

O CONTROLE JURISDICIONAL DA CONSTITUCIONALIDADE. DEMOCRACIA, PODER JUDICIAL E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL

CRISTINA M. M. QUEIROZ (*)

SUMÁRIO: Nota prévia. I — Os diferentes modelos de controle da constitucionalidade. II — O modelo europeu de controle da constitucionalidade. III — Aprender a governar “com” juízes. IV — Os limites do processo de “judicialização” e “democratização” da política.

NOTA PRÉVIA

O controle da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos deve ser visto hoje como uma das grandes instituições da segunda metade do século XX. Na Europa e também no Brasil. É esta a razão que me leva a escolher este tema como objecto de análise no momento das comemorações dos vinte anos da Constituição brasileira.

Através do controle da constitucionalidade, os juízes, e o poder judicial, em “diálogo” com as instâncias políticas (e, sobretudo, o “legislador”), podem ser os principais agentes na formação de um “consenso objectivado” em torno dos princípios que garantem a legitimidade, objectiva e subjectiva, e a estabilidade do texto constitucional e das suas práticas políticas.

De certo modo, deve-se ao Brasil a introdução, entre nós, do controle da constitucionalidade, embora sob a forma de um “controle difuso”, “desconcentrado”, na Constituição Republicana de 1911.

Esta concepção de controle jurisdicional — *rectius*, de uma “teoria normativa do controle de normas” — pressupõe uma concepção geral de “constituição” e de “poder judicial” e uma concepção epistémica de “norma jurídica”.

(*) Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

Os juízes apresentam-se, de facto, como uma “força independente”, com uma “intervenção discursiva” face aos outros poderes de Estado, maximizadora e estabilizadora do valor da “constituição como norma jurídica” e da sua “operatividade prática”.

Ora, é neste sentido, que se propõe uma análise tripartida dos problemas actuais do controle da constitucionalidade. Uma análise que faz simultaneamente apelo aos conceitos de “constituição”, “norma jurídica” e aos “valores comuns partilhados” numa sociedade “aberta” e cada vez mais “complexificada”.

“C’est une expérience éternelle, que toute homme qui a du pouvoir est porté à en abuser: *il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites*. Qui le dirait! La vertu même a besoin des limites. Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, *le pouvoir arrête le pouvoir.*”

MONTESQUIEU, *De l’esprit des lois*, Livro XI, cap. 4 (itálico acrescentado).

I — OS DIFERENTES MODELOS DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

1. A racionalização do controle jurídico do poder apresenta-se como uma das componentes do Estado de Direito do post-guerra. Face ao poder público do Estado, dos grupos e associações, o velho aforismo montesquieuano “le pouvoir arrête le pouvoir” tende hoje a relativizar-se como instrumento racional de controle. Ao lado desses “controles recíprocos do poder”, estabelecidos em virtude da Constituição, por distribuição orgânica de funções, perfilam-se agora outro tipo de controles — *autónomos e independentes* — confiados a órgãos específicos, quer estes se proponham exercê-lo como tarefa sua exclusiva ou não ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Sobre o desenvolvimento de uma teoria consequente do “controle do poder” como instituto autónomo no moderno Estado de Direito democrático e constitucional, KARL LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process* (trad. cast. “Teoría de la Constitución”), Barcelona, 1979, Partes II e III.

A primeira forma de controle a surgir com a consolidação dos regimes constitucionais foi o instituto da *responsabilidade política*. Com o fim da época do *Ancien Régime* entendeu-se que o melhor guardião dos direitos fundamentais não seriam os antigos tribunais da Coroa, mas o *parlamento*. Neste caso, o controle efectuado sobre o executivo-monárquico era de natureza *política*. Exemplo deste tipo de controle vamos encontrá-lo na demissão parlamentar do Governo pela Assembleia da República ou na sua exoneração pelo presidente da República (2).

Com o aperfeiçoamento dos regimes constitucionais, e a afirmação do princípio da *supremacia da Constituição*, emerge a garantia jurisdicional como forma de obstar à “perversão da lei” pelo legislador. Os tribunais voltam de novo a ser encarados como os “guardiães” da Constituição e dos direitos fundamentais. Aqui não se trata de um controle de natureza política, mas essencialmente *jurídico*, “maxime” *jurisdicional*.

2. Neste sentido, tem vindo a afirmar-se que a “garantia da Constituição” se refere ao conjunto da decisão política fundamental no seu “todo”. A “garantia da constitucionalidade”, por sua vez, vem referida a cada relação de vida ou conduta particular regulada pela Constituição.

Assim, certos autores, na sua maioria italianos (3), têm vindo a estabelecer uma dicotomia entre o conceito de “garantia” e o de “controle”. No primeiro caso, afirmam, compreendem-se as actividades de defesa da ordem constitucional por métodos exclusivamente jurídicos. No segundo, a defesa dos valores plasmados ou pressupostos no texto constitucional, independentemente da forma concreta pela qual essa garantia se concretiza, por meios jurídicos ou por meios políticos.

Contudo, cremos que tanto o instituto da garantia como o instituto do controle se compreendem ambos no conceito mais amplo de “controle constitucional”. Ambos se reportam à defesa da Constituição, independentemente dos métodos ou critérios de valorização do juízo de constitucionalidade ou da estrutura através da qual esse controle se efectua (4).

(2) Cfr. artigo 195.º da CRP.

(3) Cfr. *inter alia*, SERIO GALEOTTI, *Garanzia Costituzionale*, in: “Enciclopedia del Diritto”, XVIII, Milão, 1969, pp. 491 ss., e *Controlli Costituzionali*, in: “Enciclopedia del Diritto”, X, Milão, 1962, pp. 319 ss.

(4) Nesse sentido, conviria recordar que autores como KARL LOEWENSTEIN, *Political Power and the Governmental Process*, cit., pp. 294 ss., e em geral a doutrina americana e alemã, preferem a expressão “controle”. É essa a posição seguida, entre nós,

Em último termo, a garantia da constitucionalidade equivale, nesta classificação, a *controle da constitucionalidade*.

3. Não obstante, a garantia da Constituição não se exerce unicamente pelo recurso a meios individuais (v. g., o direito de petição ou o direito de resistência). Exerce-se ainda através de meios institucionais, *maxime* jurisdicionais. Neste caso, toma o nome de “fiscalização” ou, numa outra terminologia, de “controle da constitucionalidade”.

Ao longo do constitucionalismo tem-se vindo a assistir, porém, não a um, mas fundamentalmente a três modelos de interpretação do mecanismo institucional da garantia com objectivos e finalidades bem distintos:

- o modelo britânico de tutela *política*;
- o modelo francês de tutela e defesa do *princípio da legalidade* contra eventuais abusos do poder executivo;
- o modelo norte-americano de tutela e defesa do *princípio da constitucionalidade* contra eventuais abusos ou perversões por parte do poder legislativo.

No século XIX, a Inglaterra forneceu ao mundo o modelo de controle da constitucionalidade. Mas tratava-se, essencialmente, de um modelo de tutela *política*, no qual era atribuído às assembleias políticas o *monopólio* da fiscalização da constitucionalidade. Não existia aí qualquer forma de controle “judicial” da constitucionalidade, dada a supremacia do princípio da “soberania do parlamento” (*parliamentary sovereignty*), que se apresentava como “absoluto”. Não existindo controle jurisdicional, também não existia dissociação entre a *acção* e o *controle*. Tratava-se, em termos breves, de uma actividade estruturalmente *final* e *passiva*, funcionalmente *negativa*. O parlamento — e só ele — assumia-se como poder *regulador* e *protector* dos direitos e liberdades fundamentais.

No sistema francês, a garantia da Constituição continuava a ser interpretada em termos *restritivos* ou puramente *políticos*. O controle sobre o executivo continuava a ser exercido pelo parlamento, mas no que respeitava aos direitos fundamentais assistiu-se, paulatinamente, a uma abertura da via do “recurso” para os tribunais de justiça administrativa. Isto devido ao facto

de que ao tempo do Estado liberal as possibilidades de transgressão serem vistas como provenientes essencialmente do poder executivo e não das assembleias representativas. A lei, “sacralizada”, era considerada a expressão da “bondade” e “racionalidade” do legislador político liberal. O princípio decorrente da Revolução Francesa era o de que a assembleia se apresentava como “absolutamente” soberana, e que os juízes se encontravam, em consequência, sujeitos à lei ditada pelo poder legislativo. O dogma rousseauniano era, pois, o de que a *legislatura* actuaria sempre como “reguladora” e “protectora” dos direitos e liberdades individuais, mostrando-se “infalível” na defesa desses direitos e liberdades jusfundamentais.

No modelo norte-americano, desde o início, o que se pretendeu não foi unicamente proteger o indivíduo face à administração-poder executivo (onde o Estado liberal havia concitado todos os seus temores), mas defender a Constituição contra as perversões do próprio poder legislativo. Se num caso, o controle se estendia unicamente ao processo de formação da *vontade administrativa*, no segundo, diferentemente, albergava já o processo de fiscalização e controle da formação da *vontade política*, podendo, nesses termos, ser interpretado como uma forma de “desconfiança” sobre a maioria parlamentar. Não se tratava já de uma mera “garantia da legalidade”, mas de uma verdadeira e própria *garantia da constitucionalidade* das leis e dos demais actos jurídico-públicos pelo recurso aos tribunais e ao poder judicial.

Este último sistema de garantia da Constituição pelo recurso aos tribunais e ao poder judicial pode assumir a forma de um controle *difuso* ou *desconcentrado*, como no caso dos Estados Unidos, atribuído a todo e qualquer tribunal, ou a forma de um controle *concentrado* ou *centralizado* em tribunais superiores: os tribunais de justiça constitucional. Este último modelo, no qual se insere de igual modo a França, depois de 1958, é hoje designado de modelo “austríaco” ou “sistema europeu de controle da constitucionalidade”.

4. Até às primeiras décadas do século XX, com efeito, o sistema europeu-continental de controle da constitucionalidade não se afastava do modelo britânico de “tutela política”, apesar da variante francesa da “garantia da legalidade” pela actuação do “recurso por excesso de poder”.

A primeira vaga de institucionalização dos tribunais de justiça constitucional na Europa ocorre mais tarde. Com o fim da I Guerra Mundial. Nos anos 20 do século passado, são criados os tribunais constitucionais checoslovaco e austríaco. A segunda vaga na criação dos tribunais de justiça constitucional tem lugar após a II Guerra Mundial, primeiro com o reesta-

belecimento da Constituição austríaca, em 1945, depois com a aprovação das Constituições italiana de 1948, alemã de 1949 e francesa de 1958. A terceira vaga é constituída pela criação dos tribunais constitucionais espanhol, em 1978, e português, em 1982 ⁽⁵⁾, a que se seguirão o tribunal constitucional polaco, igualmente em 1982, e o tribunal constitucional húngaro, em 1984.

5. A defesa da Constituição e a garantia da constitucionalidade abrange, nesta acepção, um complexo de institutos, garantias e medidas de preservação da permanência e invulnerabilidade do texto constitucional no seu conjunto. Globalmente consideradas as garantias de defesa da Constituição e a garantia da constitucionalidade compreendem os seguintes meios ou institutos:

- a vinculação dos poderes públicos à Constituição e à lei — *princípio da constitucionalidade* ⁽⁶⁾; e,
- a existência de competências de controle, *político* e *jurisdicional*.

Esta ideia de defesa e garantia da Constituição face aos órgãos do poder político instituído justifica quer a constitucionalização quer a existência de um processo especial de revisão constitucional, com a discriminação de limites procedimentais e jurídico-materiais, para além de outros meramente circunstanciais, bem como a própria forma de juramento do presidente da República ⁽⁷⁾.

6. É assim que a justiça constitucional é vista hoje como algo mais do que um conjunto de institutos jurídicos destinados a dar operacionalidade e garantia ao princípio da rigidez constitucional. A justiça constitu-

⁽⁵⁾ Num primeiro momento o controle da constitucionalidade das normas foi atribuído, entre nós, de acordo com o texto originário da Constituição de 1976, ao Conselho da Revolução, coadjuvado por uma Comissão Constitucional como órgão técnico de consulta. O Conselho era considerado um órgão “sui generis”, político, militar, legislativo e de controle. O controle por este exercido revia-se num misto de fiscalização política e jurídica. Em todo o caso, o trabalho desenvolvido pela Comissão Constitucional aproximou-se de uma verdadeira e própria jurisdição constitucional. Findo o período de transição, com a aprovação e entrada em vigor da primeira lei de revisão constitucional, em 1982, é instituído o Tribunal Constitucional, com funções específicas de apreciação da constitucionalidade de normas, actos e comportamentos jurídico-públicos, dando assim consistência e valor à essência da Constituição como *norma jurídica*.

⁽⁶⁾ Cfr. artigo 3.º/2 e 3 da CRP.

⁽⁷⁾ Cfr. artigos 284.º-289.º, e 130.º/2 da CRP, respectivamente.

cional representa *a mais* um “valor constitucional”, uma “componente essencial” e “indefectível” do moderno *Estado constitucional* (: “constitucionalismo constitucionalmente garantido” ou “novo” constitucionalismo).

As exigências do “novo” constitucionalismo (ou “constitucionalismo strictissimo sensu”, na expressão de MATTEUCI ⁽⁸⁾), que se impõe na Europa depois da II Guerra Mundial, conduz a um processo de progressiva “constitucionalização” de diversos domínios jurídicos. Se se quiser, numa outra terminologia, a uma “jurisdicionalização” das decisões políticas a nível do Direito Constitucional.

Este tipo de controle e garantia da Constituição afecta não apenas a estrutura do poder judicial — e, designadamente, a questão da “interpretação da Constituição” pelo poder judicial — como implica ainda uma “judicialização” da vida social. Tudo isto através da mediação do instrumento do “processo”, uma forma de legitimação legal-racional, para utilizarmos uma terminologia cara a Max WEBER.

Basicamente o que este modelo vem pôr em causa é uma certa leitura do princípio da “separação de poderes” na sua interpretação clássica montesquieuana, acompanhada de uma certa re-leitura/interpretação do sistema político. Em lugar da *supremacia legislativa*, o topo da pirâmide normativa é ocupado agora pelo princípio da *supremacia da Constituição*.

Esta descrição das relações entre o poder judicial e a Constituição é possível a partir da “fundamentalização”, e posterior “constitucionalização”, dos direitos, que coloca problemas e questões pertinentes na relação entre o Direito Constitucional e o sistema político.

7. Só que esta “política constitucional” — por delegação do titular da soberania — tem os seus custos.

Antes de mais, a questão da *legitimidade* do poder judicial ou da delegação do titular da soberania aos seus agentes imediatos. Daqui decorre a *autoridade* dos juízes constitucionais, já que o instrumento normativo que os juízes se encontram vinculados a interpretar e a aplicar é superior ao poder legislativo. Não nos encontramos aqui muito distantes da versão marshaliana do direito judicial de controle por “coordenação” de funções. Só que este implica um domínio contínuo dos tribunais de justiça constitucional sobre a interpretação da Constituição.

(8) *Costituzionalismo e liberalismo*, in: N. MATTEUCI, “Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno”, Turim, 1976, pp. 215 ss.

Esta “autonomia” do poder judicial — ou, se se preferir, esta *autonomia normativa* dos juízes e do poder judicial na interpretação da Constituição — deve ser conceptualizada.

Por outro lado, essa autonomia é essencialmente normativa. O direito não pré-existe ao acto de interpretar. Não é um “dado”, mas um “construído”. Isto é, o *resultado de uma actividade interpretativa*.

Com efeito, os juízes encontram-se vinculados a resolver os casos jurídicos que lhe sejam presentes. E fazem-no não recorrendo a métodos políticos, mas ao *método jurídico*. Enfrentam os casos que são chamados a dirimir de um ponto de vista normativo, com referência a um *sistema de normas*. Daí a sua autonomia em relação ao sistema político, que será tanto maior quanto mais se mantiverem balizados e limitados no quadro de um *processo de raciocínio jurídico*. *A sua actividade é essencialmente normativa, uma especial forma de deliberação jurídica*.

Para muitos esta forma de raciocínio é puramente “auto-referencial”, ainda que não totalmente divorciada do “contexto” político-social em que ocorre.

Hoje, a Constituição apresenta-se não apenas como o texto escrito aprovado pelos constituintes como engloba ainda o “corpus” jurisprudencial produzido pelos tribunais e pelo poder judicial. A Constituição vê-se complementada por um “corpus” jurisprudencial, que se assemelha a uma “teoria” — ou a um conjunto de teorias — sobre o modo de como interpretar e aplicar a Constituição. É isto o que se designa por processo de “interpretação contínua”, um contínuo “shaping the rule”, e que coloca a questão da “criação” do direito (incluindo as normas de direito constitucional — as chamadas “normas sub-constitucionais” ⁽⁹⁾) pelo poder judicial.

II — O MODELO EUROPEU DE CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE

1. Mas a justiça constitucional destina-se ainda a reforçar o *princípio democrático* no quadro de um Estado que não é mais um “Estado mínimo” — “witch government ist best witch govern least” — antes se

(9) Sobre o conceito de “normas sub-constitucionais” na literatura constitucional, CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial. Sobre a epistemologia da construção constitucional*, Coimbra, 2000, especialmente, capítulo IV, pp. 161 ss.

apresenta sob as vestes discursivas de um *Estado social* preocupado com as suas “bases materiais” e com a “abertura” da sua constituição ao influxo do tempo. Daí a expressão, repristinada de Alexis de TOCQUEVILLE⁽¹⁰⁾, do “formidável problema” do controle jurídico do poder. Por isso também no post-1945 Werner KÄGI⁽¹¹⁾ escreverá: “diz-me qual é o teu conceito de justiça constitucional, logo te direi qual o conceito de constituição que defendes; a inversa é igualmente verdadeira”.

Hoje não há nenhum Estado que não queira aparecer aos olhos dos outros como um Estado “sem justiça constitucional” (“Land ohne Verfassungsgerichtsbarkeit”) (12), já que esta se apresenta como a “coroação” do “Estado de Direito”. Nas palavras de Hans KELSEN⁽¹³⁾: “Uma Constituição a que falte a garantia da anulabilidade dos actos inconstitucionais não pode ser considerada plenamente obrigatória no sentido técnico-jurídico. (...) Uma Constituição na qual os actos inconstitucionais, e particularmente as leis inconstitucionais, permanecem válidas — não podendo ser anuladas —, equivale, de um ponto de vista jurídico, a um desejo sem força obrigatória”.

2. O modelo kelseniano de justiça constitucional concentrada é o que melhor se adequa aos sistemas políticos de base parlamentar.

Antes da II Guerra Mundial, a maioria das constituições europeias não contemplava o direito judicial de controle das leis e dos demais actos jurídico-públicos, nem continha limitações substantivas ao poder político-estadual, designadamente um *sistema de direitos fundamentais*, que se impusesse como tal à autoridade legislativa.

A seguir a 1945 os direitos fundamentais são “codificados” entrando a fazer parte da constituição positiva ao mesmo tempo que se instituem órgãos específicos, quase-jurisdicionais, de controle da constitucionalidade: os *tribunais de justiça constitucional*.

Este modelo europeu de justiça constitucional distingue-se do modelo norte-americano de controle difuso ou desconcentrado, basicamente porque este último, desde o início, sempre defendeu a integridade de uma hierarquia ou sistema de normas no topo do qual se encontrava a Constituição.

(10) *De la Démocratie en Amérique*, Paris: Robert Laffont, 1986.

(11) *Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates*, Zurique, 1945, p. 147, nota.

(12) RENÉ MARCIC, *Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit*, Viena, 1963, p. 85.

(13) *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, in: 45 “*Révue du Droit Public*” (1928), pp. 197 ss., 225.

Ambos os modelos pressupõem uma distinção entre o “poder judicial” e o “poder legislativo”.

Mas enquanto para KELSEN a actividade legislativa se caracterizava pelas suas notas de “criatividade” e “positividade”, diferentemente a actividade dos juízes assumia a natureza de um poder “negativo”, um poder de declaração de invalidade, numa palavra, um *poder de rejeição*.

A actividade desenvolvida pelos tribunais de justiça constitucional na Europa, diferentemente do modelo norte-americano, deveria assemelhar-se a uma actividade legislativa. Na verdade, o juiz constitucional quando invalida normas aproxima-se da função legislativa, razão pela qual KELSEN o designa de “legislador negativo”. Mas uma actividade, ainda assim, que se distingue da função legislativa propriamente dita, assente na “criação” prescritiva de normas, de cariz essencialmente “positivo” e não “negativo”.

Em suma, uma actividade jurisdicional de controle atribuída a tribunais “ad hoc”, criados para esse efeito, e que embora não integrados na ordem dos tribunais, se deveriam aproximar tanto quanto possível da actividade jurisdicional. A sua jurisprudência, consequentemente, deveria tanto quanto possível aproximar-se do modelo de uma “jurisprudência profissionalizada”. Para isso, KELSEN insiste na composição do Tribunal Constitucional. Este deveria ser integrado por juízes togados ou de carreira e por professores de Direito.

Mas KELSEN denota ainda um cuidado especial na individualização das entidades com competência para formular o pedido de fiscalização da constitucionalidade.

No seu conjunto, este modelo kelseniano de justiça constitucional encontra-se desenhando num artigo famoso de KELSEN, “La garantie juridictionnelle de la Constitution”, publicado em 1928, na “*Révue du Droit Public*”, e rapidamente traduzido em várias línguas e divulgado em diversas latitudes.

À época ficou famosa a polémica que manteve com Carl SCHMITT⁽¹⁴⁾ sobre a questão do “guardião” ou “intérprete último” da Constituição. Aqui interessar-nos-á tão somente uma das conclusões de SCHMITT: a de que a estrutura proposta por KELSEN jamais poderia funcionar como um verdadeiro tribunal de justiça, antes se aproximaria na sua moldura de uma “supra-legislatura”.

(14) *Der Hüter der Verfassung*, Berlim, 1931.

Este modelo europeu de justiça constitucional “concentrada” adapta-se melhor do que o modelo norte-americano, “difuso”, à arquitectura do sistema parlamentar europeu.

Os sistemas de governo parlamentares unificam a representação popular. A expansão a que se assiste hoje na Europa de criação de tribunais de justiça constitucional responde a esse desiderato de preservar, mais do que o sistema norte-americano de controle difuso, o peso do processo político, já que se mostra inegável a conexão mais directa do modelo europeu de controle concentrado e abstracto com o processo legislativo.

III — APRENDER A GOVERNAR “COM” JUÍZES

1. Já muito se escreveu, incluindo eu própria, sobre a “revolução nos direitos” a que se assiste na Europa no post-1945, quer a nível nacional quer a nível supra-nacional.

Mais: os argumentos sobre os direitos fundamentais consubstanciam-se, objectivamente, em argumentos sobre valores constitucionais. Sob este ponto de vista, apresentam-se sob a forma de políticas públicas alternativas. Numa palavra, como um específico “discurso constitucional”.

Os direitos fundamentais apresentam-se como uma forma de divisão “vertical” do poder. Ou melhor: são ao mesmo tempo uma forma de *limitação* e *divisão* de poder. O problema geral da determinação do “âmbito” e “conteúdo” desses direitos — que incluem não apenas os direitos, liberdades e garantias, mas ainda os direitos económicos, sociais e culturais — demonstrou já ser o aspecto mais difícil a interpretar. Para muitos esses (ou alguns desses) direitos possuem uma natureza “supra-constitucional”, estando como tal subtraídos ao processo de revisão constitucional ⁽¹⁵⁾.

Ora, esta “distorção”, se é que assim a poderemos designar, do modelo kelseniano de justiça constitucional, ocorre porque originariamente a arquitectura da “constituição positiva” prevista por Kelsen era meramente institucional, não compreendendo a inclusão dos direitos fundamentais. Só assim o modelo de supremacia da constituição poderia suplantar o modelo europeu de supremacia da instituição parlamentar.

(15) Cfr., entre nós, artigo 288.º d, h, i, j, l e m da CRP.

Com o triunfo no post-1945 do “novo” constitucionalismo, que compreende a inclusão de uma declaração de direitos e a institucionalização de um direito judicial de controle das leis na Constituição, o modelo kelseniano de justiça constitucional, que apenas havia experimentado, antes da II Guerra Mundial, uma vida efémera com a criação dos tribunais constitucionais austríaco e checoslovaco, nos anos 20 do século passado, teve de ser revisto.

Primeiro, pela inter-acção da jurisprudência dos tribunais de justiça constitucional e o legislador. Depois, pela inter-acção entre essas mesmas jurisdições e o poder judicial. O resultado foi, como se sabe, um processo contínuo de “judicialização” e “democratização” do sistema de governo na Europa actual.

2. Em suma, três factores explicam a variação no processo de “judicialização” e “democratização” da política nos diferentes países da Europa actual, e que se repercutem ainda na escolha dos diferentes tipos de controle. Essas formas de controle são, basicamente, três:

- o “controle abstracto de normas”, que se caracteriza pela ausência de litígio ou processo de partes;
- o “controle concreto de normas”, que compreende a questão “incidental” ou “prejudicial”, levantada num processo individual; e,
- o “recurso individual de constitucionalidade” como direito de defesa dos cidadãos, correspondente ao “recurso de amparo” espanhol e latino-americano ou à “Verfassungsbeschwerde” do direito alemão.

Concentrar-nos-emos na análise dos dois primeiros, já que o sistema constitucional português não contempla o recurso individual de constitucionalidade.

No controle abstracto de normas, quer este seja requerido a título preventivo ou sucessivo, isto é, antes da promulgação e eficácia jurídica das normas ou após a sua promulgação e eficácia jurídica, a verdade é que o mesmo endurece a luta — virtualmente contínua — entre a maioria parlamentar e a oposição no processo de feitura das leis e quanto aos resultados ou efeitos esperados.

No controle concreto, diferentemente, esse diálogo entre o poder legislativo e os tribunais de justiça constitucional dá-se de forma indirecta pela mediação do poder judicial.

Em termos breves, o controle abstracto, se comparado com o controle concreto de normas, acentua mais os efeitos de “judicialização” da criação constitucional de normas pelos tribunais de justiça constitucional.

Mas isso não quer dizer que os juízes dos tribunais comuns também não participem nesse processo de inter-acção e diálogo entre os tribunais de justiça constitucional e o legislador. Os juízes dos tribunais comuns não são afastados desse processo. Antes de mais, porque lhes coube a tarefa, nalguns casos ingente, de remoção das leis inconstitucionais provenientes do anterior regime. Mas também porque têm um interesse específico em activar e em participar nesse diálogo e não ser deles excluídos.

Como parâmetros dessa inter-acção poderemos apontar:

- Em primeiro lugar, os juízes dos tribunais de justiça constitucional actuam num contexto que já foi objecto de interpretação por outros órgãos ou participantes no processo de decisão política (v. g., políticos, parlamento, governo e juízes comuns).
- Mas também porque esses mesmos magistrados — e os juízes em geral — se encontram obrigados a *fundamentar* as suas pronúncias. E fazem-no não na base de razões políticas, mas fundamentalmente de “razões jurídicas”, isto é, recorrendo ao “método jurídico”, quer de um modo *horizontal* (porque se encontram vinculados a regras próprias de racionalidade jurídica, designadamente as regras e os princípios que servem de base à decisão do caso, as “normas sub-constitucionais”, tratando-se de um processo de interpretação constitucional, que devem poder ser aplicadas a casos *futuros, análogos ou similares*), quer *vertical* (isto é, o respeito pelos materiais interpretativos: os padrões ou regras convencionais de decisão jurídica). Os políticos, pelo contrário, fazem-no na base do seu próprio interesse partidário, sem mais preocupações do que isso. Presumem que foram eleitos para exercer uma função de “expressão-representação” de interesses ou preferências subjectivas. Nada mais do que isso.

3. Só que essa “judicialização” da política ou, melhor, das decisões jurídico-públicas, produz limitações constitucionais. E engendra ainda novos modos de “discurso” e de “práticas” políticas.

Assim, não será de estranhar que na Europa actual os diferentes tipos de controle se encaminhem para a formulação de sistemas “mistos”, dado o impacto, jurídico e político, das decisões dos tribunais de justiça constitucional. Esse impacto será aqui analisado, fundamentalmente, em duas dimensões:

- primeiro, a dos seus efeitos *imediatos, directos* ou *formais* sobre decisões particulares no âmbito das políticas públicas;
- segundo, a dos seus efeitos *pedagógicos, de retorno* (“feedback”) e *indirectos* de “criação” constitucional em processos legislativos subsequentes e respectivos resultados.

No primeiro caso — impacto imediato, directo ou formal — os juízes constitucionais exercem um “veto de autoridade” inerente ao direito judicial de controle.

Quando se pronunciam sobre a constitucionalidade de normas ou actos jurídico-públicos, os juízes desenvolvem uma “interpretação vinculante”, porque institucional, sobre normas, reescrevendo ou alterando a legislação vigente na medida e com a extensão em que determinam o significado objectivo das normas constitucionais. Essa interpretação que produzem é distinta da interpretação levada a cabo pelos outros órgãos de soberania, designadamente o parlamento ou o governo.

Este impacto jurídico e político das decisões do Tribunal Constitucional, por outro lado, é mais directo e visível no caso do controle abstracto do que na hipótese do controle concreto de normas. O primeiro implica o Tribunal Constitucional não apenas em disputas partidárias sobre a legislação, mas ainda num processo de “interpretação contínua”.

Na Itália, onde não existe controle abstracto de normas (com excepção da “legislação regional”), nem tão pouco assiste aos deputados o direito de colocar a questão de constitucionalidade, esse diálogo entre legisladores e juízes manifesta-se de igual modo, só que por via do controle concreto de normas.

Esse impacto — ou relações circulares de efeitos recíprocos e não assimétricos entre o legislador e os tribunais de justiça constitucional — opera essencialmente a dois níveis:

- a um nível de generalidade, e
- a um nível de prospectividade.

E tem lugar através de diferentes “técnicas”:

- Recorrendo a um processo de declaração de “nulidade parcial” — a maioria das decisões de invalidade — e que possuiu ainda efeitos jurídicos e políticos de grande relevo. Entre esses efeitos conta-se o de obstruir o sistema de prioridades fixado pelo legislador (em geral, veja-se os casos da defesa do pluralismo nos meios de comunicação social em França e, em menor grau, na Itália e na Alemanha), podendo, nestes casos, conduzir a uma virtual “constitucionalização” de normas que vinculam o legislador num sector determinado (v. g., como na hipótese da definição dos padrões de “due process” em processo criminal, designadamente, a institucionalização, entre nós, do duplo grau de jurisdição em matéria de facto em processo penal, o princípio do contraditório, o princípio da proporcionalidade, igualdade perante a lei, etc.).
- Por efeito da sua “interpretação vinculante” nas decisões “intermédias”, “interpretativas” ou “constitutivas”, ou como se lhe queira chamar, nas quais o Tribunal Constitucional controla a constitucionalidade das normas sem as invalidar.

Estas técnicas concedem aos juízes uma “pré-eminência” sobre o resultado de políticas públicas que à partida não havia sido pré-visualizado e até mesmo não querido. Não por “invalidarem” as normas, mas por as *prescreverem*, colocando o legislador sob um estádio de “vigilância contínua”. Aqui, o Tribunal Constitucional não exerce as funções de legislador negativo, antes de “legislador positivo”.

Estas decisões de declaração de “não compatibilidade” (efeitos “prospectivos”) — como opostas à declaração da inconstitucionalidade em sentido estrito (efeitos “retroactivos”) — permitem que a norma se mantenha em vigor, mas apenas por um período de tempo determinado, até que seja revista pelo legislador.

A Alemanha Federal representa o maior utilizador deste tipo específico de pronúncias. Mas nesse quadro deverá ainda incluir-se o Tribunal Constitucional italiano e o Conselho Constitucional francês.

Entre nós, a possibilidade de o Tribunal Constitucional poder recorrer simultaneamente à declaração de nulidade parcial, aliada à possibilidade de fixação temporal dos efeitos das suas decisões, e a generosidade com que tem recorrido a essa prática, acabou por integrar este

tipo específico de efeitos, com o impacto, jurídico e político, que lhes é inerente (16).

Estas decisões contêm “comandos” ou “mandatos constitucionais”, que o Tribunal Constitucional dirige ao legislador, no sentido de re-legislar numa área determinada.

IV — OS LIMITES DO PROCESSO DE “JUDICIALIZAÇÃO” E “DEMOCRATIZAÇÃO” DA POLÍTICA

1. Os limites do processo de “judicialização” e “democratização” da política têm a ver, antes de mais, com uma releitura das relações entre a *Constituição* e o *poder judicial*. E a primeira conclusão a retirar é a de não identificação:

- primeiro, entre o *poder legislativo* e o *princípio da soberania*; e,
- segundo, entre o *sistema jurídico* e o *sistema político*.

A segunda conclusão reporta-se à função “remedial” e “correctiva” (isto é, voltada para o “futuro”) dos tribunais e do poder judicial, e, em particular, dos tribunais de justiça constitucional, que se integram no conceito básico de “representação” e, conseqüentemente, no conceito de “soberania”, na sua dupla vertente jurídica e política.

A terceira conclusão é a de que a “força normativa da Constituição” se reporta não a um poder constitucional isolado, mas à totalidade dos poderes do Estado, incluindo detentores e destinatários. Refere-se, numa palavra, a um “plano racional de governo”.

E nesse plano racional de governo a Constituição não é monista, mas *dualista*. Expressa uma ideia de equilíbrio e compromisso entre o “princípio democrático” e o “império das leis”, se se quiser, entre o princípio da “soberania popular” e os “direitos fundamentais”.

A esta luz, é a Constituição que estabelece no quadro dos seus princípios e postulados ordenativos básicos as condições ou circunstâncias em que pode dar-se a supremacia do princípio constitucional face ao princípio democrático da maioria. O mesmo é dizer entre o poder judicial e o poder legislativo.

(16) Cfr. artigo 282.º/4 da CRP.

O facto de se ter entretanto concretizado a profecia de Alexis de TOCQUEVILLE (17) de que as “questões políticas” tenderiam a converter-se em “questões jurídicas” a ser debatidas e decididas pelo poder judicial, afirmação produzida na sua análise da “democracia na América”, pode traduzir um ponto de ruptura:

- de um lado, face à visão tradicional do poder judicial, essencialmente como uma autoridade “moderada” e “auto-contida”, “em qualche façon nulle”, e;
- do outro, face à visão “funcionalizada” do juiz, basicamente um “juiz jupiteriano”, que interpreta um direito já “dado” e jamais “construído”, nalguns casos mesmo uma “longa manus” do parlamento, estrategicamente colocado no vértice do poder do Estado.

2. A verdade é que a institucionalização no post-1945 de órgãos específicos de controle da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico públicos marca simultaneamente os pressupostos e os limites desse processo de “judicialização” e “democratização” da política. Este implica uma maior protecção jurídica do indivíduo e dos seus direitos fundamentais e não pode destes ser objectivamente dissociado.

Mas o tipo de racionalidade utilizada pelo juiz e pelo legislador, embora possa ser considerada, em substância, a mesma, produz-se pelo recurso a procedimentos e processos distintos, previamente definidos e institucionalizados.

O princípio da “separação e interdependência dos poderes do Estado” (18), do qual decorrem a “independência” do poder judicial e a “autonomia” do legislador, apresentam-se como postulados constitucionais, não apenas formais, mas também materiais. Expressam uma dimensão “institucional” e “comunicativa” de tipo novo. Mas para isso é preciso manter separadas as *funções judicial e legislativa*, precisamente para que não se verifique a sobreposição ou supressão das tarefas de uma pela outra. Ambas traduzem uma função de “expressão-representação”. Ambas integram o conceito de “soberania” (tanto o poder judicial como

(17) *De la Démocratie en Amérique*, cit., Livro I, 1, 6.

(18) Cfr. artigo 111.º da CRP.

o poder legislativo vêm constitucionalmente definidos como “órgãos de soberania”).

A questão radicar-se-á, afinal, em saber como deverá ser mantido esse equilíbrio entre um poder democrático maioritário e legitimado pelo sufrágio popular e o poder judicial legitimado pela Constituição e pelo recurso a um específico processo de “raciocínio jurídico”, que engloba não apenas a tomada da *decisão*, mas ainda o *processo de fundamentação, interna e externa*, das respectivas pronúncias.

3. Os tribunais de justiça constitucional apresentam-se como instituições *contra-maioritárias* ⁽¹⁹⁾ no processo de tomada das decisões políticas. Exercem uma “atividade de mediação” integrada num “poder judicial autónomo de decisão jurídica”. Esse poder estabelece limites jurídico-funcionais entre o “princípio maioritário” (: democracia) e os “direitos fundamentais” (: constitucionalismo).

Não obstante, o poder último de decisão não pertence exclusivamente aos tribunais ou ao poder judicial. O poder último de decisão vem detido conjuntamente pelos três poderes de governo, numa relação imperfeitamente especificada, em que cada um desses poderes se mostra responsável perante o corpo de cidadãos, segundo os processos estabelecidos na própria Constituição.

Não há um defensor da Constituição, mas vários guardiães ou defensores da Constituição. Por isso julgo errónea a posição maioritária da doutrina constitucional portuguesa de admissão de um direito judicial de controle da constitucionalidade das leis de revisão constitucional, porque precisamente destruiria esse equilíbrio e compromisso espelhado na Constituição e na decisão política fundamental soberana. Anularia, numa palavra, o princípio da separação e coordenação entre os poderes do Estado como controle constitucional “autónomo”. Se se quiser, numa outra terminologia, mantêm-se os freios (*checks*), mas retiram-se os contra-pesos (*balances*). Uma medida, salvo melhor opinião, de fraca ou pouco sábia “prudência política”.

4. Mas há, contudo, uma dimensão em que a teoria montesquieuana do controle do poder, e que justifica a inclusão de uma sua citação no

(19) Na terminologia de ALEXANDER BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis, Nova Iorque, 1962, pp. 16 ss.

proémio deste estudo, se justifica. É a de que o “poder de recusa” dos tribunais de justiça constitucional se apresenta como um poder *autónomo* de controle *jurídico* do poder. E, neste sentido, mostra-se necessário ao funcionamento da democracia e do próprio Estado de Direito democrático e constitucional.

A democracia necessita de contra-poderes, de instituições “contra-maioritárias”. Necessita que lhe definam os *limites* do seu próprio poder. Esta necessidade de delimitação dos poderes pode ser efectuada de modo *activo* como através do estabelecimento de *órgãos permanentes de controle*.

Esta dissociação entre os “órgãos de acção” e os “órgãos de controle” não existia nos primórdios do parlamentarismo. O parlamento era visto então como o único “regulador” e “protector” dos direitos e liberdades jusfundamentais.

Hoje esta situação não se verifica. Pelo contrário, a dissociação entre a “legitimidade dos governantes” e a “legitimidade dos respectivos actos” é a regra, não a excepção. A eleição é vista unicamente como um modo de designação dos governantes, uma autorização para o exercício de determinadas funções. Daí a acentuação das formas hodiernas de *legitimidade substantiva*: o serviço do “bem comum”, o respeito pelos “direitos e liberdades jusfundamentais”. Em suma, dos “valores comuns partilhados”.

A dissociação entre as actividade de acção e as actividades de controle aponta, assim, para a ideia de um poder partilhado, para a ideia de uma separação, mas também de interdependência e colaboração de poderes, que se reforçam mutuamente. Em termos breves, a ideia de uma “constituição mista”.

Nesta ordem de considerações, o direito judicial de controle das leis e dos demais actos jurídico-públicos apresenta-se como *complementar* (e não “substitutivo”) do princípio da democracia. Não se refere unicamente à regularidade dos procedimentos formais. Estende-se ainda às *oportunidades de participação igualitária no processo de decisão política*. Ao cabo e ao resto, o ideal de uma *cidadania igual e participativa*, de uma distribuição equitativa de oportunidades de participação na decisão pública e no resultado final desse processo.

Neste sentido, pode afirmar-se que o modelo europeu-continental de controle da constitucionalidade, bem como o modelo norte-americano de controle descentralizado, se destinam a adequar, reforçar e amplificar o processo de “representação política” ao mesmo tempo que reforçam a

“legitimidade”, objectiva e subjectiva, da deliberação pública, contribuindo para a formação de um “consenso objectivado” em torno da estabilidade da Constituição e das suas práticas políticas (20).

O Estado constitucional necessita de contra-poderes, estabilizadores e correctores da acção política. Se assim é, então, o direito jurisdicional de controle das leis e dos demais actos jurídico-públicos apresenta-se como *complementar* das formas actuais de exercício da soberania, um *contra-poder institucionalizado*. Numa palavra, uma forma de afirmação do *princípio democrático*.

Sob este ponto vista, a democracia não é monista, mas *dualista*. À recepção do modelo de controle concentrado da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos seguiu-se uma mudança na direcção de um modelo constitucional “dualista”. É esta a tese, entre outros, de RAWLS (21), ACKERMAN e ROSENKRATZ (22). Um sistema que procede a uma distinção entre dois níveis normativos: de um lado, a *Constituição*, no topo da pirâmide normativa, do outro, as *leis* e as *regras de nível inferior*, que se encontram subordinadas à Constituição. Esta relação hierárquica entre esses dois níveis normativos é garantida através do controle da constitucionalidade das leis e dos demais actos jurídico-públicos confiado, em última instância, a um Tribunal Constitucional.

Tem, pois, razão Montesquieu quando afirma que o poder não deve ser ilimitado — (...) “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir”.

Ao lado das formas activas de exercício da soberania deve existir uma função de controle. Esta pode assumir diferentes formas. Uma das quais é o direito de controle judicial das leis e dos demais actos jurídico-públicos. Não como “*faculté de statuer*”, mas fundamentalmente como um “*poder de recusa*”, de “*rejeição*” de normas e actos inconstitucionais, o que o MONTESQUIEU designa, genericamente, por “*faculté d’empêcher*”.

Em suma, o direito judicial de controle das leis e dos demais actos jurídico-públicos, sobretudo na sua forma de controle abstracto concentrado,

(20) É esta a tese central da conhecida monografia de JOHN HART ELY, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980.

(21) *Political Liberalism*, Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.

(22) BRUCE A. ACKERMAN, *We The People. Foundations*, I, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991, e *We The People. Transformations*, II, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

levado a cabo pelos tribunais de justiça constitucional, “constrói” o direito constitucional, ampliando as técnicas normativas de controle sobre a actividade legislativa e as respectivas políticas. Mas esta afirmação encontra-se dependente da intensidade da inter-acção entre o legislador e o juiz constitucional e da finalidade relativa conexas ao processo de criação de normas de direito constitucional (: “constitutional rule-making”) que lhe é inerente. E teve por resultado a “judicialização” do governo parlamentar na Europa na direcção de um *Verfassungsstaat*.