriques
Carla Valério
Caroline Lima Ferraz
César Fiuza
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes
Leonardo Castro De Bone
Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcellos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Renato Sedano Onofre
Sílvia Gabriel Teixeira
Thais Cirne
Vânia dos Santos Simões

RELATÓRIOS ACADÉMICOS

A FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE DE DECISÕES JUDICIAIS PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS*

The Review of the Constitutionality of Judicial Decisions by the Portuguese Constitutional Court

Maria Gabriela Lopes de Macedo**

O presente estudo tem como objetivo analisar o sistema de fiscalização da constitucionalidade português, em especial quanto ao controle de decisões judiciais. Utiliza-se da pesquisa bibliográfica e do recurso à análise legislativa e jurisprudencial para averiguar como a limitação ao controle de normas pelo Tribunal Constitucional Português gera déficit na proteção dos direitos fundamentais. Do estudo, percebe-se que as decisões judiciais representam a maior parte das violações de direitos fundamentais, de modo que a privação da Corte Constitucional de sua fiscalização prejudica a eficácia do sistema. Disto, verificam-se possibilidades de reforma do modelo de justiça constitucional português, com base no modelo europeu, a viabilizar uma melhor proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Justiça Constitucional; Fiscalização da Constitucionalidade; Tribunal Constitucional; Decisões Judiciais; Direitos Fundamentais.

This paper aims to analyze the Portuguese control of constitutionality system, especially about the review of judicial decisions. Bibliographical, legislative and jurisprudential research were used to investigate how the restriction on normative review by the Portuguese Constitutional Court generates a *deficit* in the protection of fundamental rights. After the analysis, it is evident that judicial decisions constitute most of the violations of fundamental rights, and the lack of review by the Constitutional Court hinders the system's efficacy. From this, possibilities for reforming the Portuguese constitutional justice model, with

* Relatório Académico apresentado na disciplina de Direito Constitucional, no ano letivo 2022/2023, no Mestrado Científico em Direito e Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação do Professor Doutor Pedro Fernandez Sánchez. Valor atribuído a este relatório: 17 valores.

** Advogada. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas na área de Direito Laboral pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Unyleya. Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUC/RS.

inspiration in the European model, are identified to search for a best protection of fundamental rights.

Keywords: Constitutional Justice; Control of constitutionality; Constitutional Court; Judicial Decisions; Fundamental Rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. A separação de poderes e a justiça constitucional; 2.1. Breve histórico: modelos de separação constitucional de poderes e surgimento da justiça constitucional; 2.2. O Tribunal Constitucional de Kelsen; 2.3. O modelo americano e o modelo europeu; 3. A fiscalização da constitucionalidade em Portugal e o Tribunal Constitucional; 3.1. Matrizes históricas da justiça constitucional em Portugal; 3.2. A atual fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal; 4. Crítica ao sistema: o Tribunal Constitucional e a (ausência de) fiscalização de decisões judiciais; 4.1. As consequências práticas das contradições do sistema: jurisprudência instável do Tribunal Constitucional; 5. A necessidade de reforma do sistema de fiscalização português; 5.1. Análise das alternativas do modelo europeu de fiscalização da constitucionalidade: o reenvio prejudicial e o recurso de amparo; 5.2. Proposta de reforma do sistema de fiscalização português; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

1. Introdução

A justiça constitucional em Portugal gera debates e controvérsias desde o seu surgimento em 1976, com a retomada da democracia. Na reforma constitucional de 1982, ainda em vigor, houve uma série de mudanças, inclusive com a criação do Tribunal Constitucional, como já se dava em diversos países da Europa. Contudo, permaneceram algumas disfunções no sistema de fiscalização da constitucionalidade, resultado das vicissitudes históricas do Estado Democrático português, que suscitam dúvidas até hoje quanto à eficácia do modelo na tutela de direitos fundamentais.

A principal característica do sistema português de fiscalização, além de seu caráter misto (difuso e concentrado), é a limitação do Tribunal Constitucional ao controle de normas. Essa condição, no âmbito da fiscalização concreta, traz como consequência, especialmente, o impedimento do TC de realizar o controle

constitucional de decisões judiciais que restrinjam direitos fundamentais. O cenário é particularmente relevante, tendo em vista que as restrições de direitos pela via judicial (juntamente com a via administrativa) são as de maior volume e maior implicação prática na vida do cidadão, sendo afastadas, contudo, do controle do TC.

Na tentativa de suavizar os efeitos dessa restrição de acesso do cidadão ao Tribunal, a própria Corte Constitucional desenvolveu uma jurisprudência expansiva para o conhecimento e o julgamento dos recursos de constitucionalidade que envolvam interpretações normativas pelos tribunais comuns.

Permaneceu, porém, uma série de questionamentos a respeito da eficácia do sistema português e da própria solução jurisprudencial criada. Quais as consequências da restrição à fiscalização normativa pelo TC? A jurisprudência expansiva da Corte soluciona o problema de acesso do cidadão? Qual seria a melhor solução para a completa tutela dos direitos fundamentais?

Nessa linha, o presente estudo propõe uma análise crítica do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, observando suas contradições e limitações, bem como as consequências dessas na tutela dos direitos fundamentais. Busca-se, ao final, identificar possíveis soluções para as deficiências do sistema, valendo-se de legislação e doutrina estrangeiras como direito comparado.

A análise se limita à fiscalização concreta da constitucionalidade, não tendo como objeto as demais modalidades de fiscalização preventiva, sucessiva abstrata e por omissão. Os efeitos e a (ausência de) vinculatividade das decisões de constitucionalidade proferidas pelo TC também não serão foco de estudo, não possuindo relação direta com a problemática central. Por fim, o exame quanto às contradições e especificidades do sistema será centrado no controle de decisões

judiciais, não sendo o foco o controle de atos administrativos, particulares ou políticos.

Assim, no primeiro Capítulo, traremos um breve contexto histórico do surgimento da justiça constitucional na América e na Europa, passando pelo Tribunal Constitucional de Kelsen e chegando à formação dos modelos americano e europeu de fiscalização da constitucionalidade. No segundo Capítulo, adentraremos as matrizes históricas da justiça constitucional em Portugal, de modo a ilustrar a construção do atual modelo português de fiscalização da constitucionalidade e as suas principais características.

No terceiro Capítulo, adentraremos propriamente nas críticas ao sistema de fiscalização português, em especial a impossibilidade de controle de decisões judiciais, demonstrando os reflexos desse cenário na tutela dos direitos fundamentais. No mesmo capítulo serão abordadas, ainda, as consequências práticas das deficiências do sistema, com a análise da jurisprudência expansiva do TC.

No quarto e último Capítulo será feita a análise dos modelos alternativos existentes (em especial na Europa), com o estudo de institutos aplicáveis (ou não) ao sistema português para, ao fim, apresentar uma proposta de reforma do sistema, rebatendo as principais críticas apontadas pela doutrina e indicando, brevemente, os projetos de revisão constitucional sobre o tema que estão atualmente em andamento.

Utilizar-nos-emos de fontes legais, constitucionais, jurisprudenciais e doutrinárias acerca do tema para, por meio de uma análise crítica, chegar à conclusão a respeito da existência ou não de um déficit na proteção de direitos fundamentais no sistema português, bem como de que vias poderiam ser adotadas para minimizar as contradições do modelo.

2. A separação de poderes e a justiça constitucional

2.1 Breve histórico: modelos de separação constitucional de poderes e surgimento da justiça constitucional

O século XVIII foi marcado pela fase embrionária da concepção constitucional da organização política do Estado, que levou ao movimento constitucional e ao próprio conceito de constituição, muito em razão de um desejo de liberdade do povo, que estava sob controle de poderes tiranos/monárquicos¹.

Mas, mesmo com o desenvolvimento do movimento constitucional, ainda não era o princípio da constitucionalidade que prevalecia, uma vez que as Constituições, principalmente na Europa, eram apenas um conceito político orientador dos poderes, limitadas à consagração e à descrição dos modos de exercício de poder². O que imperava na altura, portanto, era o princípio da separação de poderes, que servia à organização do Estado e à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos³.

Desenvolveram-se, nesse contexto, duas soluções constituintes, a norte-americana e a francesa, com esquemas orgânico-funcionais que levaram, após, a dois tipos de constituição distintos: as judicialistas e as legalitárias⁴.

¹ Nuno Cunha, *A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s)*, in *Revista de economia e direito Galileu*, Vol. 3, n. 1, Lisboa, 1998, 22.

² Cunha, *A fiscalização... cit.*, 24.

³ A Constituição regia a organização política da comunidade e consagrava um sistema de direitos e garantias dos cidadãos, além do princípio da separação de poderes, visando à limitação do governo para uma maior garantia dos princípios e direitos estruturantes da sociedade política *vd* CUNHA, *A fiscalização... cit.*, 23

⁴ Pedro Fernández Sánchez, *Lei e sentença: separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição portuguesa*, Vol. I, Lisboa, 2018, 131.

Em razão do histórico de abusos do parlamento inglês em face de suas antigas colônias, a tendência norte-americana foi de deixar o poder legislativo à margem do poder judiciário, tornando esse o órgão central na separação de poderes. Assim, o modelo norte-americano optou por um sistema anti-legalista, baseado na ideia de direitos inatos e da Constituição como mero repositório de valores materiais (que viria a se tornar a constituição judicialista)⁵.

Já o modelo francês, motivado pela ideia de reconstrução social e refundação do Estado⁶, guiou-se pelo legicentrismo e pelo anti-judicialismo⁷, tendo a lei como a vontade comum da nação (que viria a se tornar a constituição legalitária), e travando, inclusive, uma espécie de perseguição ao poder judiciário⁸. O poder legislativo era, portanto, o guardião da liberdade dos cidadãos, enquanto o poder judiciário era o obstáculo à sua eficiência.

Em meio a esse contexto, é relevante destacar a figura do Tribunal de Cassação francês, introduzido na Constituição francesa de 1791 como instrumento

⁵ Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 133.

⁶ Em meio à motivação revolucionária de romper com as raízes monárquicas e o antigo regime, os constituintes puderam apelar à sua vontade de refundar o Estado, para adotar livremente as soluções organizatórias mais adequadas para a desconstrução-reconstrução social, sendo que nenhum instrumento jurídico-político seria mais eficiente para a implementação desse programa global do que o ato legislativo *vd* Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 153-154.

⁷ Nos debates da Assembleia Nacional, mostrou-se um grande medo desse “terrível poder de nos julgar”, propondo-se, inclusive, a retirada da capacidade interpretativa dos juízes, que tornar-se-iam mera *bouche de la loi* (com influência das ideias de Montesquieu). Para mais sobre o tema *vd* Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 163 ss.

⁸ O poder judiciário foi identificado como o *poder-alvo* do sistema de separação de poderes, em razão do histórico de juízes representantes da nobreza e com interesses antagônicos à revolução. Houve uma série de atos que levaram à desvalorização e ao enfraquecimento do poder judiciário, como a proibição dos tribunais de assumirem parte do exercício do poder legislativo (Lei 16-24 de agosto de 1790), o surgimento de esquemas orgânicos que desmantelavam os corpos de juízes de carreira (com a proposta de extinção da carreira judicial), a vigilância de possível atividade judicial de rebeldia pela Assembleia, a *criminalização da fiscalização jurisdicional da constitucionalidade das leis* *vd* Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 161-169.

de fiscalização da submissão do juiz ordinário ao legislador, funcionando junto ao Corpo Legislativo.

O Tribunal de Cassação tinha o propósito de anular os julgamentos que contrariassem o texto da lei, sem prejuízo de o caso ser submetido ao Corpo Legislativo para emitir “decreto declarativo de lei” quando verificados três julgamentos ordinários contrários ao entendimento do Tribunal. Havia, ainda, a obrigação de enviar anualmente oito juízes ao Corpo Legislativo para justificar suas decisões de cassação, como uma “prestação de contas”⁹.

O Tribunal de Cassação era, portanto, o delegado do Corpo Legislativo, com a função de uma fiscalização da rebeldia judicial¹⁰, devendo remeter alguns casos ao próprio legislador e prestar contas anuais, o que, em conjunto com o regime aplicado, contribuía ainda mais para a ausência (intencional) de autonomia do poder judiciário.

A partir da Primeira Grande Guerra, quando começa a imperar na Europa, de fato, o princípio da constitucionalidade, vê-se a necessidade de se proteger a constituição, enquanto conceito material e repositório de direitos fundamentais dos cidadãos¹¹, surgindo, nesse contexto, a justiça constitucional. A justiça constitucional está, portanto, ligada ao constitucionalismo moderno do século XX, surgindo para garantir a efetividade da Constituição (e dos direitos fundamentais nela tutelados), que, na altura, era tida como norma suprema do Estado, vinculando todos os seus poderes¹².

⁹ Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 164.

¹⁰ Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 169.

¹¹ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 24.

¹² Jorge Reis Novais, *Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica*, 3ª ed, Lisboa, 2021, 34.

A justiça constitucional nasce intrínseca ao princípio da separação de poderes, que é também instrumento à garantia dos direitos fundamentais (evitando abusos por quaisquer dos poderes do Estado, por meio do sistema de freios e contrapesos). Portanto, além de a justiça constitucional dever resguardar a separação de poderes, também é regida e limitada por ela.

Em razão das experiências históricas anteriores¹³, tanto na América quanto na Europa, os regimes nacionais, em sua maioria, optaram por um heterocontrole de constitucionalidade, devendo esse controle ser jurisdicional.

O autocontrole pelo parlamento não se mostrou suficiente a satisfazer o escopo de garantia efetiva da Constituição, sendo necessária a existência de um contra-poder, exercido por órgão de índole diversa da representação política, para limitar o próprio legislativo e resguardar os direitos das minorias políticas. Esse contra-poder é, justamente, o poder judiciário, não composto por membros políticos¹⁴.

Portanto, a justiça constitucional que surge na América e na Europa, com algumas exceções, é essencialmente jurisdicional, exercida por órgãos do poder judiciário e regida pela separação de poderes, tendo como objetivo maior a guarda dos direitos fundamentais (por meio do controle de constitucionalidade de leis).

¹³ Na França, houve a tentativa de um sistema assimétrico de separação de poderes, com uma fronteira maleável entre legislativo e executivo (mecanismos de interferência mútua), mas sem grande força do poder judiciário, o que se mostrou ineficaz e situação de constante desequilíbrio, em razão da ausência de um contra-poder que não político *vd* Fernández Sánchez, *Lei e sentença... cit.*, 158ss.

¹⁴ Fernando Alves Correia, *Justiça constitucional*, 2ª ed., Coimbra, 2019, 111.

2.2 O Tribunal Constitucional de Kelsen

Em meio à necessidade de se tutelar eficazmente a Constituição, levantou-se a questão sobre quem deveria ter a competência de decidir pela (in)constitucionalidade de uma lei, ou seja, quem deveria ser o guardião da Constituição¹⁵. Iniciou-se, então, um debate teórico sobre o tema.

Carl Schmitt entendeu que as leis ordinárias poderiam ser controladas judicialmente frente às leis constitucionais, pelos tribunais comuns e em casos concretos, mas que a Constituição, como decisão política de um povo, deveria ser protegida politicamente, razão pela qual se posiciona contra a criação de um órgão jurisdicional centralizado (um tribunal constitucional) para ser o guardião da Constituição, pois acabaria por exercer funções eminentemente políticas. Ou seja, para Schmitt, apenas dúvidas sobre interpretação de leis constitucionais, em face de leis ordinárias, podem ser ocasionalmente resolvidas pelos juízes comuns, mas os litígios constitucionais, de forma abstrata e com ligação real com a Constituição, são eminentemente políticos e exaurem a competência jurisdicional¹⁶.

Hans Kelsen faz frente a esse entendimento, aduzindo que o controle judicial de constitucionalidade das leis não altera a posição constitucional da jurisdição¹⁷. Nesse sentido, Kelsen defende que o guardião da Constituição seja um tribunal próprio especializado, o Tribunal Constitucional, justaposto aos demais órgãos jurisdicionais e com a função de aferir a constitucionalidade das leis (em

¹⁵ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 22.

¹⁶ Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia, *Controle concentrado de constitucionalidade; o 'guardião da constituição'*, no *embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt*, in *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 164, Brasília, 96.

¹⁷ Franco Bahia, *Controle concentrado... cit.*, 99.

controle concentrado)¹⁸. A proposta de Kelsen se concentra no objetivo de que esse Tribunal tivesse a tarefa de assegurar a posição formal suprema da Constituição na pirâmide normativa¹⁹.

Em suma, o Tribunal Constitucional, enquanto “legislador negativo”²⁰, contribuía para assegurar a unidade do sistema jurídico, erradicando da ordem jurídica a lei que não tivesse sido produzida de acordo com as normas de competência constitucionais, de onde a lei recolhia validade e devia observância²¹.

O austríaco acreditava no Parlamento como instituição nuclear da democracia representativa, sendo que a Constituição democrática não possuiria donos, mas seria um processo de construção capaz de representar a pluralidade de forças²². Em face da construção normativista da Constituição, excluía-se das tarefas da justiça constitucional a dimensão material e valorativa das leis, em realização material/aplicação direta dos direitos fundamentais²³. Portanto, a validade que tinha em vista Kelsen, com sua proposta de justiça constitucional, era a que incidia sobre a constitucionalidade das leis, principalmente quanto a questões orgânico-formais (de competência e forma)²⁴²⁵.

¹⁸ A competência de guarda da Constituição deveria ser do TC pois esse não fazia parte nem do executivo nem do legislativo, nem teria uma posição de antagonismo perante o Parlamento e o Governo *vd* Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 116.

¹⁹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 26.

²⁰ A Criação de um TC com essa finalidade encontraria sua justificação na função política da Constituição, que é de estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder do Estado *vd* Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 116.

²¹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 27.

²² Franco Bahia, *Controle concentrado... cit.*, 89.

²³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 26.

²⁴ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 27.

²⁵ A presença de normas de princípios genéricos na Constituição significava que essa conferia ao legislador a discricionariedade de criação, discricionariedade essa que não era aceitável por parte do

Essa concepção positivista se deu, também, em razão de que eventual reconhecimento do caráter (material) supremo da Constituição significaria essencialmente a possibilidade de sua aplicação como norma jurídica por todos os juízes²⁶. Assim, na proposta de Kelsen, essa possibilidade de controle e aplicação da Constituição é apenas formal e centralizada na jurisdição constitucional especializada, o Tribunal Constitucional, de modo que restava aos juízes comuns aplicar, *de forma quase mecânica*, as leis ordinárias válidas aos casos concretos²⁷.

A atribuição ao Tribunal Constitucional da função de garantir a higidez formal do sistema, em que, se a lei é válida, deve ser aplicada pelos juízes comuns, faz um paralelo com o cenário do Tribunal de Cassação francês. Apesar de não haver a função direta do TC de cassar decisões judiciais que desaplicassem a lei, o seu papel de centralização se deu, justamente, para afastar dos juízes comuns a possibilidade de realizarem eles mesmos o controle de leis em face da constituição, impedindo a interpretação criativa dos juízes²⁸.

Em situação muito semelhante à que ocorreu na França, havia um receio de que a fiscalização da constitucionalidade de leis legitimasse eventual insubordinação dos juízes contra as novas forças progressistas que chegavam à

Tribunal Constitucional, que não poderia decidir a sorte de qualquer lei aprovada pelo Parlamento *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 30.

²⁶ Havia um grande receio da replicação do modelo americano, do judicial review, uma vez que esse modelo representaria, na Europa, retrocesso às novas concepções democráticas e de justiça social *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 32.

²⁷ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 26-28.

²⁸ As leis criadas pelo Parlamento possuem presunção de constitucionalidade, porque ele está autorizado a interpretar a Constituição, sendo que essa presunção só pode ser elidida se outro órgão encarregado – o TC, disser que a lei é inconstitucional *vd* Franco Bahia, *Controle concentrado... cit.*, 101.

Europa²⁹, de modo que a proposta de TC procurava garantir a vigência da Constituição, a integridade unitária do sistema e, ao mesmo tempo, o afastamento dos perigos da rebeldia do judiciário³⁰.

Percebe-se, portanto, que o modelo de Tribunal especializado proposto por Kelsen, antes de representar efetivo controle das normas do legislativo, cumpria o papel de retirar a competência dos juízes comuns para o controle da constitucionalidade de leis³¹.

2.3 O Modelo Americano e o Modelo Europeu

Ultrapassados os debates teóricos, na prática, o controle de constitucionalidade se deu, majoritariamente, em dois modelos: o modelo americano e o modelo europeu³².

Na América, a fiscalização da constitucionalidade se deu pelo *judicial review*, com a competência natural dos juízes de dar preferência à norma superior (Constituição) quando em colisão com a norma inferior (lei ordinária), sendo a Constituição norma jurídica diretamente aplicável³³.

²⁹ Eduardo Garcia de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4ª ed., Madrid, 2006, 63 ss.

³⁰ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 31.

³¹ Além de retirar a possibilidade de controle de constitucionalidade *material* de leis pelo poder judiciário, inclusive o próprio TC.

³² Como visto, em ambos os modelos há um sistema de justiça constitucional da soberania judicial, no qual a última palavra sobre a interpretação da Constituição pertence a um órgão jurisdicional *vd* Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 133.

³³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 18.

No modelo americano, os juízes ordinários têm o poder de declarar inconstitucional uma norma em vigor e desapplicá-la em um caso concreto³⁴. Tais características seguem a lógica da separação de poderes norte americana, que privilegia o poder judiciário em face do legislativo, em razão da ausência de suspeita política, social ou ideológica em face dos juízes³⁵.

Nesse sentido, a fiscalização da constitucionalidade nesse modelo é difusa e de competência dos tribunais comuns, atuando a Suprema Corte como juiz dos juízes, com o controle da conformidade constitucional das decisões judiciais nos casos concretos, que envolvam direitos fundamentais³⁶.

Como explica REIS NOVAIS, o modelo americano visa assegurar a supremacia material da Constituição como norma jurídica, na sua aplicação a casos concretos³⁷, e se sustenta pela força do precedente, sendo vinculantes as decisões da Suprema Corte (mais alto órgão de fiscalização de constitucionalidade), o que gera uma maior uniformidade decisória.

Apenas após a Segunda Guerra, os Estados de Direito europeus adotaram institucionalmente a fiscalização da constitucionalidade de leis, generalizando, a partir daí, a criação dos Tribunais Constitucionais³⁸. Surge então o modelo europeu de justiça constitucional, que é distinto do modelo americano.

³⁴ Destaca-se que, no modelo americano, há um efeito declaratório da inconstitucionalidade da norma. Ou seja, o juiz, que exerce o poder de controle, não anula, mas meramente declara uma inconstitucionalidade preexistente. Fator distinto do modelo de Kelsen, que previa a decisão de inconstitucionalidade do TC como constitutiva *vd* Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 136-137.

³⁵ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 18.

³⁶ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 39.

³⁷ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 40.

³⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 19.

No modelo europeu, a decisão sobre a inconstitucionalidade de normas cabe a um tribunal especializado, o Tribunal Constitucional, organicamente separado e hierarquicamente superior aos tribunais comuns, nos moldes do tribunal kelseniano³⁹.

O modelo é inspirado pelo histórico de recusa de se atribuir aos juízes comuns competências de controle de constitucionalidade da lei (com sua desaplicação), dentro da ideia francesa de soberania do Parlamento na separação de poderes (e desconfiança dos juízes), bem como da ideia de centralização constitucional do modelo de Kelsen.

Instituiu-se pela Europa, então, o Tribunal Constitucional como tribunal especializado e com competência exclusiva para decisões de inconstitucionalidade normativa, sendo a fiscalização concentrada e com efeitos *erga omnes*.

O Tribunal Constitucional tradicional funcionava como um legislador negativo e um juiz do legislador, podendo declarar a inconstitucionalidade de normas em abstrato e erradicá-las do ordenamento jurídico. O modelo de justiça constitucional europeu, desenvolvido após a Segunda Guerra, apesar da inspiração kelseniana, tornou-se algo novo, atribuindo mais competências ao Tribunal Constitucional, o qual já assume a atribuição principal de garantia dos direitos fundamentais (e não apenas de resolução de questões orgânico-formais)⁴⁰.

Assim, o atual modelo de Tribunal Constitucional (que hoje é adotado por dois terços dos países europeus) já é substancialmente distinto do modelo inicial proposto por Kelsen. Há a ideia de supremacia material da Constituição, com

³⁹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 42.

⁴⁰ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 79 e Antonio Narváez Rodríguez, *A justiça constitucional enquanto necessidade do Estado democrático in* JULGAR n. 34, Coimbra, 2018, 131.

proteção privilegiada de direitos fundamentais em face de atos de quaisquer dos poderes públicos. Com o tempo, os Tribunais Constitucionais, de um modo geral, passaram a ser também um tribunal de casos, verificando decisões judiciais em casos concretos⁴¹.

De um modo geral, hoje é possível dizer que os Tribunais Constitucionais existentes evoluíram para fórmulas mistas, com características tanto do modelo americano, como do modelo kelseniano tradicional (adotando o modelo americano na proteção dos direitos individuais e o modelo kelseniano na proteção abstrata da ordem constitucional)⁴².

Nessa linha, havendo uma questão de constitucionalidade de norma em caso concreto, cabe ao juiz comum remeter a questão ao Tribunal Constitucional (por meio do reenvio prejudicial), que decidirá especificamente sobre a constitucionalidade da norma, com efeitos *erga omnes*. Por outro lado, em alguns modelos, os cidadãos podem recorrer diretamente ao Tribunal Constitucional por meio do recurso de amparo, em caso de normas ou atos violadores de garantias constitucionais. As especificidades das soluções de fiscalização envolvendo o Tribunal Constitucional vão variar de país para país, existindo modelos híbridos⁴³.

O mais relevante a ser avaliado, independentemente da denominação formal do modelo ou dos institutos aplicáveis, é a eficácia de cada sistema de fiscalização da constitucionalidade na proteção dos direitos fundamentais (objetivo principal da justiça constitucional).

⁴¹ Hoje, o juiz constitucional do modelo europeu já não é apenas *juiz do legislador*, mas é também *juiz dos juizes* vd Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 44-45.

⁴² Narváez Rodríguez, *A justiça constitucional...cit.*, 131-132 e Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 137.

⁴³ Essas modalidades de revisão pelo Tribunal Constitucional serão mais bem exploradas em tópico posterior.

3. A fiscalização da constitucionalidade em Portugal e o Tribunal Constitucional

3.1 Matrizes históricas da justiça constitucional em Portugal

Como leciona REIS NOVAIS, a singularidade do atual sistema português pode ser explicada pelos acidentes e idiossincrasias próprios do tempo conturbado em que a Constituição de 1976 foi aprovada⁴⁴, ou, como diria CANAS, considerada consequência do casuísmo negocial partidário-militar da época⁴⁵.

De início, destaca-se que o primeiro modelo de justiça constitucional em Portugal surge com a Constituição de 1976, após a retomada da democracia⁴⁶, quando já havia, à época, dois sistemas de fiscalização mais utilizados, que eram os mencionados modelo americano e modelo europeu. Na configuração do sistema português de controle da constitucionalidade, o legislador constituinte orientou-se pelas Constituições de 1911 e 1933, que previam um sistema difuso de fiscalização de leis, confiado aos juízes comuns quando do julgamento de casos concretos⁴⁷.

Além das influências suprarreferidas, os traços essenciais do atual sistema de fiscalização da constitucionalidade têm suas origens marcadas pelo conteúdo da segunda Plataforma de Acordo Constitucional celebrada entre o MFA e os partidos

⁴⁴ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 82.

⁴⁵ Vitalino Canas, *O Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade Após 1982: Um Caso de Modelo (Quase) Integral*, in *Nos 40 Anos da Primeira Revisão Constitucional*, Lisboa, 2023, 92.

⁴⁶ Apesar de não haver, ainda, uma jurisdição autônoma com um Tribunal Constitucional, a Comissão Constitucional, em seu exercício técnico do controle concreto de constitucionalidade, pode ser entendida como o princípio da jurisdição constitucional portuguesa.

⁴⁷ A Constituição portuguesa de 1911 foi a primeira Constituição europeia a prevê a competência dos tribunais comuns para a precisar a constitucionalidade de normas jurídicas, de forma semelhante ao *judicial review*. Tal decisão teve por influência fatores históricos nacionais, surgindo como reação aos decretos ditatoriais de antes da instauração da República, inspirada também na Constituição brasileira de 1891 *vd* Alves Correia, *Justiça constitucional... cit.*, 141-142.

políticos, em fevereiro de 1976. Na ocasião, o Conselho da Revolução (CR) apresentou aos partidos uma contraproposta, na qual a fiscalização concreta ficasse a cargo desse Conselho, por via incidental de questões de constitucionalidade suscitadas nos tribunais, que lhe chegariam por meio do reenvio prejudicial (sobre quaisquer atos, e não apenas normas), depois de serem preparados os acórdãos pela Comissão Constitucional (CC)⁴⁸.

Por receio da institucionalização de uma intervenção excessiva do CR, órgão militar, na nova ordem democrática, houve uma oposição à referida proposta, por parte dos partidos centrais, como o PPD⁴⁹, que propuseram, por sua vez, um sistema de continuidade em relação à história constitucional, na qual todos os tribunais comuns poderiam julgar questões de constitucionalidade⁵⁰.

A proposta apresentada era, portanto, no sentido da entrega das questões concretas de constitucionalidade aos tribunais comuns (que seriam mais confiáveis), com recurso para um tribunal especial (que veio a ser a CC) em caso de recusa de aplicação de normas pelos juízes. Com o acréscimo da previsão recursal também em caso de aplicação de norma cuja constitucionalidade é questionada no processo, a proposta do PPD tornou-se, no fundo, a solução acolhida quanto ao modelo de justiça constitucional adotado à época⁵¹.

⁴⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 83 e Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 88.

⁴⁹ Atual PSD.

⁵⁰ Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 88.

⁵¹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 84.

Assim, conforme bem explica REIS NOVAIS, não foi uma visão estratégica que levou ao modelo de fiscalização de 1976, mas sim o receio conjuntural de uma intervenção excessiva dos militares, por parte, especialmente, do PPD⁵²⁵³.

Instituiu-se, portanto, na Constituição de 1976, um modelo misto de controle de constitucionalidade, que se assentava em um dualismo: a fiscalização abstrata de normas, a cargo de um órgão político *sui generis* (o Conselho da Revolução⁵⁴⁵⁵), que atuava com auxílio de um órgão técnico jurídico (a Comissão Constitucional), à qual tinha que solicitar parecer (não vinculante); e a fiscalização concreta, da competência de todos os tribunais comuns, com recurso para a CC⁵⁶, apenas no caso de desaplicação de normas tidas como inconstitucionais ou aplicação de normas cuja constitucionalidade é debatida nos autos⁵⁷.

Na prática, não eram verdadeiramente os militares que decidiam as questões de constitucionalidade (abstrata), mas sim a Comissão Constitucional, sendo que seus pareceres, na grande maioria das vezes, eram observados pelo Conselho da Revolução⁵⁸.

⁵² Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 85.

⁵³ Ao nosso ver, um receio legítimo, tendo em conta os longos anos de ditadura e abusos militares que influenciaram a política em Portugal, apesar de a doutrina considerar que o CR, desde cedo, teve sua morte anunciada. Veja-se Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 91.

⁵⁴ O CR era um órgão político, militar, legislativo e de controle, realizando um misto de fiscalização política e jurídica *vd* Cristina Queiroz – *Justiça Constitucional*, Coimbra, 2017, 28-29.

⁵⁵ Além da fiscalização abstrata de normas, cabia ao CR também a fiscalização preventiva da constitucionalidade e a verificação de omissões constitucionais. Para mais, veja-se Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 89-90.

⁵⁶ A Comissão Constitucional foi o primeiro órgão específico de garantia da Constituição, com composição semelhante a tribunais constitucionais, mas *não* pode ser considerado um TC, uma vez que desempenhava funções auxiliares a outro órgão, além de não possuir poder de decidir sobre inconstitucionalidades em abstrato (função do Conselho da Revolução) *vd* Jorge Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Coimbra, 2017, 170.

⁵⁷ Alves Correia, *Justiça constitucional... cit.*, 143.

⁵⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 85.

Após a revisão constitucional de 1982, o CR foi extinto e os militares saíram de cena, criando-se o Tribunal Constitucional como órgão jurisdicional especializado, fora da organização judiciária comum, e responsável pela fiscalização da constitucionalidade de normas (fazendo as vezes tanto do CR, como da CC)⁵⁹. Houve inspiração, portanto, no modelo europeu de jurisdição constitucional especializada, mas manteve-se o controle difuso por todos os tribunais.

Em teoria, o legislador da reforma gozava de ampla liberdade para escolher o sistema que entendesse mais adequado, contudo a fiscalização da constitucionalidade praticamente não sofreu alterações em face do modelo anterior, mantendo-se o essencial da fiscalização concreta nas mãos dos tribunais comuns e destinando-se o TC à fiscalização da constitucionalidade de normas. Não se providenciou a competência do Tribunal Constitucional, na fiscalização concreta, em termos idênticos aos que são adotados na generalidade dos países europeus⁶⁰.

Assim, mesmo após a reforma de 1982, permaneceram, por inércia, os aspectos anacrônicos do modelo instituído em 1976, não se realizando uma projeção crítica dos seus efeitos ao longo prazo. As consequências históricas delineadas⁶¹ foram determinantes para a manutenção, no sistema de fiscalização, de elementos contraditórios, com consequências negativas não visualizadas à época

⁵⁹ Houve outras alterações com a revisão constitucional, que não fazem parte objeto do presente trabalho (qual seja, fiscalização concreta constitucionalidade). Para mais veja-se Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade...cit.*, 172ss.

⁶⁰ Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade...cit.*, 171.

⁶¹ Pode se dizer que o atual sistema português de fiscalização da constitucionalidade é fruto da soma de quatro características (mencionadas): o *judicial review* das Constituições de 1911 e 1933, o sistema instituído inicialmente na Constituição de 1976, a revisão constitucional de 1982 e a jurisprudência do Tribunal Constitucional vd Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 87.

(em especial quanto à limitação da atuação do Tribunal Constitucional, herdada em partes da CC)⁶²⁶³.

Nesse sentido, chegou-se ao atual sistema de fiscalização sucessiva da constitucionalidade em Portugal: a) os tribunais comuns decidem, a título definitivo, as (in)constitucionalidades de atos e decisões judiciais; b) os tribunais comuns decidem as questões de (in)constitucionalidades de normas em casos concretos, cabendo recurso (às vezes obrigatório) ao Tribunal Constitucional; c) o Tribunal Constitucional decide a (in)constitucionalidade de normas, em concreto e em abstrato⁶⁴.

O atual sistema português de justiça constitucional tem, portanto, natureza mista complexa, envolvendo tanto o controle concreto (de forma difusa por todos os tribunais, inclusive o TC – apenas de normas), quanto o controle abstrato (de competência concentrada no Tribunal Constitucional)⁶⁵⁻⁶⁶.

⁶² Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 85.

⁶³ Em sentido diverso, Canas entende que a ausência de uma revisão constitucional disruptiva ocorreu, dessa vez, de maneira *intencional*, e não por um acaso conjuntural, sendo fruto da tradição de décadas do *judicial review*, da eficiência de uma fiscalização difusa com recurso a um órgão especializado (à época a CC) e da tarefa fundamental de eliminar qualquer ideologia militar, o que não permitia experimentalismos na garantia da fiscalização da constitucionalidade *vd* Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 92-93.

⁶⁴ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 86.

⁶⁵ A fiscalização difusa é concreta, predominantemente subjetiva e incidental, enquanto a fiscalização concentrada é, de regra, abstrata, objetiva e principal *vd* Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade...cit.*, 62.

⁶⁶ Alves Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 138.

3.2 A atual fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal

O sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal⁶⁷ é o que comporta, ao nosso ver, maior relevância, pois possui diversas diferenças em relação aos demais modelos de justiça constitucional, representa a expressa maioria dos julgamentos do Tribunal Constitucional, além de ser a via de acesso dos particulares à justiça constitucional⁶⁸. Passemos, portanto, a analisá-lo.

Como visto, no sistema português, são órgãos da justiça constitucional o Tribunal Constitucional, que constitui a pedra angular do sistema, e o restante dos tribunais⁶⁹. A fiscalização concreta é exercida de forma incidental e difusa por todos os tribunais comuns (art. 204º da CRP), que têm acesso direto à Constituição. Os tribunais comuns, ao julgar casos concretos, não podem aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados, de modo que, ao afastar lei tida como inconstitucional, exercem o controle de constitucionalidade⁷⁰. Cabe às partes ou ao próprio juiz, em qualquer momento do processo, suscitar a questão de inconstitucionalidade no caso.

Assim, no sistema português, todos os juízes também são, de algum modo, juízes constitucionais, não apenas porque conhecem questões de constitucionalidade, mas também porque as decidem⁷¹.

Da decisão de (in)constitucionalidade dos tribunais comuns (e somente quanto à questão de constitucionalidade), pode haver recurso de

⁶⁷ Há ainda a fiscalização preventiva da constitucionalidade, a fiscalização abstrata e a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão (art. 278 e ss da CRP), as quais não são o foco do presente trabalho.

⁶⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 129-130.

⁶⁹ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 144.

⁷⁰ Trata-se da concretização do princípio da subordinação do Estado (e todos os seus órgãos) à Constituição, consagrados no art. 3º, n. 2, da CRP.

⁷¹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 116.

constitucionalidade ao Tribunal Constitucional (regulamentado pelo art. 280º da CRP): a) quando a decisão do tribunal desaplica uma norma com base na sua inconstitucionalidade ou b) quando a decisão aplica uma norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada nos autos (art. 280º, n.1, da CRP). Como se vê, diferente dos demais TCs europeus (em que há o reenvio prejudicial), aqui as partes têm acesso direto ao tribunal pela via recursal.

Segundo a jurisprudência do TC⁷², só é possível recorrer quando a norma que vem arguida de inconstitucionalidade tiver constituído a *ratio decidendi* da resolução da controvérsia, de modo que a declaração da inconstitucionalidade pelo TC gerasse a inevitável reforma da decisão, em razão do carácter instrumental da fiscalização concreta⁷³⁷⁴.

No caso de recusa de aplicação de norma por ser entendida como inconstitucional (art. 280º, n.1, a, da CRP), as normas são divididas em dois tipos (aos olhos da própria CRP): as normas mais relevantes, quando constarem de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, e as normas menos relevantes, quando constarem de outros diplomas (como portarias, despachos, etc.). Tratando-se da declaração de inconstitucionalidade das normas mais relevantes, pode haver recurso da parte e há recurso obrigatório do Ministério Público (art. 280º, n. 3, da CRP). Em face das normas menos relevantes, pode haver recurso da parte e do Ministério Público, mas já não é mais obrigatório.

⁷² Veja-se o Acórdão n. 434/2023 do Tribunal Constitucional, de 06 de julho de 2023, <http://www.tribunalconstitucional.pt>.

⁷³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 126.

⁷⁴ Em regra, apenas cabe recurso ao TC se a constitucionalidade da norma já foi debatida nos tribunais comuns, mas há uma exceção, no caso de decisão surpresa, em que o particular não teve a oportunidade de debater a aplicabilidade da norma nos autos, podendo recorrer diretamente ao TC. Para mais, veja-se Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade...cit.*, 253 ss.

Já no caso da aplicação de uma norma, o que é atividade rotineira do judiciário, cabe recurso ao TC, pela parte que haja suscitado a questão de inconstitucionalidade anteriormente no processo (art. 280º, n. 1, b, e n. 4, da CRP)⁷⁵; bem como há recurso obrigatório pelo Ministério Público (MP) no caso de a norma já ter sido declarada como inconstitucional anteriormente pelo próprio TC (art. 280º, n. 5, da CRP).

Fica evidente das hipóteses de cabimento do recurso de constitucionalidade que o sistema de fiscalização da constitucionalidade pelo TC consiste exclusivamente no controle de normas. Além disso, a insegurança gerada pela desaplicação de uma norma ou pela aplicação de uma norma já declarada inconstitucional aconselha que se chame o TC, tribunal especializado, para apreciar e decidir a questão da constitucionalidade, razão pela qual há a previsão de que, mesmo que nenhuma das partes recorra, o MP leve a questão ao TC⁷⁶.

A obrigatoriedade recursal em casos mais relevantes destina-se a que o julgamento acerca da constitucionalidade caiba não só a tribunais formados por juízes de carreira, mas também necessariamente ao Tribunal Constitucional, órgão com legitimidade democrática (ainda que indireta), tendo em vista a indicação de seus membros pela Assembleia da República (art. 13, n.1, da LOTC)⁷⁷.

As decisões proferidas pelo TC têm, ainda, efeito de “primazia” sobre os demais tribunais, em razão de sua competência específica de administração da

⁷⁵ Ainda, a parte só pode recorrer ao TC depois de esgotados os recursos ordinários possíveis no processo, nos termos do art. 70, n. 2 e 4, da LOTC.

⁷⁶ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 122-124.

⁷⁷ Jorge Miranda, *O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal*, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, acessado em junho 24, <https://www.icjp.pt/content/o-regime-de-fiscalizacao-concreta-da-constitucionalidade-em-portugal>, 16.

justiça constitucional (art. 221º da CRP)⁷⁸. Assim, se o TC julga a inconstitucionalidade da norma no caso concreto em sentido contrário ao entendimento do tribunal comum, este fica obrigado a reformar a decisão nos termos do decidido por aquele (art. 80, n. 2, da LOTC), funcionando o TC como uma instância cassatória, sem julgar propriamente o mérito da questão⁷⁹.

Tais fatos demonstram que, apesar de ser deixado a cargo dos juízes comuns, em controle difuso, a decisão sobre a constitucionalidade de normas⁸⁰, a palavra final, na verdade, é sempre do Tribunal Constitucional⁸¹, em especial quando há recurso obrigatório pelo MP⁸². Pode-se dizer, portanto, que, na fiscalização concreta, o controle é difuso na base e concentrado no topo⁸³, gerando um sistema misto distinto dos dois modelos tradicionais de controle da constitucionalidade preponderantes (onde reside a originalidade do sistema)⁸⁴.

Relevante salientar que, na fiscalização concreta, nos termos do art. 80 da LOTC, a decisão proferida pelo TC tem efeitos restritos ao caso concreto julgado, sem força obrigatória geral, permanecendo a norma em vigor na ordem jurídica. Ou

⁷⁸ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 31.

⁷⁹ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional, Tomo II (O direito do contencioso constitucional)*, 2ª ed., Coimbra, 2011, 597.

⁸⁰ E aqui já está mais do que evidente que se trata de “norma” em sentido amplo e não apenas da lei *strictu sensu*.

⁸¹ Ao TC é atribuído o *monopólio da última palavra* na recusa das normas infra-constitucionais que infrinjam o disposto na Constituição *vd* Queiroz, *Justiça Constitucional...cit.*, 42.

⁸² A decisão dos tribunais comuns sobre a questão de constitucionalidade representa uma espécie de *introdução necessária* ao recurso para o TC *vd* J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, 983.

⁸³ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 146.

⁸⁴ Pode-se dizer que o regime português de fiscalização concreta, ao fim do dia, assemelha-se mais ao modelo concentrado europeu do que ao difuso americano, por estabelecer, por meio do recurso de constitucionalidade, a concentração da competência no TC *vd* Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 597.

seja, a decisão do TC não vincula os tribunais comuns (tampouco Administração e particulares) fora do contexto daquele caso concreto julgado, não tendo nem mesmo a obrigatoriedade de manter seu próprio posicionamento quando do julgamento da mesma norma em caso distinto ou em controle abstrato⁸⁵.

A decisão do TC poderá, contudo, ter eficácia obrigatória geral, caso a mesma norma tenha sido julgada inconstitucional em três casos concretos e seja desencadeado processo de fiscalização abstrata (art. 281º, n. 3, da CRP e art. 82 da LOTC). Tais efeitos, não são, contudo, automáticos, tampouco obrigatórios, dependendo da iniciativa oficiosa do MP ou de qualquer juiz do TC⁸⁶.

Fato é que, mesmo ante a ausência de vinculatividade, como regra, das decisões em concreto pelo TC, a existência de recurso obrigatório pelo MP garante, ao menos nos casos mais relevantes, a supremacia decisória do Tribunal enquanto principal órgão da justiça constitucional. Além disso, o normal é que essas decisões, considerando a densidade e o rigor da fundamentação, venham a ser acolhidas pelos tribunais em geral, funcionando como instrumento privilegiado nas demais decisões dos tribunais comuns⁸⁷.

Deve-se destacar que o Tribunal Constitucional, além de ser o principal órgão da justiça constitucional em Portugal, como a maioria dos TCs, serve de garantia de equilíbrio entre os diferentes poderes do Estado, em respeito ao princípio da separação horizontal dos poderes⁸⁸. Nesse sentido, é preciso verificar

⁸⁵ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 128.

⁸⁶ Miranda, *O regime de fiscalização...cit.*, 3.

⁸⁷ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 416.

⁸⁸ Como já visto, a justiça constitucional tem o condão de servir de garantia à separação de poderes, além de respeitá-la, sendo o TC seu principal órgão vd Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 406-407.

a eficiência do sistema de fiscalização da constitucionalidade e a lógica das competências do Tribunal Constitucional.

4. Crítica ao sistema: o Tribunal Constitucional e a (ausência de) fiscalização de decisões judiciais

Como visto, o Tribunal Constitucional é o principal órgão da justiça constitucional em Portugal, tendo a última palavra quanto à constitucionalidade de normas jurídicas. A missão essencial do TC é garantir a observância de regras e princípios constitucionais pelos diversos órgãos do Estado⁸⁹.

A centralidade do sistema no TC deve-se ao seu caráter especializado, o que traz uma maior eficiência na fiscalização da constitucionalidade e na defesa da separação de poderes. A justiça constitucional tem a ver com a resolução de controvérsias que impliquem em ameaça à Constituição ou à ordem constitucional, de modo que o Tribunal Constitucional é o equilíbrio de poderes no quadro do sistema político⁹⁰.

O referido tribunal tem também legitimidade democrática que, apesar de ser controversa, apresenta-se de forma indireta pela indicação de seus membros pela Assembleia da República. Ou seja, ainda que se possa dizer que os juízes do TC não têm legitimidade de origem, possuem legitimidade representativa indireta, que se manifesta no processo de nomeação político-representativo e revela o caráter democrático da composição do tribunal (que não é composto de juízes de carreira, mas de nomeações políticas)⁹¹.

⁸⁹ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 171.

⁹⁰ Queiroz, *Justiça Constitucional...cit.*, 42.

⁹¹ Paulo Otero, *Direito Constitucional Português, Vol. II - organização do poder político*, Coimbra, 2017, 415.

A concentração da palavra final da fiscalização da constitucionalidade no Tribunal Constitucional traz ao sistema a lógica do equilíbrio entre a legitimidade democrática e a função de contra-poder (ou poder contra majoritário) do órgão central da justiça constitucional, que é órgão jurisdicional com membros indicados politicamente⁹².

Além disso, do mesmo modo que o modelo europeu, por afastar-se do tradicional modelo de Kelsen, o TC tem como atribuição principal a garantia da supremacia material da Constituição e a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos (principal objeto do Estado Democrático de Direito).

Ou seja, por todo o exposto, o Tribunal Constitucional, como defensor da separação de poderes, é o órgão mais legitimado a decidir questões de (in)constitucionalidade, por ser a pedra angular da justiça constitucional e o protetor dos direitos fundamentais, criado especialmente para a defesa material da Constituição.

Apesar disso, nota-se da análise do sistema que, mesmo sendo a fiscalização concreta um incidente processual, o TC português está impossibilitado de fiscalizar a constitucionalidade das decisões judiciais. Em qualquer circunstância (concreta ou abstrata), o TC tem sua competência limitada à

⁹² Como explanado anteriormente, o poder judiciário é o contra-poder dos poderes legislativo e executivo, por não ser político, mas jurisdicional, e garantir a proteção dos direitos fundamentais mesmo que em sentido oposto à vontade atual da maioria (por isso, contramajoritário). Como leciona Capelletti, a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária, sendo que o princípio da maioria não prevalece quando pode implicar em um atentado aos direitos fundamentais, cujo conteúdo essencial deve estar isento de modificações, mesmo contra a vontade da maioria política (em face ao Estado Democrático de Direito) *vd* Cappelletti *apud* Luís Carlos Cancellier Olivo, *Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*, in Sequência, vol. 21, n. 41, Santa Catarina, 2000, 90.

fiscalização de atos normativos (atuando, em face de tal conformação do sistema, como juiz do legislador)⁹³.

Tal objeto é comum da fiscalização abstrata, que diz respeito à norma jurídica objetivamente considerada, não havendo contradições nesse sentido; porém, no sistema português, o mesmo objeto foi adotado também como opção na fiscalização concreta⁹⁴.

Assim, o objeto de fiscalização concreta da constitucionalidade é composto dos atos legislativos e do restante dos atos normativos do poder público (provenham eles do Estado ou de entes públicos distintos, como regiões autônomas, autarquias locais, entidades intermunicipais, associações públicas, etc.)⁹⁵, nas hipóteses mencionadas no art. 280º da CRP.

O TC verifica, portanto, exclusivamente se as normas em causa num litígio concreto são ou não inconstitucionais, e não propriamente se há lesão a direitos fundamentais⁹⁶. O objeto do recurso de constitucionalidade não é propriamente a decisão judicial, tampouco a questão de fundo debatida, mas a questão da (in)constitucionalidade da norma decidida no processo (com sua aplicação ou desaplicação pelo juiz comum)⁹⁷.

O conceito de norma é relevante para identificar a correta delimitação do objeto de fiscalização. Na prática, a noção de norma jurídica abrange qualquer ato do poder público que contiver uma regra de conduta para os particulares ou para a

⁹³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 156.

⁹⁴ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 87.

⁹⁵ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 189.

⁹⁶ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 87.

⁹⁷ O objeto do recurso de constitucionalidade desloca-se da própria decisão judicial para a norma à qual a questão de inconstitucionalidade diz respeito *vd* Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...cit.*, 989.

Administração, ou seja, um padrão de valoração de comportamento (caráter normativo)⁹⁸. Trata-se de um conceito funcional de norma⁹⁹, que abrange tanto preceitos de natureza geral e abstrata quanto de natureza individual e concreta¹⁰⁰, bastando que se esteja diante de ato normativo público e não ato administrativo, ato de particulares, ato político ou decisão judicial¹⁰¹¹⁰².

A limitação da fiscalização concreta aos atos normativos, quando os interesses e direitos subjetivos das partes deveriam assumir protagonismo, põe em causa a racionalidade do sistema de fiscalização constitucional português¹⁰³. Ou seja, não cabe ao TC a fiscalização da constitucionalidade das decisões judiciais, por mais graves que sejam e por mais que violem frontalmente princípios constitucionais e/ou direitos fundamentais, estando o órgão maior da justiça constitucional impedido de intervir¹⁰⁴.

REIS NOVAIS traz um exemplo acadêmico que ilustra bem o problema em questão, explanando que, caso os tribunais comuns condenem alguém à pena de morte, o que afeta frontalmente o direito fundamental à vida e representa gravíssima violação constitucional, o Tribunal Constitucional não poderá intervir, pois não está em causa a inconstitucionalidade de uma norma. Decisões violadoras de direitos

⁹⁸ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 192.

⁹⁹ Sobre o conceito funcional de norma, veja-se o Acórdão n. 130/2006 do Tribunal Constitucional, de 14 de fevereiro de 2006, <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹⁰⁰ O controle de normas deve sempre incidir sobre um preceito que lhe sirva de suporte, que permite ao TC identificar a norma que se pretende submeter à fiscalização, por referência a esses preceitos. Ou seja, ao se suscitar uma questão de inconstitucionalidade de norma, deve ser indicado o(s) preceito(s) que dela se extrai *vd* Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 193.

¹⁰¹ Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit*, 192.

¹⁰² Veja-se a decisão do TC no Ac. n. 223/2018.

¹⁰³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 87.

¹⁰⁴ O recurso de constitucionalidade português é, em qualquer uma das suas modalidades, exclusivamente normativo. Veja-se o Acórdão n. 223/2018 do Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2018, <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

fundamentais podem passar, portanto, absolutamente imunes ao controle do TC, que fica impedido de administrar a justiça constitucional nesses domínios (não normativos)¹⁰⁵.

Essa limitação traz também consequências práticas como a ausência de posicionamento do TC sobre as decisões judiciais que delimitam a eficácia dos direitos nas relações entre particulares, que apesar de representarem questões constitucionais de fundamental posicionamento, não dizem respeito à apreciação da constitucionalidade de normas, sendo que não cabe ao TC pronunciar-se simplesmente sobre decisões judiciais¹⁰⁶¹⁰⁷.

Não é difícil reconhecer que um sistema que criou um Tribunal Constitucional com a atribuição de administração da justiça em matéria jurídico-constitucional e guardião da Constituição e, ao mesmo tempo, colocou fora de sua competência matérias constitucionais das mais relevantes (nas quais ocorrem a maioria das violações a direitos fundamentais), possui graves inconsistências. Em Portugal, a atribuição da última palavra na garantia da Constituição se faz, portanto, de forma caótica, uma vez que priva o órgão supremo da jurisdição constitucional da decisão final de garantia da constituição quando não se trata de questões normativas¹⁰⁸. Nesses casos, a última palavra será de competência dos tribunais comuns.

O formato misto do sistema português tinha a ambição de abarcar o maior número de vias processuais concebíveis, ambição só não cumprida devido à

¹⁰⁵ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 88 e 136.

¹⁰⁶ Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 107.

¹⁰⁷ Como exemplo, veja-se o Acórdão n. 225/2018 do Tribunal Constitucional, de 24 de abril de 2018, <http://www.tribunalconstitucional.pt>, em caso que, embora tratasse inequivocadamente de uma situação de eficácia horizontal de direitos fundamentais, o TC não tomou posição.

¹⁰⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 90-93.

impossibilidade de fiscalização pelo TC de outros atos que não normas jurídicas¹⁰⁹. Um dos grandes problemas do sistema é que a última palavra quanto à (in)constitucionalidade de decisões judiciais pertence aos tribunais comuns, sem a possibilidade de posterior controle pelo TC.

No modelo europeu tradicional, os TCs apreciam a constitucionalidade de normas e outros atos violadores de direitos fundamentais; o mesmo ocorre com a Suprema Corte no modelo americano. Já o modelo português limita a análise do TC a normas jurídicas¹¹⁰.

Com isso, o particular não tem acesso ao Tribunal Constitucional quando vê seus direitos fundamentais violados, independentemente da gravidade, por quaisquer atos que não normativos (como é o caso das decisões judiciais), uma vez que não são objeto do recurso de constitucionalidade¹¹¹. A consequência direta das inconsistências do sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade é a desproteção dos direitos fundamentais, que acabam afastados da tutela do órgão central da justiça constitucional e guardião da Constituição. Como já ressaltado, a eficiência do sistema de controle da constitucionalidade mede-se, ao fim do dia, pela eficiência da própria proteção dos direitos fundamentais, o que está em déficit no sistema português.

O controle do Tribunal Constitucional, na prática, não está configurado constitucionalmente para controlar as violações de direitos fundamentais praticadas, não abrangendo a maioria das reais situações de lesão inconstitucional

¹⁰⁹ Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 95.

¹¹⁰ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 132.

¹¹¹ Podendo ser objeto, eventualmente, de recurso ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

a esses direitos¹¹². Isso porque um direito fundamental, na vida real, é aquilo que resultar de sua interpretação jurídica e sua aplicação pelos juízes comuns, e não da sua regulamentação legal (que por vezes é repleta de conceitos abertos)¹¹³.

Assim, as violações pontuais e concretas praticadas por decisões judiciais são a maioria das violações a direitos fundamentais no dia a dia dos cidadãos, e não as por normas jurídicas¹¹⁴. Soma-se isso ao fato de que o poder judiciário, ao contrário dos poderes políticos, não possui um poder balanceador (sendo apenas limitado pela Constituição), o que pode trazer o risco de ativismo judicial¹¹⁵. Enquanto legislativo e executivo atuam com interferências mútuas (*checks and balances*), o poder judiciário não tem um poder que o equilibre ou revise suas decisões (os próprios tribunais têm o poder de reforma das decisões judiciais, em uma espécie de autolimitação)¹¹⁶, justamente porque o judiciário serve como contra-poder não político.

¹¹² Rui Medeiros, *Futuro da fiscalização concreta em Portugal: uma proposta de evolução na continuidade, in Constitucionalismos e (com)temporaneidade – estudos em homenagem do professor doutor Manuel Afonso Vaz*, Porto, 2020, 369.

¹¹³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 151.

¹¹⁴ Em razão dos diversos filtros que o ato legislativo precisa superar, apenas excepcionalmente uma lei contém inconstitucionalidades, considerando, ainda, a consolidação dos direitos fundamentais no atual Estado de Direito, de modo que é desnecessário que o foco do sistema seja o controle de normas *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 149.

¹¹⁵ O sistema de fiscalização, que cria o Tribunal Constitucional com a função de controle e reapreciação de decisões judiciais que apliquem ou recusem aplicação de normas, funda-se, naturalmente, numa lógica de desconfiança quanto aos tribunais comuns e o mérito de suas decisões *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 154-155.

¹¹⁶ Por esse motivo, e em razão da percepção do grande poder do judiciário, desde as teorias de Montesquieu e Rousseau, esse foi identificado como a maior ameaça e alvo principal da separação de poderes, com a opção de alguns países (por exemplo da França) pela redução do peso institucional desse poder, no final do século XVIII, *vd* Fernández Sánchez, *Lei e sentença...cit.*, 161 e 325. No atual sistema português, o judiciário já possui amplos poderes, inclusive com a fiscalização da constitucionalidade, sendo necessário o seu balanceamento, por meio do órgão superior e especializado da justiça constitucional.

Tal questão se resolveria com a atribuição de competência da fiscalização constitucional das decisões judiciais ao órgão central da justiça constitucional, no caso o Tribunal Constitucional (que, como já explanado, apesar de ser também órgão jurisdicional, é mais legitimado para o controle da constitucionalidade)¹¹⁷. Como já referenciado, o papel do TC é, justamente, de garantir o princípio da separação de poderes¹¹⁸.

Em razão disso, torna-se especialmente preocupante o déficit do sistema português na fiscalização das violações a direitos fundamentais por decisões judiciais, que é o foco do presente trabalho.

4.1 As consequências práticas das contradições do sistema: jurisprudência instável do Tribunal Constitucional

Como visto, é evidente que a limitação constitucional de fiscalização apenas de atos normativos pelo Tribunal Constitucional gera um déficit no sistema português quanto à proteção dos direitos fundamentais (objetivo central da justiça constitucional). Ou seja, afastam-se do controle do TC diversas lesões de direitos fundamentais sérias, provocadas, principalmente, pelo poder judicial (que está vinculado à CRP tanto quanto o legislador).

Em vista disso, entendendo que a Constituição portuguesa recorta com amplitude o objeto do recurso de constitucionalidade, no tocante às decisões

¹¹⁷ Não se trata aqui da clássica desconfiança do poder judiciário como o “poder mau”, digno apenas de aplicar os estritos termos da letra da lei, mas de, mantendo os juizes comuns a competência para o controle difuso, garantir o equilíbrio de poderes por meio da fiscalização pelo órgão central da justiça constitucional; além, é claro, de garantir o acesso do cidadão ao TC.

¹¹⁸ O TC é um órgão constitucional essencial de regulação do processo político, além de exercer a função e garantia dos equilíbrios constitucionais entre os diferentes poderes do Estado vd Alvez Correia, *Justiça constitucional...cit.*, 192.

judiciais sobre a constitucionalidade de normas¹¹⁹, e por força da generalidade do próprio conceito de norma, a jurisprudência do TC, na tentativa de afastar as consequências contraditórias do sistema, acabou por ampliar a própria competência fiscalizatória da Corte.

Forçando a ampliação do conceito de norma para efeitos de fiscalização, o TC gerou um sistema complexo de requisitos, com fronteiras difusas, instáveis e por vezes de impossível fixação, o que gera uma desigualdade no acesso e uma arbitrariedade nas decisões de admissibilidade recursal¹²⁰.

No esforço de traçar a fronteira de sua própria competência fiscalizatória, a jurisprudência do TC reconheceu que a questão de inconstitucionalidade pode dizer respeito (i) à norma/enunciado normativo (texto da disposição jurídica), (ii) ao comando normativo que se extrai da sua interpretação pelo juiz comum (decorrente da forma de aplicação ou da recusa de uma parte/interpretação da norma por inconstitucional) e (iii) à norma criada pelo juiz (em face da criatividade do julgador)¹²¹, o que torna tarefa difícil a distinção entre a norma e a decisão judicial¹²².

¹¹⁹ Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 367-368.

¹²⁰ Com isso, o sistema português passou a se assentar em pressupostos metodológicos questionáveis, em razão da incerta fronteira entre a decisão e a norma, que não traz segurança jurídica aos particulares *vd* Paulo Mota Pinto, *Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa*, in Revista Themis, Lisboa, 2006, 205ss.

¹²¹ Em especial nessa última hipótese, a revisão deveria ser feita pelos próprios tribunais comuns, pela via do recurso ordinário, uma vez que se trata de norma criada pelo judiciário e desvinculada das normas vigentes no ordenamento, sendo que a configuração do TC é originalmente de juiz do legislador e não juiz dos juizes. Passa a se considerar, contudo, que seriam *normas virtuais*, construídas por meio de uma operação mensal e passíveis de fiscalização *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 205-207.

¹²² Vejam-se, como exemplo, as decisões do TC nos Acórdãos n. 137/85, de 24 de julho, 636/94, de 29 de novembro, 380/96, de 6 de março, 238/94, de 22 de março, e 246/2020, de 29 de abril, todos em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

Dentro do anteriormente mencionado conceito funcional de norma, combinam-se dimensões formais e materiais, não limitando ao conteúdo objetivo do comando normativo contido no enunciado, mas abrangendo igualmente conteúdos normativos que se podem imputar à interpretação/aplicação do juiz ao caso concreto¹²³.

Além disso, o TC passou a incluir, enquanto ditas interpretações normativas sujeitas à fiscalização, normas que nem sequer foram expressamente invocadas pelo juiz comum na decisão, mas que, todavia, poderiam ser implicitamente comportadas pelo conteúdo decisório¹²⁴. Como toda decisão judicial está, em regra, vinculada a algum enunciado normativo geral e abstrato, a fronteira entre decisão judicial e norma fica nas mãos do próprio TC, quando determina qual norma pode ser extraída ou não da decisão judicial¹²⁵.

Esse entendimento é seguido por parte da doutrina, que entende que, para efeito de recurso das decisões que recusem a aplicação de norma por inconstitucionalidade, é suficiente que o tribunal tenha recusado a sua aplicação num de seus sentidos possíveis, por inconstitucional, o que engloba também a parte interpretativa da decisão judicial a respeito da norma¹²⁶. Além disso, há a extensão do controle à interpretação inconstitucional de uma norma e às normas que se

¹²³ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 203.

¹²⁴ Veja-se, como exemplo, a decisão do TC no Acórdão n. 501/2018, de 10 de outubro, <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, no qual o TC pronuncia-se sobre o cabimento de recurso de constitucionalidade indicando “*norma ou interpretação normativa, aplicada – expressa ou implicitamente – pelo tribunal a quo, que repete inconstitucional*”, concluindo, contudo, que no caso haveria a pretensão de revisão da própria decisão judicial.

¹²⁵ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 206-207.

¹²⁶ Vital Moreira, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. II, Coimbra, 2014, 1019.

extraem da integração de lacunas pelos tribunais, obtidas por recurso à analogia (ou seja, normas que seriam fruto da criatividade dos tribunais comuns)¹²⁷.

Há de se observar que essa jurisprudência não é pacífica no TC, sendo que há entendimentos mais formalistas (embora mais antigos) no sentido de que apenas cabe recurso de constitucionalidade nos exatos termos da CRP e da LOTC, ou seja, quando houver a recusa de aplicação de uma norma ou aplicação de norma cuja constitucionalidade esteja em debate nos autos (sendo a norma restrita ao preceito legal existente no ordenamento¹²⁸), não incluindo meras interpretações judiciais¹²⁹.

De um modo geral, o entendimento da doutrina e da jurisprudência é de que o sistema concreto de fiscalização da constitucionalidade português realiza o controle de normas que se extraem, na prática, também por via interpretativa e criativa, e não apenas da (in)constitucionalidade do preceito legal¹³⁰.

Se o TC controla não apenas a lei em si mesma (ou o preceito legal), mas também os resultados de sua interpretação, sendo a norma um produto do processo interpretativo pelo juiz *a quo*, haverá uma fronteira tênue e de difícil distinção entre a norma e a decisão judicial¹³¹.

Além disso, se a norma virtual, fruto da fundamentação da decisão judicial, puder ter sua inconstitucionalidade declarada pelo TC, o juiz *a quo* ficaria obrigado

¹²⁷ Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa, 1999, 340-341.

¹²⁸ Distingue-se, portanto, o preceito (disposição, formulação, texto, forma linguística) da norma (regra jurídica nele contida) vd Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 329.

¹²⁹ Vejam-se, como exemplo, as decisões do TC nos Acórdãos n. 170/85, de 9 de outubro, e 425/89, de 15 de setembro, todos em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹³⁰ Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 331.

¹³¹ Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 336.

a revogar a sentença, uma vez que a norma se trata da fundamentação da própria decisão judicial, e não de uma norma existente no ordenamento. No fundo, estaria sendo contestada a constitucionalidade da própria decisão judicial¹³².

A doutrina favorável a essa ampla fiscalização pelo TC aduz que, em suma, para que se esteja diante de uma norma fiscalizável, deve estar em causa regra abstratamente enunciada e potencialmente aplicável a uma pluralidade de casos, afastada das particularidades do caso concreto, o que incluiria normas criadas pelos tribunais, mas não a valoração própria do julgador¹³³. Seriam, portanto, os casos em que o próprio legislador pode estabelecer por via legislativa solução idêntica àquela que resulta da interpretação da lei pelo tribunal¹³⁴.

Ao mesmo tempo, a jurisprudência do TC tende a afirmar que, na verificação se o objeto do recurso tem natureza normativa, não são decisivas a generalidade e a abstração da norma construída, bem como a ligação às incidências do caso concreto pode servir como mero indício de tratar-se de fiscalização da decisão judicial¹³⁵.

É certo, portanto, que não é possível encontrar um critério rígido de solução, sendo que eventuais convolações que conduzem ao controle concreto da decisão judicial desvirtuam a limitação da fiscalização de normas e representam abuso do conceito de interpretação para se forjar uma norma fiscalizável pelo TC¹³⁶. E, como visto, o próprio TC acaba por permitir esse abuso do conceito de

¹³² Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 208.

¹³³ Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 377.

¹³⁴ Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 341-342.

¹³⁵ Veja-se a decisão do TC no Acórdão n. 202/2018, de 13 de abril, <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹³⁶ Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 347.

ato normativo, expandindo sua competência fiscalizatória de forma deveras discricionária.

Assim, o próprio TC, cedendo à tentação de transformar o recurso de constitucionalidade numa espécie de recurso de amparo contra decisões judiciais, já admitiu recursos de constitucionalidade sobre a interpretação de preceito legal de natureza processual (ou seja, quanto à condução do processo pelo juiz) com base no princípio da equidade¹³⁷. A justificativa a essa jurisprudência ampliativa é de que não se podem criar obstáculos desproporcionais que dificultem o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

E parte da doutrina entende também que, se o Tribunal não sindicasse a conformidade constitucional das diferentes dimensões interpretativas dadas pelo julgador, nos casos concretos, a função da jurisdição constitucional não seria cabalmente cumprida¹³⁸.

Ocorre que o TC não tem, formalmente, competência para controlar diretamente a bondade da interpretação da lei realizada pelos tribunais comuns, e nem era essa a intenção do legislador constitucional, de modo que uma ampliação jurisprudencial arbitrária gera, na realidade, uma grande insegurança jurídica. Afinal, o que é a tarefa do juiz comum se não a interpretação de leis? Como poderia, portanto, essa interpretação representar, em si, uma norma, sem que se confunda com o teor da decisão judicial propriamente dita? E como saber quando o TC irá declarar sua própria competência para julgar decisões judiciais ou não?¹³⁹

¹³⁷ Vejam-se as decisões do TC nos Acórdãos n. 469/91, de 18 de dezembro, 197/2007, de 24 de março, e 277/2007, de 2 de maio, todos em <http://www.tribunalconstitucional.pt/>.

¹³⁸ Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 382.

¹³⁹ Um exemplo dessa instabilidade é a decisão do TC no Acórdãos n. 127/2021, de 18 de março, <http://www.tribunalconstitucional.pt/>, que, ao contrário de outras decisões, como o mencionado Ac. 197/2007, não admitiu recurso com relação a norma processual por entender que, no caso, tratar-se-

Com isso, o sistema português de fiscalização concreta acaba fazendo de seus recursos constitucionais um quase-amparo, facilitados pela força expansiva do conceito de norma fiscalizável, permitindo alcançar, em alguns casos, proteção semelhante a sistemas como o espanhol e o alemão (que possuem, de fato, o recurso de amparo ou a queixa constitucional)¹⁴⁰. Sendo o controle de normas nessa perspectiva muito vasto, os poderes do TC tornam-se muito amplos, de modo que as possibilidades de fiscalização concreta, no fundo, por vezes englobam a constitucionalidade de meras decisões judiciais¹⁴¹.

Uma vez que o TC tem competência para julgar a inconstitucionalidade da norma na concreta interpretação/criação feita pelo juiz comum (incluindo normas implícitas ou virtuais), é forçoso concluir que se encontra dissipada a fronteira entre o controle da constitucionalidade da norma e da decisão judicial. Como consequência disso, instauraram-se uma imprecisão e um casuísmo, com a incerteza dos critérios de admissibilidade recursal e a insegurança num domínio que deveria ser transparente, claro e perceptível aos interessados¹⁴².

A jurisprudência expansiva do TC pode levar a crer que cai por terra o grave déficit de proteção de direitos fundamentais gerado pela limitada fiscalização constitucional no sistema português¹⁴³, porém, na realidade, ela gera ainda mais graves consequências. Isso porque, sendo um limite muito controverso, torna-se

ia de recurso da decisão e não de um critério normativo. O debate do próprio acórdão demonstra a discricionariedade e insegurança jurídica da jurisprudência do TC.

¹⁴⁰ Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 370.

¹⁴¹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 139.

¹⁴² Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 140 e 210.

¹⁴³ Nesse sentido, Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.* 372, 370, e Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1044ss.

difícil saber quando, de fato, o TC irá conhecer de um recurso de constitucionalidade interposto¹⁴⁴¹⁴⁵.

Como leciona REIS NOVAIS, o *distinguo* entre o controle da interpretação normativa e propriamente da decisão judicial não é dogmaticamente possível, não havendo como se distinguir com clareza e de forma comprovável qual dessas está em causa no recurso, que pode ser diversamente percebido dependendo da perspectiva de quem vê. Na prática, um recurso de constitucionalidade é admitido consoante quem decide quer ou não o receber¹⁴⁶.

Como se vê, a expansão da competência do TC no julgamento de recursos constitucionais, na verdade, não proporciona aos particulares um maior acesso à Corte Constitucional, tampouco maior gama de proteção de seus direitos fundamentais, mas apenas torna discricionária a atuação do tribunal, que, na prática, irá ampliar o cabimento do recurso de constitucionalidade em alguns casos e permanecer com uma postura formalista em outros¹⁴⁷, a depender do julgador, do momento político, do volume de demanda, etc.

Isso se dá, justamente, por tratar-se de uma disposição jurisprudencial desajeitada, que objetiva suprir um déficit fiscalizatório, e não uma previsão

¹⁴⁴ Isso se dá, principalmente, porque o TC insiste na pretensa diferenciação da fiscalização da interpretação normativa (que se enquadraria no conceito de norma) e a fiscalização propriamente da decisão judicial, hipótese em que não caberia recurso. Utilizando-se dessa pretensa distinção, o tribunal acaba por aplicar critérios discricionários de classificação em cada caso concreto *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 210.

¹⁴⁵ Além disso, não só as fronteiras do controle são incertas como o sistema acaba por permitir aos particulares uma exploração quase ilimitada de interesses privados cada vez mais distantes da competência constitucional do Tribunal Constitucional *vd* Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 369.

¹⁴⁶ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 210-211.

¹⁴⁷ O TC, ao mesmo tempo que amplia sua competência, adota uma leitura formalista dos requisitos de admissibilidade do recurso de constitucionalidade, sendo que o próprio TEDH reconheceu no Processo n. 55997/14 que muitos dos recursos de constitucionalidade não são admitidos.

constitucional expressa quanto à competência revisional de decisões judiciais pelo TC. Não sendo hipótese de cabimento consignada na CRP, a interpretação do TC pode ser diversa quanto à sua própria competência, caso a caso.

Desse modo, além do déficit na proteção dos direitos fundamentais causado pela contradição inerente ao sistema (com a impossibilidade de fiscalização pelo TC de decisões judiciais restritivas de direitos), cria-se também uma grande insegurança jurídica, em face da dificuldade de distinção entre norma e decisão judicial, conforme jurisprudência do TC¹⁴⁸. Ante a solução alternativa trazida, o sistema, que já era deficitário, passa a apresentar também fatores de irracionalidade interna, que geram insegurança jurídica e desigualdade¹⁴⁹.

Não se discute que, estando em causa o resultado de uma interpretação contrária à Constituição e potencialmente aplicável a vários casos concretos, a eventual rejeição da competência do TC seria contraditória com a própria tarefa de fiscalização¹⁵⁰, porém trata-se, na verdade, de uma incoerência do próprio sistema, que não é, de fato, resolvida com a jurisprudência ampliativa do TC (que, na prática, apenas cria um novo problema).

Ao fim do dia, é o Tribunal Constitucional quem decide sobre sua própria competência, dizendo definitivamente (pois de suas decisões não cabe recurso) se as questões que chegam até ele são ou não questões de inconstitucionalidade que

¹⁴⁸ Parte da doutrina entende, contudo, que não haveria um déficit significativo no sistema de fiscalização da constitucionalidade, bem como seria excesso de formalismo ater-se à fiscalização apenas normativa, sem ampliação para interpretações (entendimento com o qual não concordamos) *vd* Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 383ss.

¹⁴⁹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 200.

¹⁵⁰ Como defende Medeiros, *Futuro da fiscalização...cit.*, 370.

se enquadram no seu poder jurisdicional¹⁵¹. Esse é o preço da admissibilidade da fiscalização da constitucionalidade de meras interpretações da lei¹⁵².

5. A necessidade de reforma do sistema de fiscalização português

5.1 Análise das alternativas do modelo europeu de fiscalização da constitucionalidade: o reenvio prejudicial e o recurso de amparo

Em busca de uma possível solução para o déficit do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, é relevante analisar como funcionam os demais sistemas de fiscalização, em especial os do modelo europeu, construção necessária para elaboração de propostas de reforma ao sistema.

Os principais sistemas europeus de fiscalização de constitucionalidade possuem um Tribunal Constitucional, sendo que a extensão da competência do TC, na resolução de casos concretos, faz-se por dois meios: o reenvio prejudicial e o recurso de amparo.

A fiscalização concreta no modelo europeu é realizada por meio do mecanismo de reenvio prejudicial ou questão prejudicial, hipótese na qual o tribunal *a quo*, em caso de dúvida ou juízo de inconstitucionalidade (a respeito de normas), envia ao TC a questão de constitucionalidade para decisão, suspendendo o processo principal em curso¹⁵³. Nesse sistema, diferente do sistema português, os tribunais comuns não têm acesso direto à Constituição para decidirem questões de constitucionalidade normativa, sendo que apenas apreciam o incidente processual e remetem ao TC (conhecem mas não decidem a questão de

¹⁵¹ Miranda, *O regime de fiscalização...cit.*, 17.

¹⁵² Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 340.

¹⁵³ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 50.

constitucionalidade)¹⁵⁴. Portanto, não há um controle de difuso, mas apenas concentrado no TC.

Entrando nos principais exemplos, no caso da Áustria, quando os tribunais tiverem dúvidas sérias quanto à constitucionalidade de uma norma, devem suspender o processo e remeter ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), sempre que assim o entendam, devendo especificar as objeções à constitucionalidade da lei¹⁵⁵. Na Alemanha, se um tribunal chegar à conclusão de que uma norma não é compatível com a Constituição (*Grundgesetz*), deve também interromper o processo e solicitar a intervenção do Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), que irá decidir apenas sobre a (in)constitucionalidade da norma¹⁵⁶.

Na Espanha, a questão de inconstitucionalidade compete a todos os tribunais, que podem tomar a decisão de levá-la ao TC. É realizado um *previo juicio* sobre a inconstitucionalidade da norma, sendo competência de *rechazo* apenas do TC. Já na Itália, a questão de constitucionalidade também é suscitada incidentalmente num processo judicial, pelas partes, pelo Ministério Público ou pelo próprio tribunal, sendo que apenas o tribunal pode submeter a questão ao TC (*Corte Costituzionale*), caso: (i) a questão seja prejudicial e relevante, e (ii) haja

¹⁵⁴ Enquanto no reenvio prejudicial os tribunais comuns fazem uma prévia análise da constitucionalidade de remetem ao TC para decidir (antes do julgamento do mérito), no sistema português o juiz comum profere a decisão e, só após ela, pode haver recurso ao TC, que pode ser (ou não) no sentido de retorno para a reforma da decisão do juízo *a quo*. Há diferença também quanto aos efeitos das decisões do TC, que em Portugal são *inter partes* e nos demais países mencionados são *erga omnes*.

¹⁵⁵ Relevante destacar que, no caso da Áustria, apenas os tribunais Supremos e de 2ª instância tem legitimidade para remeter tais questões ao TC.

¹⁵⁶ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 50-51.

uma justificação prévia (não seja manifestamente infundada). Do mesmo modo, a decisão do processo fica suspensa até a solução pelo TC¹⁵⁷.

Portanto, pode se dizer que o modelo europeu de fiscalização concreta da constitucionalidade funciona de forma concentrada no TC, por meio do reenvio prejudicial, com a remessa dos tribunais comuns das questões de constitucionalidade ao TC, que tem a competência de julgá-las.

Além disso, outro mecanismo comum entre os países europeus é o do recurso de amparo ou queixa constitucional. O recurso de amparo é considerado uma garantia constitucional à tutela de direitos fundamentais. Há diferentes opções, dentre os vários sistemas que utilizam o amparo, sobre o leque de direitos fundamentais potencialmente protegidos por esse recurso, podendo ser utilizado: só contra atos ou também contra omissões, abrangendo violações de qualquer origem (atos políticos, legislativos, judiciais) ou só alguns tipos de restrições de direitos fundamentais¹⁵⁸.

Existe o amparo internacional, em face do TEDH, como última instância de proteção de direitos fundamentais, porém muitos sistemas jurídicos europeus instituem o recurso de amparo como uma garantia interna de seu sistema de fiscalização da constitucionalidade.

Tomando como paradigma a experiência alemã, a queixa constitucional (*verfassungsbeschwerde*) é utilizada como mecanismo efetivo de proteção dos direitos fundamentais, contra atos do poder público (legislativo, executivo ou

¹⁵⁷ Cunha, *A fiscalização... cit.*, 50-51.

¹⁵⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 62.

judiciário). São necessários, contudo, subsidiariedade (esgotando previamente as vias ordinárias¹⁵⁹) e ausência de jurisprudência firme em sentido contrário¹⁶⁰.

No caso espanhol, o recurso de amparo também serve à defesa de direitos fundamentais, sendo que tal violação não pode já ter sido reparada pelos tribunais comuns, bem como não pode dizer respeito a uma interpretação abrangente pelo tribunal comum ou ter como objeto um ato legislativo. Assim, o amparo tem natureza extraordinária (com violação real e efetiva de um direito fundamental), excepcional (ausência de reparação anterior) e subsidiária (via sucessiva de defesa)¹⁶¹¹⁶².

É de se salientar que a LOPJ espanhola, no seu art. 241.1, implicou a criação do recurso de amparo como instituto plenamente subsidiário em relação à jurisdição comum, uma vez que confere-se, na verdade, à jurisdição ordinária a oportunidade processual de remediar lesões que suas decisões tenham perpetrado antes de se poder convocar o amparo no contexto do incidente de nulidade de atuações do poder judicial¹⁶³.

Por fim, merece destaque também o sistema austríaco, no qual há o recurso de amparo, mas não se admite que o recurso individual tenha por objeto atos judiciais, sendo reduzido apenas aos atos administrativos¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Que inclui não apenas o esgotamento da via recursal nos tribunais comuns, mas também o esgotamento de todo tipo de meios de proteção judicial e extrajudicial do direito.

¹⁶⁰ Daniela Alexandra dos Santos Cruz, *O recurso de amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa*, Lisboa, 2018, 23.

¹⁶¹ Cruz, *O recurso de amparo... cit.*, 26.

¹⁶² No sistema espanhol, a expressa maioria dos recursos de amparo dizem respeito a atos jurisdicionais *vd* Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1052.

¹⁶³ Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.* 1055.

¹⁶⁴ Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1051-1052.

De um modo geral, o recurso de amparo constitui essencialmente a possibilidade de o titular de um direito fundamental constitucionalmente reconhecido aceder ao órgão principal da jurisdição constitucional (no caso o TC) para a defesa contra afetações de responsabilidade dos poderes públicos reputadas como inconstitucionais e para as quais não obteve reparação eficaz pela via jurisdicional comum. Assim, a importância do amparo reside na garantia ao particular de fazer chegar a violação de seu direito fundamental ao TC (instância jurisdicional suprema na fiscalização da constitucionalidade), ou seja, garante o acesso direto do cidadão ao TC¹⁶⁵. Além disso, o referido recurso serve a dar vigência aos valores constitucionais, função principal da justiça constitucional.

Como leciona REIS NOVAIS, há uma verificação de que, sempre que é adotado numa dada ordem jurídica, o amparo tem um grande sucesso e tende a desempenhar um papel fundamental, quase monopolizador, no sistema de fiscalização constitucional¹⁶⁶. Isso se dá porque o recurso de amparo tende a ser simples e acessível, isento de custas e formalidades especiais, além de adequado às necessidades de defesa dos direitos fundamentais dos titulares¹⁶⁷.

Para evitar uma sobrecarga recursal do TC, em face do fácil acesso ao amparo, há a instituição de requisitos de filtragem, que resultam na natureza subsidiária do amparo (sendo os tribunais comuns a primeira competência para sanar a violação ao direito fundamental), bem como na restrição da natureza da lesão ao direito (devendo ser atual, pessoal e imediata)¹⁶⁸. Como exemplo de alguns filtros do amparo, há, na Espanha, a necessidade de uma “especial

¹⁶⁵ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 62.

¹⁶⁶ Em sentido oposto, veja-se Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1052ss.

¹⁶⁷ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 64.

¹⁶⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 69-72.

transcendência/relevância constitucional” (art. 51, b), da LOTC) e, na Alemanha, um “significado jurídico-constitucional fundamental” (art. 90.1 da LTCFA).

Sabe-se que, na prática, os filtros reduzem muito o alcance do amparo, que muitas vezes não é conhecido, porém há, de todo modo, o direito do particular de ver apreciada a questão constitucional pelo TC (ainda que não no seu mérito).

Em suma, no modelo europeu, a fiscalização de normas jurídicas em concreto é realizada por meio do reenvio prejudicial, com a competência apenas do TC no julgamento da questão de constitucionalidade, sendo que, no caso de violações gerais de direitos fundamentais, há a via do recurso de amparo, para fiscalização de atos lesivos de outros poderes públicos, como, por exemplo, o poder judiciário¹⁶⁹.

5.2 Proposta de reforma do sistema de fiscalização português

Após toda a análise do sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal, verifica-se que a restrição do TC à fiscalização de normas, com a impossibilidade de revisão de decisões judiciais, gera um grave déficit na proteção de direitos fundamentais. Além disso, na tentativa de amenizar as consequências das limitações do sistema, a jurisprudência expansiva do TC acaba por, na verdade, gerar um novo problema de insegurança jurídica e ausência de isonomia, com a discricionariedade de critérios utilizados que extrapolam os termos da CRP.

Não há razões que justifiquem que os cidadãos continuem sem a possibilidade de acesso direto ao TC contra violações relevantes de seus direitos

¹⁶⁹ Com “modelo europeu” diz-se o considerado utilizado pelos ordenamentos mais emblemáticos, porém não é unanimidade uma vez que, além de Portugal, na Itália também não se consagra o amparo, sendo a constitucionalidade de atos administrativos e sentenças apreciada em controle difuso pela jurisdição comum.

fundamentais, quando praticadas por órgãos distintos do legislador, como nos atos e omissões dos tribunais comuns¹⁷⁰. Um sistema no qual a justiça constitucional não cumpre o seu papel fundamental, de proteção da constituição e dos direitos fundamentais nela previstos, não se mostra eficiente, razão pela qual é necessária a busca pela sua reforma, na tentativa de suprir as disfuncionalidades do sistema.

Verificamos que o modelo vigente em vários sistemas de Tribunal Constitucional combina a consagração do recurso de amparo e do reenvio prejudicial. E a proposta de reforma de REIS NOVAIS é justamente essa, de substituição global do atual modelo de fiscalização concreta em Portugal pelo modelo europeu, que combina as duas vias recursais mencionadas. Assim, a ordem jurídica conservaria todas as possibilidades atualmente existentes de garantir a integralidade constitucional do ordenamento, sem perderem os particulares a possibilidade de tutelar adequadamente seus direitos afetados por normas, mas também com a possibilidade de se defender de todas as agressões aos direitos fundamentais de responsabilidade de qualquer dos poderes públicos¹⁷¹.

Porém, a nosso ver, o fim do recurso de constitucionalidade, com a sua substituição pelo reenvio prejudicial, não nos parece a melhor solução. Devemos nos atentar que o reenvio prejudicial retiraria da competência dos tribunais comuns o controle difuso de constitucionalidade das normas, sendo que esses realizariam apenas a remessa do recurso ao TC, conforme seu critério.

Dessa forma, não só os tribunais comuns perdem a sua função na justiça constitucional, como os particulares perdem o seu acesso direto ao TC quanto à (in)constitucionalidade normativa. Tal cenário pode parecer o adequado para

¹⁷⁰ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 241.

¹⁷¹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 248.

reduzir a carga recursal do TC, porém reduz, ao mesmo tempo, o acesso do particular ao Tribunal, o que se busca na verdade ampliar.

As alternativas da fiscalização preventiva e da fiscalização sucessiva abstrata da constitucionalidade não servem a suprir essa lacuna, uma vez que necessitam de legitimados especiais e não podem ser utilizadas pelos cidadãos, que ficariam sem acesso direto ao TC quanto a inconstitucionalidades normativas¹⁷².

Além disso, não se pode ignorar a tradição do controle difuso português, que vem desde a Constituição de 1911, tendo permanecido praticamente inalterada até hoje. A reforma pelo reenvio prejudicial acabaria por retirar dos tribunais comuns o poder de acesso direto à CRP¹⁷³, o que, ao fim do dia, também sobrecarrega o TC. Isso se dá, pois a fiscalização difusa, compondo os juízes comuns a justiça constitucional, gera evidente “auxílio” ao TC quanto ao julgamento das demandas constitucionais.

Quando se retira a competência dos juízes comuns para a fiscalização difusa da constitucionalidade, transfere-se ao TC toda decisão no tema, que por vezes se solucionaria de forma definitiva nos âmbito dos tribunais comuns, pelo contentamento das partes com o resultado e pela ausência de recurso¹⁷⁴. Assim, na tentativa de desafogar o TC, poderia acabar aumentando a quantidade de litígios

¹⁷² O amparo, na forma que opera nos demais ordenamentos, não se justifica em face de inconstitucionalidades normativas e também assim não poderia ser no sistema português, uma vez que seria criado um recurso ainda mais amplo, além de não haver necessidade de duas vias distintas para sanar os mesmos tipos de violações constitucionais (aquelas referentes a normas).

¹⁷³ A substituição do atual sistema por um modelo concentrado de reenvio prejudicial seria uma “amputação” do poder de decidir dos juízes comuns, gerando uma distinção inaceitável entre *juridicidade* e *constitucionalidade* vd Maria Fernanda Palma, *Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional* in Themis, Ano I, n.1, Fortaleza, 2000, 30.

¹⁷⁴ Não se ignora a existência das hipóteses de recurso obrigatório pelo MP, porém sabe-se que a maioria das decisões dos tribunais comuns se dá no sentido da *constitucionalidade* de normas, o que, se não houver recurso das partes, como regra, não gera recurso ao TC.

que chegariam ao seu poder decisório (mesmo diante o filtro prévio dos magistrados)¹⁷⁵.

Ou seja, com o fim do recurso de constitucionalidade e a instituição do reenvio prejudicial, retira-se o acesso direto dos juízes comuns à CRP e das partes ao TC, além de garantir ao TC o monopólio de todas as questões de constitucionalidade normativa.

A remoção da base difusa do controle concreto da constitucionalidade, por meio da eliminação radical da competência dos tribunais comuns para decidirem sobre questões de constitucionalidade¹⁷⁶, criando um controle integralmente concentrado, pelos motivos expostos, não nos parece a solução mais adequada.

Por sua vez, a instituição do recurso de amparo no ordenamento jurídico português nos parece a melhor ideia de reforma para uma maior proteção dos direitos fundamentais. O amparo seria a resposta adequada à principal deficiência do sistema português, qual seja o déficit na proteção de direitos fundamentais contra agressões, especialmente do poder judicial¹⁷⁷.

A adesão tardia ao instituto traz a vantagem de colher lições das experiências dos outros mencionados países, como Espanha e Alemanha, que já muito foram estudados e testados, tendo passado, inclusive, por reformas progressivamente instituídas¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Nem toda decisão que declara a constitucionalidade de uma norma chega ao TC, *se não for de interesse das partes*. É fundamental *garantir-se* o acesso direto das partes ao TC, bem como a *competência* do TC para julgar quaisquer tipos de constitucionalidades, porém, caso a decisão de constitucionalidade do juízo de origem seja suficiente à satisfação das partes com a solução do litígio, tal questão nem mesmo chegará ao TC.

¹⁷⁶ Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1064.

¹⁷⁷ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 249.

¹⁷⁸ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 249.

Assim, com o amparo, os particulares poderiam aceder ao TC para ver tutelados seus direitos fundamentais que não são protegidos pela via do recurso de constitucionalidade, pois dizem respeito a restrições por decisões judiciais. Sanar-se-ia, portanto, o déficit na proteção desses direitos, que chegariam à análise do TC por via específica (o que hoje se vê obstado em face da limitação à fiscalização normativa).

Além disso, havendo a via própria para a tutela das violações cometidas por decisões judiciais, a consequência lógica é que cesse a necessidade de interposição e julgamento de recursos de constitucionalidade com objetos amplos e distantes da atual previsão da CRP. Ou seja, instituindo-se meio próprio para controle da constitucionalidade de decisões judiciais pelo TC (o amparo), o recurso de constitucionalidade não seria mais utilizado de forma indevida, ficando restrito à fiscalização constitucional de preceitos normativos. Dessa forma, evita-se a discricionariedade do TC quanto ao conhecimento de recursos de constitucionalidade, bem como o debate sobre a diferenciação (fictícia) entre a interpretação normativa e a própria decisão judicial.

Obviamente, uma cuidadosa regulamentação do instituto do amparo demanda fixação de condições precisas de sua utilização, assegurando que os particulares só possam aceder ao TC após esgotarem as vias judiciais comuns existentes (subsidiariedade) e que esse seja a única via para sanar a afronta ao direito vindicado (excepcionalidade), além de verificar requisitos pré-estabelecidos de admissibilidade recursal (instituindo filtros como da intensidade da lesão sofrida e da relevância constitucional da questão concreta)¹⁷⁹.

¹⁷⁹ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 249-250.

A instituição de filtros, como o exemplo da transcendência recursal utilizada na Espanha, é fundamental para evitar uma sobrecarga por parte do TC, para que sejam levados ao conhecimento de mérito apenas questões de justificada relevância. Esses filtros devem ser, é claro, adaptados à realidade da vida jurídica em Portugal.

Na seara dos recursos constitucionais, um outro exemplo que se assemelha ao amparo¹⁸⁰ e utiliza-se de filtros é o “recurso extraordinário” brasileiro, dirigido ao Supremo Tribunal Federal (STF). Apesar de guardar particularidades, o sistema de controle constitucional brasileiro também é misto (difuso e concentrado), cabendo recurso extraordinário em face das violações constitucionais existentes nas decisões dos tribunais comuns em única ou última instância (o que demonstra a sua subsidiariedade)¹⁸¹. Além disso, são requisitos do RE a existência de ofensa direta e literal à Constituição¹⁸² e de repercussão geral da controvérsia suscitada¹⁸³.

A repercussão geral é o principal filtro do RE, admitindo sua demonstração por fato social, político econômico ou jurídico, visando a ultrapassar o interesse subjetivo das partes. Apesar de ser um conceito aberto, caso seja afastada a repercussão geral (pelo quórum de dois terços dos ministros do STF), todos os demais recursos sobre o tema serão rejeitados. Além disso, há presunção absoluta

¹⁸⁰ Cabe aqui a ressalva de que o RE, apesar de ter amplo objeto, é um recurso típico do curso processual (incidental a um processo judicial), razão pela qual tem particularidades em face do amparo (há quem diga que o amparo se assemelha mais a uma espécie de mandado de segurança). Porém, na nossa opinião, principalmente por ambos serem recursos constitucionais, suas distinções não impedem o comparativo, tampouco a inspiração nos filtros recursais, que podem ser aplicados ao caso.

¹⁸¹ Art. 102, III, “a”, da CRFB.

¹⁸² Conforme Súmula 636 do STF, não cabe RE quanto à violações constitucionais que demandam interpretação da legislação infraconstitucional, como, por exemplo, ao princípio da legalidade – art. 5º, II, da CRFB.

¹⁸³ Art. 102, §3º, da CRFB.

de existência de repercussão geral quando o recurso tratar de violação à Súmula do STF, violação à jurisprudência consolidada da Corte e a temas julgados em incidentes de demandas repetitivas¹⁸⁴. Ou seja, a Corte firma e segue seus precedentes quanto ao principal filtro do RE, o que torna o processo menos subjetivo e traz uma maior segurança jurídica quanto à admissão.

Em suma, ainda que se diga que haveria certo subjetivismo na admissão dos recursos de amparo, quanto à aplicação dos filtros pelo TC, a solução aqui proposta demanda uma cuidadosa delimitação dos requisitos e filtros pelo legislador, de modo a trazer o maior objetivismo possível ao processo. Além disso, um modelo a servir de inspiração é o brasileiro, no tocante à vinculatividade da Corte aos seus precedentes sobre a transcendência/repercussão geral da questão constitucional, que gera uma mínima segurança jurídica quanto a quais temas possuem ou não relevância constitucional suficiente ao cabimento do amparo¹⁸⁵.

Não há como se concluir, portanto, que o eventual subjetivismo na admissão do amparo seja comparado à discricionariedade atual do TC quanto à admissão do recurso de constitucionalidade, sendo essa última muito mais expressiva.

Há ainda alguns argumentos contrários à instituição do amparo, destacados pela doutrina, como: (i) a simples adesão do amparo dobraria o volume recursal que chega ao TC; (ii) o amparo levaria à inundação do TC de recursos protelatórios; (iii) nos países em que instituído o amparo, a maior parte dos recursos não chega à análise de mérito; (iv) há desnecessidade do instituto em face da suficiência do atual

¹⁸⁴ Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro Cunha, *Curso de Direito Processual Civil*, Vol. 3, Salvador, 2023, 432 ss.

¹⁸⁵ A ausência de efeitos gerais (para além do caso concreto) nas decisões do TC são, inclusive, objeto de crítica pela doutrina *vd* Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 139ss.

sistema (com o “quase-amparo”); (v) o recurso de amparo acabaria por “matar” o instituto da fiscalização concreta. Passa-se a abordá-los.

(i) Não há que se falar em uma soma do volume de recursos de amparo e do volume de recursos de constitucionalidade existentes, uma vez que, como explanado, o amparo serviria para escoar os recursos de constitucionalidade impertinentes, que seriam agora destinados à via adequada. O aumento de recursos pela via do amparo seria proporcional à redução de recursos de constitucionalidade (pois cessaria a interposição de recursos de constitucionalidade que verssem sobre violações judiciais).

Com a instituição do recurso de amparo em Portugal não se pretende que esse seja simplesmente adicionado a todas as hipóteses de acesso ao TC já contempladas pelo sistema, mas apenas àquelas que ainda não possuem via adequada, desde que relevantes. Ou seja, seriam significativamente reduzidos os recursos de constitucionalidade interpostos, sendo que esses seriam de uma razoabilidade muito maior, em razão da ausência de “improviso” para ver a tutela de seus direitos, que agora possui via própria.

Garantida aos cidadãos a via efetiva de acesso ao TC para a defesa de seus direitos fundamentais, desapareceria a necessidade de recurso das decisões dos tribunais ordinários nos moldes atualmente vigentes (desvirtuando o objeto do recurso de constitucionalidade)¹⁸⁶.

(ii) O argumento de que o amparo levaria a uma saturação do TC com a negativa de recursos descabidos não parece justificar a impossibilidade de sua

¹⁸⁶ Reis Novais, *Sistema português...cit.*, 251.

implementação quando tal situação, na realidade, já acontece¹⁸⁷. O TC já está inundado de recursos de constitucionalidade descabidos, que apontam violações de decisões judiciais sob pretexto de tratarem de violações normativas. Ocorre que, atualmente, a situação é mais grave do que supostamente seria com o amparo, uma vez que a utilização da via inadequada se dá, muitas vezes, não pelo simples intuito protelatório, mas pela ausência da via adequada para a proteção dos direitos fundamentais.

Com uma via recursal adequada, logicamente reduziriam os recursos descabidos. E diga-se: a existência de recursos meramente protelatórios sempre existirá quando há uma cultura protelatória na advocacia, de utilizar-se dos meios institucionais para “ganhar tempo”, afrontando a boa-fé processual, não sendo a solução retirar o acesso dos particulares ao TC. O que melhor solucionaria tal questão seria, na verdade, a concessão apenas excepcional de efeitos suspensivos ao recurso, que frustraria os objetivos de atraso no curso processual.

(iii) E, assim, aproveita-se para impugnar o argumento a respeito do grande número de recursos de amparo que não chegam à análise de mérito nos países em que instituídos. A negativa de recursos protelatórios não demonstra a ineficiência do instituto, mas sim a aplicação devida dos filtros de admissibilidade (que objetivam, justamente, rejeitar feitos descabidos). Além disso, para se evitar que haja a negativa de recursos cabidos, inclusive de forma discricionária pelo Tribunal, devem ser instituídos os devidos filtros (já explanados), de forma objetiva, a serem cuidadosamente regulamentados pela LOTC.

¹⁸⁷ Apenas 4% dos recursos julgados pelo TC português entre 1983 e 2004, em fiscalização concreta, disseram respeito a questões de mérito, número que ainda se reduziu posteriormente *vd* Blanco De Morais, *Justiça Constitucional...cit.*, 1058.

(iv) Não há que se falar, ainda, que no sistema português não haveria a necessidade de institucionalizar o recurso de amparo, em razão de já existir um quase-amparo. Como já vimos, esse “quase-amparo” na verdade é a jurisprudência instável, discricionária e disfuncional do TC, que por vezes tem amplo conhecimento do recurso de constitucionalidade e outras vezes possui conduta extremamente formalista, com a fiscalização apenas de preceitos normativos.

Inexiste sentido em entender pela confiabilidade na ampliação discricionária, e delimitada pelo próprio TC, acerca de sua competência, e concluir, ao mesmo tempo, que um recurso de amparo seria inviável por possuir critérios subjetivos de conhecimento/provimento. É evidente que, por mais que haja uma parte subjetiva nos critérios de julgamento do amparo, esses serão sempre mais objetivos e seguros do que os critérios de uma ampliação meramente jurisprudencial do rol de cabimento recursal da CRP.

Os recursos de constitucionalidade atualmente previstos na CRP não constituem meios específicos para a defesa de direitos fundamentais, mas apenas para a fiscalização normativa. Assim, mesmo diante de alguns entendimentos doutrinários contrários¹⁸⁸, não estamos diante de um sistema já suficiente, sendo patente a necessidade de institucionalização de uma via específica para a defesa de direitos fundamentais dos cidadãos. A tutela do mecanismo de proteção dos direitos fundamentais possibilitaria uma maior segurança jurídica aos cidadãos, que não ficariam “prisioneiros” de uma postura benevolente do TC¹⁸⁹.

¹⁸⁸ Nesse sentido, veja-se Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade...cit.*, 352ss e Maria Lúcia Amaral, *Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade (uma lição de Direito Público Comparado)*, in Estudos Comemorativos dos 10 anos da FDNL, Vol. I, Coimbra, 2000, 498 ss.

¹⁸⁹ Cruz, *O recurso de amparo... cit.*, 50.

Além disso, mesmo a interpretação expansiva do conceito de norma fiscalizável tem limites e, por isso, sempre subsistirão lacunas no sistema de proteção de direitos fundamentais contra quaisquer atos do poder público, assegurado pelo TC¹⁹⁰, o que demonstra a disfunção do atual sistema de fiscalização português quanto ao acesso dos particulares ao tribunal.

(v) Parte da doutrina argumenta, ainda, que o recurso de amparo acabaria por “matar” o instituto da fiscalização concreta, uma vez que seria mais acessível e eficiente¹⁹¹. Ocorre que o sistema português de fiscalização concreta pelo TC restringe-se à fiscalização de normas, sendo que, como visto nos demais modelos, o recurso de amparo não serviria à fiscalização normativa, possuindo objeto distinto do atual recurso de constitucionalidade.

Também, para a utilização do amparo, é necessário o esgotamento das instâncias ordinárias, com subsidiariedade, não podendo ser interposto antes da tentativa de reparação pelos tribunais comuns (que permaneceriam com sua competência constitucional difusa). Assim, o amparo serviria apenas para escoar os recursos de constitucionalidade inadequados, garantindo um maior acesso do cidadão ao TC, após esgotados os meios comuns, equilibrando o sistema.

A consagração do amparo em Portugal atribuiria ao TC a função de unificação hermenêutica da interpretação sobre o conteúdo e o alcance dos direitos fundamentais¹⁹². Ou seja, o órgão máximo da justiça constitucional passaria a ter a competência de emitir teses a respeito de restrições de direitos fundamentais em todos os seus aspectos.

¹⁹⁰ Rui Medeiros, *Projectos de Revisão Constitucional de 2022 em Matéria de Justiça Constitucional, in Nos 40 Anos da Primeira Revisão Constitucional*, Lisboa, 2023, 156.

¹⁹¹ Blanco De Moraes, *Justiça Constitucional...cit.*, 1049.

¹⁹² Cruz, *O recurso de amparo... cit.*, 50.

A ausência do instituto do amparo sonega aos particulares o mecanismo mais eficaz que o Direito Constitucional Comparado conhece para reagir à violação de direitos fundamentais por atos jurisdicionais¹⁹³. O TC tem sido peça fundamental na defesa intransigente do Estado de Direito em Portugal, porém importa também que ele seja um tribunal de acesso dos cidadãos¹⁹⁴, uma vez que, ao fim do dia, o que se visa é, justamente, a proteção dos direitos fundamentais dos particulares.

Nesse sentido, a instituição de um recurso de amparo em Portugal é peça chave para reequilibrar um sistema disfuncional, sendo fundamental, contudo, que sejam adicionados filtros e requisitos de admissibilidade, além da excepcionalidade de seu efeito suspensivo. O amparo precisa ser subsidiário¹⁹⁵ e extraordinário, mediante a invocação de uma questão com relevância constitucional/transcendência¹⁹⁶, que não envolva meras (in)constitucionalidades normativas.

Não se trata de uma migração do sistema misto para o concentrado, uma vez que seriam mantidas as competências dos juízes comuns na fiscalização da constitucionalidade, sendo inclusive fundamental tal manifestação antes da provocação do TC por meio do amparo (subsidiariedade).

¹⁹³ Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 105.

¹⁹⁴ Medeiros, *Projectos de Revisão Constitucional...cit.*, 155-156.

¹⁹⁵ O carácter de subsidiário é essencial não só para evitar uma sobrecarga de recursos ao TC, mas também para afirmar o carácter de órgãos de justiça constitucional que a CRP concede aos tribunais comum e que opta-se por manter *vd* Sandra Lopes Luís, *O Recurso de Amparo: uma solução possível?* in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012, 721.

¹⁹⁶ Defendendo a restrição de direitos fundamentais a serem resguardados pelo amparo, veja-se José de Melo Alexandrino, *Sim ou não ao recurso de amparo in* JULGAR, n. 11, 2010, Coimbra, 49.

É evidente que existem questões de ordem problemática quanto à operatividade do recurso de amparo em termos de admissão, julgamento e fundamentação¹⁹⁷, porém, a nosso ver, essa via mostra-se ainda a melhor opção para garantir uma melhor tutela aos direitos fundamentais dos particulares, pois aumenta o acesso do cidadão ao TC e dá ao órgão supremo da justiça constitucional a competência para julgar as principais restrições de direitos (função maior dessa justiça).

Não há justificativa para manter-se um sistema deficitário por receio de um modelo que se mostrou funcional em diversos outros países, apenas porque pode vir acompanhado de problemas de utilização (a serem corrigidos, se necessário, conforme a prática, como ocorreu na Alemanha e na Espanha)¹⁹⁸. A solução para o equilíbrio do sistema nunca pode ser a restrição do acesso do cidadão ao TC, pois vai contra o objetivo central da justiça constitucional.

Afinal, como leciona BLANCO DE MORAIS (ainda que tire, ao final, conclusões diversas), para a reforma do sistema, é necessária a identificação de uma realidade insatisfatória que requer uma solução e que implique uma distância entre as insuficiências da situação presente e as vantagens da que se pretenda instituir em alternativa¹⁹⁹. No caso do sistema de fiscalização português, há uma grande distância entre as inconsistências do atual sistema e as vantagens com a instituição do recurso de amparo, sendo essas superiores. Há também uma distância entre os eventuais pontos negativos e as vantagens da solução proposta, sendo essas últimas,

¹⁹⁷ Canas, *O Sistema Português de Fiscalização...cit.*, 105.

¹⁹⁸ Blanco De Morais, *Justiça Constitucional...cit.*, 1064.

¹⁹⁹ O receio do incerto fica evidente pelas palavras de Blanco De Morais, *Justiça Constitucional...cit.*, 1068-1069.

a nosso ver, também superiores. Portanto, os atributos de insatisfação sistêmica justificam sim sua reforma.

Faz-se, por fim, um breve destaque aos Projetos de Revisão Constitucional propostos em 2022²⁰⁰ pelo CHEGA, PSD, PCP e Iniciativa Liberal que incluem (ou no art. 20 ou no art. 280 da CRP) o instituto do amparo para resguardar direitos fundamentais dos cidadãos e acesso direto ao TC. Em geral, todos os projetos remetem à concretização do novo recurso com delimitação da amplitude do objeto – “contra graves ameaças ou violações” (IL) ou “quaisquer atos ou omissões dos poderes públicos, de caráter definitivo” (PCP) – e com termos restritivos – “recurso excecional de decisão judicial de última instância” (PSD)²⁰¹.

Apesar de a maioria dos projetos prever o amparo apenas para resguardar direitos, liberdades e garantias, melhor se mostra o projeto do PCP, que prevê a proteção de direitos fundamentais no geral. Não há como se ignorar que os direitos econômicos, sociais e culturais também possuem relevância no quadro da República, que se baseia na dignidade da pessoa humana, merecendo, do mesmo modo, ser protegidos²⁰².

A questão da necessidade de filtros ao amparo não justifica sua restrição quanto aos direitos sociais, uma vez que esses filtros devem dizer respeito, na verdade, à gravidade ou à relevância da ofensa constitucional, independentemente da categoria do direito fundamental violado. Há inclusive, na proposta do PSD, a

²⁰⁰ Desde 1989 são propostos Projetos de Revisão Constitucional por diversos partidos, como PCP, PS e PSD, com a previsão da instituição no sistema português de fiscalização do recurso de amparo (ou institutos semelhantes como da “ação constitucional de defesa”) ao Tribunal Constitucional. Contudo, até o momento, essas propostas não foram bem sucedidas.

²⁰¹ Medeiros, *Projectos de Revisão Constitucional...cit*, 157.

²⁰² Medeiros, *Projectos de Revisão Constitucional...cit*, 157.

previsão do filtro de “relevância jurídica ou social, de importância fundamental”, justamente por ser o amparo considerado um recurso excepcional.

O projeto do PCP vai além e faz também uma restrição ao recurso de constitucionalidade, que seria possível apenas no caso da aplicação de norma cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada nos autos. A nosso ver, tal restrição não parece adequada, pois o objetivo da reforma constitucional, com a previsão do amparo, é ampliar o acesso do particular ao TC (mesmo que acrescido de filtros) e não instituir novas limitações a esse acesso.

A revisão constitucional em curso, caso aprovada, pode ser uma boa oportunidade para corrigir a grave disfunção do regime de acesso dos particulares ao TC, uma vez que todos os projetos apresentados preveem a ampliação do acesso do particular ao TC, com a criação do amparo. Contudo, deve se atentar a novas restrições que por vezes são colocadas nas entrelinhas. É necessário olhar para uma possível sobrecarga ao TC com a instituição do amparo, porém tal fato não pode servir de justificativa para uma nova restrição de proteção dos direitos fundamentais quando o objetivo é garantir uma maior proteção desses.

6. Conclusão

Após aprofundado estudo a respeito das características do sistema português de fiscalização da constitucionalidade, bem como da jurisprudência do Tribunal Constitucional, nota-se que a limitação da Corte Constitucional à fiscalização normativa tem como consequência um grave déficit na proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

A possibilidade de controle apenas de normas, além de restringir o acesso do particular ao TC, exclui da competência do Tribunal, órgão central da justiça

constitucional, o controle de decisões judiciais violadoras de direitos fundamentais, um dos meios mais relevantes e frequentes no dia-a-dia do cidadão. Permanecendo desprotegido o cidadão em face de restrições de direitos fundamentais por atos dos juízes comuns, que não envolvam (in)constitucionalidades normativas, não há como se concluir pela devida tutela de direitos fundamentais no atual sistema.

Somado a isso, com o objetivo de amenizar a patente deficiência do sistema português, o TC construiu sua jurisprudência no sentido de permitir a fiscalização da interpretação normativa das decisões judiciais. Mas, afinal, como estabelecer uma fronteira entre a interpretação normativa e a própria motivação/essência da decisão judicial? Como vimos, não há uma forma segura de fazê-lo. De modo que foi criada, na realidade, uma jurisprudência instável e discricionária, que se utiliza da ideia expansionista do recurso de constitucionalidade quando lhe convém e, outras vezes, adota uma postura extremamente formalista.

Assim, temos hoje um sistema que, além de deficitário na proteção de direitos fundamentais, é desigual no julgamento dos recursos de constitucionalidade, em patente demonstração de sua disfunção.

Ante tal cenário, a nosso ver, fica evidente a necessidade de reforma do sistema de fiscalização da constitucionalidade em Portugal. Tal fato se confirma como uma visão do próprio legislativo, quando já há diversos projetos de revisão em curso por parte dos principais partidos políticos.

A questão da revisão constitucional é deveras controversa na doutrina. Alguns propõem que se deixe o sistema como está, já que “até que funciona”, sendo que eventuais mudanças mais trariam malefícios do que benefícios. Outros optam pela instituição do recurso de amparo e/ou do reenvio prejudicial (retirando, nessa última hipótese, o controle difuso dos tribunais comuns), que ocorrem em diversos países da europa.

Para nós, a solução de maior eficácia seria a adoção apenas do recurso de amparo, mantendo-se o recurso de constitucionalidade nos atuais moldes da CRP e da LOTC. O amparo englobaria as violações de direitos fundamentais que não têm lugar no recurso de constitucionalidade. Com isso, além da proteção ampla das potenciais violações constitucionais, o recurso de constitucionalidade seria limitado às suas vias constitucionais (evitando a jurisprudência expansiva).

Por óbvio que a instituição do amparo demanda sua cuidadosa regulamentação, com a delimitação de seus requisitos e filtros de conhecimento. É fundamental a determinação da subsidiariedade e da excepcionalidade do recurso, pois, assim como ocorre nos países em que adotado, ele deve ser via extraordinária para o resguardo de direitos fundamentais, após esgotadas as vias ordinárias. Essencial também o estabelecimento de filtros de admissibilidade, a evitar a sobrecarga do TC e a utilização protelatória do recurso, como a transcendência/relevância constitucional (que ultrapassa o mero interesse subjetivo das partes) e a gravidade da lesão. Além disso, é relevante estabelecer uma jurisprudência vinculante (ou ao menos orientadora) do TC quanto à classificação dos filtros, ou seja, delineando os temas que possuem ou não transcendência, para gerar segurança jurídica quanto à admissão do recurso de amparo nos casos semelhantes.

É evidente que uma reforma constitucional não é um processo simples, bem como que qualquer novo instituto traz consigo diversas controvérsias, porém o receio da mudança não pode privar o particular da tutela de seus direitos fundamentais, sob pena de desvirtuar o real objetivo da justiça constitucional.

7. Bibliografia

- Alexandrino, José de Melo, Sim ou não ao recurso de amparo in JULGAR, n. 11, 2010, Coimbra.
- Amaral, Maria Lúcia, Queixas constitucionais e recursos de constitucionalidade (uma lição de Direito Público Comparado), in Estudos Comemorativos dos 10 anos da FDNL, Vol. I, Coimbra, 2000.
- Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco, Controle concentrado de constitucionalidade; o ‘guardião da constituição’, no embate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, in Revista de informação legislativa, v. 41, n. 164, Brasília, 87-103.
- Canas, Vitalino, O Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade Após 1982: Um Caso de Modelo (Quase) Integral, in Nos 40 Anos da Primeira Revisão Constitucional, Lisboa, 2023, 87-108.
- Canotilho, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed., Coimbra, 2003.
- Correia, Fernando Alves, Justiça constitucional, 2ª ed., Coimbra, 2019.
- Cunha, Nuno, A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso da constitucionalidade em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s), in Revista de economia e direito Galileu, Vol. 3, n. 1, Lisboa, 1998.
- Cruz, Daniela Alexandra dos Santos, O recurso de amparo: um estudo sobre a sua necessidade na ordem jurídica portuguesa, Lisboa, 2018.
- Didier Jr, Fredie; Cunha, Leonardo Carneiro, Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3, Salvador, 2023.
- Enterria, Eduardo Garcia de, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, 4ª ed., Madrid, 2006.
- Luís, Sandra Lopes, O Recurso de Amparo: uma solução possível? in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda, Vol. III, Coimbra, 2012.
- Medeiros, Rui, A decisão de inconstitucionalidade: os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade da lei, Lisboa, 1999.
- Medeiros, Rui, Futuro da fiscalização concreta em Portugal: uma proposta de evolução na continuidade, in Constitucionalismos e (com)temporaneidade – estudos em homenagem do professor doutor Manuel Afonso Vaz, Porto, 2020, 359 - 390.
- Medeiros, Rui, Projectos de Revisão Constitucional de 2022 em Matéria de Justiça Constitucional, in Nos 40 Anos da Primeira Revisão Constitucional, Lisboa, 2023, 155-159.
- Miranda, Jorge, Fiscalização da Constitucionalidade, Coimbra, 2017.
- Miranda, Jorge, O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal, in Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, <https://www.icjp.pt/content/o-regime-de-fiscalizacao-concreta-da-constitucionalidade-em-portugal>.
- Morais, Carlos Blanco de, Justiça Constitucional, Tomo II (O direito do contencioso constitucional), 2ª ed., Coimbra, 2011.
- Moreira, Vital; Canotilho, J.J. Gomes, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. II, Coimbra, 2014.

Novais, Jorge Reis, Sistema português de fiscalização da constitucionalidade: avaliação crítica, 3ª ed, Lisboa, 2021.

Olivo, Luís Carlos Cancellier, Juízes Legisladores: o controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário, in SEQUÊNCIA, Vol. 21, n. 41, Santa Catarina, 2000, 83-112.

Otero, Paulo, Direito Constitucional Português, Vol. II (organização do poder político), Coimbra, 2017.

Palma, Maria Fernanda - Constitucionalidade e justiça: um desafio para a justiça constitucional in Themis, Ano I, n.1, Fortaleza, 2000.

Pinto, Paulo Mota, Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa, in Revista Themis, Lisboa, 2006, 201-216.

Queiroz, Cristina, Justiça Constitucional, Coimbra, 2017.

Rodríguez, Antonio Narváez, A justiça constitucional enquanto necessidade do Estado democrático in JULGAR n. 34, Coimbra, 2018, 127-133.

Sánchez, Pedro Fernández, Lei e sentença: separação dos poderes legislativo e judicial na Constituição portuguesa, Vol. I, Lisboa, 2018.