

Introdução

I. A fiscalização preventiva da constitucionalidade é, incontestadamente, o método ou modo de controlo da conformidade com a Constituição com potencial para alcançar, em maior grau de eficácia¹, o objetivo primordial de qualquer sistema de Justiça Constitucional: impedir a produção de efeitos inconstitucionais no ordenamento jurídico.

Na verdade, ao incidir sobre um ato jurídico contrário à Constituição antes de o mesmo vigorar, a fiscalização preventiva obsta, ou pode obstar, em absoluto, à disseminação dos efeitos contrários à Constituição que resultariam da finalização do processo de produção e consequente entrada em vigor daquele ato, e cuja neutralização ou remoção da ordem jurídica, através dos meios de fiscalização sucessiva ou repressiva da constitucionalidade, nem sempre é fácil, ou, mesmo, possível – por vezes, já nem sequer é desejável.

II. No entanto, o acolhimento dispensado à fiscalização preventiva pela doutrina, e pelos intervenientes nos processos de criação jurídica, não se pauta pelo entusiasmo, traduzindo na maioria das vezes, uma aceitação contrafeita ou resignada, ou mesmo uma hostilidade declarada. Mesmo quem defendeu, aquando da Revisão Constitucional de 1982, a manutenção da fiscalização preventiva no sistema português de fiscalização da constitucionalidade, não se coibiu de afirmar que “nin-

¹ Com um “alcance radical”, segundo GUILLAUME DRAGO, *Contentieux Constitutionnel Français*, p. 38.

guém morre de amores pela existência de uma fiscalização preventiva”². E na doutrina, encontra amplo acolhimento a caracterização da fiscalização preventiva como um “mal menor”, efetuada por PEDRO CRUZ VILLALÓN³.

III. Um dos principais motivos para este desapego à fiscalização preventiva da constitucionalidade, que é identificado por praticamente toda a doutrina que se debruça sobre o tema, é o do grau da sua politicidade⁴. O envolvimento da jurisdição constitucional na fase final do procedimento legislativo, num ambiente pautado pelo contraditório e pelas clivagens, muitas vezes acentuadas, entre maioria e minoria, no interior do Parlamento, e, fora dele, pelas tensões políticas na triangulação Parlamento-Governo-Chefe de Estado (quando em sistema de governo semi-presidencial), propicia, sobretudo nos casos em que existe um órgão autonomizado da jurisdição comum para o tratamento das questões de constitucionalidade, que na decisão em sede de fiscalização preventiva esse órgão seja visto como mais um interveniente ativo, um participante interessado, na disputa que está subjacente, quase sempre, na atividade de direção política que se desenvolve através da elaboração de atos legislativos.

Mas se é dificilmente evitável uma aparência de politização da fiscalização preventiva da constitucionalidade em situações de maior visibilidade mediática, seja pelo objeto do processo, seja pelo posicionamento ou exteriorizações dos intervenientes políticos, isso não implica que a intervenção da jurisdição constitucional se deva reconduzir, objetivamente, a esse quadro. Se a sua atuação se continua a circunscrever à utilização de critérios e métodos estritamente jurídicos na apreciação das questões de inconstitucionalidade que lhe são submetidas⁵, e se não são permeadas a independência e a autonomia do órgão encarregue dessa apreciação, a sua atividade mantém-se dentro dos limites da função jurisdicional, não extravasando para o exercício indevido da atividade de

² Intervenção do Deputado José Luís Nunes em defesa da fiscalização preventiva nos trabalhos preparatórios da 1ª Revisão Constitucional in *DAR*, II Série, nº 69 (Supl.), de 20 de março de 1982, p. 1288 (2).

³ “El control previo de constitucionalidade”, p. 7.

⁴ Cfr., por todos, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, II, pp. 123 e ss.

⁵ Cfr. CRISTINA QUEIROZ, *Os actos políticos no Estado de Direito*, pp. 166-167.

direção política. Não é pelo fato de uma atividade jurisdicional se desenvolver num quadro mediatizado de politização acentuada que perde ou vê inquinadas as suas características específicas. Pode mesmo referir-se que a intervenção de um órgão jurisdicional neste ambiente de politização pode, em vez de ser influenciada por ele, influenciá-lo num sentido de racionalização do processo político⁶.

Acresce que a politização que é imputada à fiscalização preventiva pode também envolver, em não menor grau, a fiscalização sucessiva abstrata, quando esta se debruça sobre questões ou temas de grande impacto político ou socioeconómico, em conjunturas de grande clivagem política ou ideológica. Basta recordar o que sucedeu em Portugal com a chamada “Jurisprudência da Crise”, relativa ao conjunto de decisões do Tribunal Constitucional que tiveram por objeto os atos legislativos que incorporaram as medidas de austeridade decorrentes da grave crise económico-financeira que afetou Portugal entre 2010 e 2014; essas decisões do Tribunal Constitucional foram analisadas, debatidas, comentadas e criticadas, não apenas entre os constitucionalistas, mas também por uma constelação de comentadores e opinadores das mais diversas proveniências, com uma intensidade antes desconhecida, sendo uma das críticas recorrentes a censura ao Tribunal Constitucional por se envolver na política. Ora, a maioria dos acórdãos do Tribunal Constitucional que integram a referida jurisprudência foram tirados em fiscalização sucessiva abstrata⁷, não em fiscalização preventiva⁸.

A fiscalização da constitucionalidade em modo abstrato, seja preventiva ou sucessiva, tem, muitas vezes, efeitos políticos. Isso não a torna, na sua essência, política, nem compromete o seu carácter jurisdicional. Como refere JORGE REIS NOVAIS, “procurar evitar a todo o custo a mínima possibilidade de interação e contacto entre jurisprudência constitucional e política só seria concebível eliminando o instituto da fiscalização da constitucionalidade. (...) Quando se adopta um modelo de justiça constitucional onde as leis sejam susceptíveis de controlo de constitucionalidade abre-se, necessariamente, um espaço de contacto

⁶ Cfr. SILVIA BEDNARIK, *Präventive Normenkontrolle*, pp. 1-2.

⁷ Os Acórdãos n.ºs 399/2010, 396/2011, 353/2012 e 187/2013.

⁸ Os Acórdãos n.ºs 474/2013 e 862/2013.

entre os dois domínios, com fronteiras de delimitação bem difícil e complexa”⁹.

IV. O outro óbice principal que se poderia apontar à fiscalização preventiva seria a sua difícil compatibilização com o princípio da separação de poderes. Implicando o controlo preventivo uma intervenção do órgão jurisdicional de controlo ainda no decurso do procedimento legislativo, essa atuação poderia concorrer com a do legislador na definição do conteúdo da lei, área que deveria estar vedada à intervenção jurisdicional.

É verdade que o procedimento legislativo não é um cenário usual para o exercício da atividade de um tribunal. Mas a ocorrência de efetiva lesão ao princípio da separação de poderes depende do momento ou fase do procedimento legislativo em que essa intervenção jurisdicional ocorre. Se o controlo preventivo intervém num momento inicial, ou mesmo intermédio, do procedimento legislativo, antes da fase constitutiva se encontrar finalizada, e o conteúdo da lei estar definitivamente estabelecido – salvo, naturalmente, alterações decorrentes da fase de controlo –, a intervenção jurisdicional será intrusiva, e contenderá com o princípio da separação de poderes¹⁰, na medida em que pode influir nas opções que o legislador ainda tem de tomar na configuração da lei; mas se for remetida para o momento que, como veremos a seguir¹¹, lhe deve caber, após a aprovação do texto e antes da sua entrada em vigor, não se poderá falar de ingerência jurisdicional na definição do conteúdo da lei, porque este já estará fixado no momento da apreciação preventiva, não existindo o risco de que o tribunal se substituía ao legislador ou o influencie. Eventuais alterações na lei que venham a ocorrer na sequência da fiscalização preventiva terão a ver com a sua inconstitucionalidade, e não podem ser consideradas concorrência ou influência no *indirizzo* legislativo, que tem de se mover nos limites impostos pela Constituição.

E cabe perguntar, novamente, se as dificuldades de conciliação com o princípio da separação de poderes não ocorrem também, e de modo

⁹ *Em defesa do Tribunal Constitucional*, p. 83.

¹⁰ Cfr. NORBERT HOLZER, *Präventive Normenkontrolle*, pp. 124-125; SILVIA BEDNARIK, *Präventive Normenkontrolle*, p. 321.

¹¹ Cfr. *infra* Capítulo I.

mais intenso até, no caso da fiscalização sucessiva abstrata¹². Efetivamente, a necessidade de modular as consequências da verificação da inconstitucionalidade de uma norma relativamente aos efeitos pela mesma produzidos envolve, não raras vezes, a prolação de sentenças intermédias ou manipulativas em que o tribunal faz escolhas relativas aos termos da subsistência ou modificação daqueles efeitos que cabem, usualmente, ao legislador – algo que não sucede na fiscalização preventiva¹³. O que é que resulta mais intrusivo na área de atuação do legislador, uma decisão jurisdicional que visa impedir a produção de efeitos inconstitucionais por uma norma antes da sua entrada em vigor, ou uma decisão de um tribunal que vai poder escolher se, e em que termos, os efeitos já produzidos por uma norma inconstitucional no âmbito geral do ordenamento jurídico, se vão, afinal, manter? A nosso ver, a resposta não é difícil.

V. Julga-se que, no cômputo das vantagens e desvantagens possíveis decorrentes da introdução da fiscalização preventiva da constitucionalidade num sistema de Justiça Constitucional, as primeiras superam as segundas. Tudo dependerá, naturalmente, da concreta configuração que for dada ao sistema, não só na previsão dos pressupostos da fiscalização prevista, como na sua articulação com os modos de sucessivos de fiscalização – o modo preventivo deve ter um papel complementar, e não principal ou preponderante, num sistema de Justiça Constitucional.

As dificuldades da politização e da conformação com o princípio da separação de poderes poderão ser atenuadas e reconduzidas a uma posição de compatibilidade com o sistema jurídico-constitucional, em termos assimiláveis aos dos outros modos de fiscalização da constitucionalidade, em particular da modalidade sucessiva abstrata.

¹² Cfr. SILVIA BEDNARIK, *Präventive Normenkontrolle*, p. 322.

¹³ Cfr. *infra*, Capítulo VI, N° 3, e).

ÍNDICE GERAL

SSIGLAS E ABREVIATURAS	7
INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – O CONCEITO DE FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE	15
CAPÍTULO II – A FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE EM PERSPETIVA COMPARADA	23
1. A fiscalização preventiva da constitucionalidade no Mundo	23
2. A fiscalização preventiva da constitucionalidade na Europa	26
3. O papel do sistema francês de fiscalização preventiva da constitucionalidade	31
CAPÍTULO III – ANTECEDENTES E EVOLUÇÃO DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS	35
1. Afloramentos de um controlo político <i>a priori</i> da constitucionalidade	35
2. A génese da fiscalização preventiva na Constituição de 1976	37
3. A reconfiguração e desenvolvimento do sistema de fiscalização preventiva pelas revisões constitucionais	40
4. O modelo atual – ponto de situação	50

CAPÍTULO IV – OS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA	53
1. A competência exclusiva do Tribunal Constitucional	53
2. A legitimidade ativa para suscitar a fiscalização preventiva	54
a) Titularidade	54
b) A exigibilidade do pedido	62
3. O parâmetro do controlo na fiscalização preventiva	68
4. O objeto	72
a) Delimitação positiva	72
b) Delimitação negativa	78
5. A tempestividade do pedido	80
6. Subsistência do procedimento legislativo ou de vinculação internacional	86
 CAPÍTULO V – A TRAMITAÇÃO DOS PROCESSOS DE FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA	 89
1. A admissão do pedido	89
2. A audiência do autor da norma	96
3. A formação da decisão	98
4. A desistência do pedido	104
 CAPÍTULO VI – AS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA E OS SEUS EFEITOS	 105
1. Panorama geral dos efeitos das decisões	105
2. As decisões negativas de inconstitucionalidade na fiscalização preventiva normativa	108
3. As decisões positivas de inconstitucionalidade na fiscalização preventiva normativa	109
a) O veto por inconstitucionalidade e a devolução do diploma ao seu autor	109
b) Tramitação subsequente à receção do diploma vetado	113
c) Desistência do procedimento, expurgo das normas inconstitucionais, reformulação do diploma, introdução de reservas	114
d) A confirmação parlamentar do diploma vetado	119
e) Efeitos atípicos das decisões em fiscalização preventiva?	133

CAPÍTULO VII – A NATUREZA DA FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA DA CONSTITUCIONALIDADE	135
CONCLUSÃO	139
ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO	141
ÍNDICE GERAL	149