

Não é de hoje a discussão sobre qual o melhor modelo para a justiça constitucional em Portugal, mas voltou a reacender-se à luz das recentes posições do tribunal em matéria económica. Advogados de quatro sociedades dão a sua opinião sobre o atual sistema.

Qual o melhor modelo?



Catarina Vieira/Who

As recentes posições do Tribunal Constitucional sobre matéria legislativa de natureza económica vieram colocá-lo de novo sob o escrutínio público, fazendo levantar vozes a favor da revogação do atual modelo de justiça constitucional em Portugal. A propósito, o *Advocatus* ouviu quatro advogados.

Alexandre de Albuquerque, sócio sénior da Albuquerque & Associados, sustenta que o sistema em vigor tem como vantagens a certeza do Direito, a especialização e a sensibilidade às implicações políticas e comunitárias globais dos problemas, e como desvantagem o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador e a sua vulnerabilidade às pressões.

Já José de Matos Correia, da CMS – Rui Pena & Arnaut, está convicto de que, apesar da necessidade de melhorar ou de corrigir alguns aspetos da justiça constitucional, o Tribunal Constitucional tem desempenhado um papel positivo.

O sócio fundador da Paz Ferreira & Associados, Eduardo Paz Ferreira, defende que deixar o Tribunal Constitucional trabalhar livre de pressões, admitindo, com naturalidade democrática, que formule decisões com sentido diverso do de cada um, constitui a melhor forma de contribuir para a coesão da comunidade e para que o Direito cumpra a sua missão de tutelar.

E o sócio da PLMJ Tiago Duarte chama a atenção para o facto de ser nas alturas de crise que o papel do tribunal se torna mais difícil, porque é também nessas alturas que o legislador mais arrisca ao nível das soluções para combater a crise, atuando no limiar da fronteira do constitucionalmente admissível.

Justiça inconstitucional ou Governo de Juizes?

A invasão da esfera do político e do legislativo tem, no contexto em que nos encontramos, uma consequência ainda mais dura, resultante da impunidade com que os juizes constitucionais, não sujeitos a qualquer controlo de democraticidade como acontece a todos os decisores políticos, tomam decisões críticas para a vida do país, em áreas que extravasam o domínio do Direito e do seu saber-fazer.

1. O debate sobre a legitimidade e a justificação da existência do Tribunal Constitucional, no contexto do qual foi solicitada a nossa reflexão, é da maior importância e dificilmente poderia ter mais atualidade. Trata-se de tema de largo espectro. As reflexões que seguem são apenas um telegráfico contributo para esse debate.

2. O tema da fiscalização da constitucionalidade é incontornável no constitucionalismo contemporâneo. Mais do que a sua necessidade – pacificamente assumida –, discute-se os grandes modelos ou sistemas.

Redutoramente podem identificar-se três modelos: o da fiscalização política, o da fiscalização judicial e o da fiscalização por Tribunal Constitucional (TC). São conhecidos os argumentos favoráveis e contrários a tais sistemas. Diremos apenas que o sistema de TC tem, em tese, como vantagens, entre outras, a certeza do Direito, a especialização e a sensibilidade às implicações políticas e comunitárias globais dos problemas, e como desvantagem o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador e a sua vulnerabilidade às pressões vindas de vários quadrantes do sistema político e da Sociedade.

3. Somos da opinião de que o sistema em vigor em Portugal é o mais adequado, sendo que o método e o critério de designação dos juizes do TC se afigura acertado: preenche o quadro de decisores

“O sistema de TC tem, em tese, como vantagens, entre outras, a certeza do Direito, a especialização e a sensibilidade às implicações políticas e comunitárias globais dos problemas, e como desvantagem o perigo de um exagerado poder do órgão fiscalizador e a sua vulnerabilidade às pressões”

com personalidades do Direito de várias origens e com formação profissional, sensibilidades e experiências diversificadas, permitindo enriquecer o seu património cultural e científico e, por essa via, as respectivas decisões.

4. Acontece que o TC se encontra na ordem do dia – o que é sempre mau para um tribunal. Não é possível proceder, neste momento, à análise, por genérica que seja, do conteúdo das decisões que foram tiradas a propósito da

apreciação da constitucionalidade das normas jurídicas destinadas à execução do Programa de Assistência Económica e Financeira e à redução do deficit. Sempre podemos contudo afirmar, à laia de conclusão, que o TC, ao contrário do que perorou, invadiu a área da política e do poder legislativo, em grosseira violação da Constituição e do princípio da separação de poderes. Para que não fiquem dúvidas, transcrevemos uma de entre muitas das passagens dos arestos que são prova desta culpa: “A imposição de sacrifícios (...) não pode ser justificada por factores macroeconómicos relacionados com a recessão económica e o aumento do desemprego, que terão de ser solucionados por medidas de política económica e financeira de carácter geral (...)” – cfr. Acórdão nº 187/2013 de 5 de Abril (sublinhado nosso). Maximalista na utilização dos poderes de fiscalização da constitucionalidade das normas, o TC foi profundamente redutor da verdadeira dimensão da Constituição, reconduzindo-a a uma função radicalmente garantística e subalternizando as suas demais dimensões vitais. A gravidade desta atuação não é apenas formal. A invasão da esfera do político e do legislativo tem, no contexto em que nos encontramos, uma consequência ainda mais dura, resultante da impunidade com que os juizes constitucionais, não sujeitos a qualquer



Alexandre de Albuquerque

Sócio sénior da Albuquerque & Associados. Licenciado pela Universidade Católica de Lisboa e mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa, é especialista em Direito Público

controlo de democraticidade como acontece a todos os decisores políticos, tomam decisões críticas para a vida do país, em áreas que extravasam o domínio do Direito e do seu saber-fazer. E esta gravidade torna-se extrema, quando o TC assume a oposição ao Governo, em substituição de outra institucionalmente manietada, pautando a decisão política num momento crítico do país, com o risco de o precipitar num segundo resgate financeiro absolutamente desastroso ao não prever a integralidade das suas consequências, em delapidação dos mais elementares e fundamentais pilares do Estado e da Constituição que jurou servir e preservar. Não restam, pois, dúvidas do que pior do que um mau Governo só um Governo de Juizes.

Sim ou não?

A necessidade de melhorar ou de corrigir alguns aspectos da justiça constitucional não afecta em nada, porém, a nossa convicção de que o Tribunal Constitucional tem desempenhado um papel positivo. Uma convicção que nem sequer é abalada pela avaliação negativa que fazemos de algumas decisões recentes.

Vem de longe o debate sobre qual o melhor modelo para a justiça constitucional: se a outorga dessa responsabilidade aos tribunais ordinários, na linha da “judicial review” norte-americana; se a criação de um órgão especificamente destinado à apreciação do respeito pela lei fundamental, inspirado em maior ou menor medida pelas soluções consagradas na Constituição austríaca de 1920.

Em boa hora, o legislador constituinte português optou, em 1982, pela instituição de um Tribunal Constitucional. Com efeito, essa é a solução que melhor assegura uma adequada aplicação da lei fundamental – até por força da crescente complexidade que as questões constitucionais vêm assumindo no quadro dos Estados de Direito Democráticos –, convicção reforçada, aliás, pelo facto de ser esse o caminho seguido por quase todos os países europeus.

De resto, afigura-se até contraditório que, quando o sentido para que se aponta em todas as áreas é o da especialização jurisdicional, se queira daí excepcionar as questões constitucionais, entregando a sua apreciação definitiva à hierarquia dos tribunais e não a um órgão que detenha, por dever de ofício, um conhecimento particular desses temas.

Confiar na superioridade do modelo não significa, porém, aderir acriticamente a todas as dimensões que entre nós apresenta. E, nessa medida, deixaríamos aqui referência a três questões que, na nossa perspectiva, merecem reflexão.

Em primeiro lugar, a composição do Tribunal Constitucional. A solução vigente, em que apenas a Assembleia da República tem intervenção, directa ou indirecta, na escolha dos juizes (porque elege 10 e os restantes 3

“Afigura-se-nos também evidente que tem pouco sentido instituir um tribunal especializado em matérias constitucionais e não atribuir um peso dominante na sua composição a quem delas detenha, ‘ab initio’, conhecimento aprofundado”

são por estes designados), presta-se a críticas de politização (ou, mesmo, de partidarização) da sua atuação. Críticas que, sendo injustas (como a análise da sua jurisprudência demonstra), não deixam de ter consequências na avaliação pública que é feita da sua atuação. Nessa medida, uma diversificação das fontes de legitimação dos juizes seria, a nosso ver, apropriada.

Em segundo lugar, os critérios de seleção dos membros. Com efeito, os 30 anos de existência do Tribunal evidenciam que é imensa a minoria

de juizes que detinham, à data da sua escolha, experiência relevante, académica ou profissional, na área específica do direito constitucional. É certo que a transversalidade ordenacional do direito constitucional exige a presença de juizes que carreguem conhecimentos e práticas dos diversos ramos do direito. Mas afigura-se-nos também evidente que tem pouco sentido instituir um tribunal especializado em matérias constitucionais e não atribuir um peso dominante na sua composição a quem delas detenha, “ab initio”, conhecimento aprofundado.

Em terceiro lugar, uma reflexão relacionada com os poderes materiais de controlo. Referimo-nos à possível consagração de soluções próximas da *verfassungsbeschwerde* alemã ou do recurso de amparo espanhol. Na verdade, a previsão da possibilidade de os cidadãos se dirigirem directamente ao Tribunal Constitucional em caso de violação grave dos seus direitos, liberdades e garantias, daria um contributo acrescido para a efectivação de tais direitos e conduziria a uma maior aproximação entre cidadãos e Tribunal, algo que seria, a todos os títulos, benéfico.

A necessidade de melhorar ou de corrigir alguns aspectos da justiça constitucional não afecta em nada, porém, a nossa convicção de que o Tribunal Constitucional tem desempenhado um papel positivo. Uma convicção que nem sequer é abalada pela avaliação negativa que fazemos de algumas decisões recentes, que parecem revelar uma postura imobilista na interpretação dos princípios constitucionais e uma desadequada perspectiva sobre a compatibilização, que a própria Constituição impõe, entre direitos fundamentais e outros interesses por ela protegidos.



José de Matos Correia

Advogado da CMS – Rui Pena & Arnaut. Licenciado pela Universidade Lusitana de Lisboa, leciona atualmente Direito Constitucional nesta instituição. Preside à Comissão de Defesa Nacional da Assembleia da República

Sem pressões

Deixar o Tribunal Constitucional trabalhar livre de pressões, admitindo, com naturalidade democrática, que formule decisões com sentido diverso do das opiniões que perfilhemos, constituirá a melhor forma de contribuir para a coesão da comunidade e para que o Direito cumpra a sua missão de tutelar.

A conformidade da legislação ordinária com a Constituição é apreciada judicialmente na generalidade dos Estados em que está consagrado o princípio da separação de poderes e, sem embargo de se reconhecer a dificuldade que este controlo pode por vezes suscitar, continua a revelar-se totalmente válida a afirmação de Alexander Hamilton: "A Constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute."

O reconhecimento da importância fundamental do controlo da constitucionalidade tem levado a que, na maior parte dos casos, sejam tribunais específicos a ocuparem-se das questões constitucionais, cujo conhecimento está vedado aos tribunais ordinários.

Não se pode, ainda assim, esquecer que é, porventura, o Supremo Tribunal de Justiça Norte Americano - que formalmente não é um tribunal constitucional -, aquele que desenvolve há mais tempo uma atividade decisiva nessa matéria e que mais claramente põe em destaque as implicações políticas desse tipo de fiscalização, assim como dos mecanismos de escolha dos magistrados. É, por outro lado, digna de nota a existência daquilo a que, por vezes, se designa por uma segunda geração de tribunais constitucionais, criados em Estados que saíram de

"As mais recentes tomadas de posição do tribunal em matéria de medidas económicas, alegadamente tomadas em execução do acordo com a troika, vieram sujeitá-lo, de novo, a forte escrutínio"

regimes ditatoriais, ou que são dotados de estruturas federais ou ainda que assentam em amplas descentralizações democráticas (Alemanha, Áustria, Itália, Espanha, Portugal, África do Sul ou a generalidade dos países da antigo bloco soviético).

Nesse Estados coloca-se, com especial acuidade, a questão da garantia dos direitos, liberdades e garantias, muitas vezes alheia à cultura jurídica e política dominante, bem como a da arbitragem dos equilíbrios entre os diferentes entes territoriais. Naturalmente que em Portugal, onde existe uma Constituição Económica significativamente rica, a fiscalização da constitucionalidade é particularmente importante. O Tribunal Constitucional teve, aliás, um papel decisivo na conformação do regime económico português, fazendo uma interpretação liberalizante de anteriores versões da Constituição e

agilizando processos de reequilíbrio entre o sector público e privado, que favoreceram este último.

As mais recentes tomadas de posição do tribunal em matéria de medidas económicas, alegadamente tomadas em execução do acordo com a troika, vieram sujeitá-lo, de novo, a forte escrutínio.

Um escrutínio desta natureza tem de ser feito à luz de um princípio fundamental que o Tribunal reafirmou - o da supremacia da Constituição -, o que envolve a clara recusa da possibilidade de acordos políticos porem em causa o Pacto Social estruturante de cada sociedade.

Numa outra perspetiva, há que ter em consideração que, como recentemente foi salientado pelo recém empossado Presidente do Supremo Tribunal de Justiça - Conselheiro Henriques Gaspar -, os tribunais não podem ser encarados numa mera lógica de extensão dos modelos de mercado a todos os sectores da vida, porque "... o Estado e as suas instituições fundamentais, particularmente a instituição judicial, não são, nem podem ser tratados, como empresas em regime de mercado. Mesmo nas concepções ideológicas do Estado mínimo, a Justiça tem de estar do lado do melhor Estado; Estado mínimo exige Justiça máxima". Deixar o Tribunal Constitucional trabalhar livre de pressões, admitindo, com naturalidade democrática, que formule decisões com sentido diverso do das opiniões que perfilhemos, constituirá a melhor forma de contribuir para a coesão da comunidade e para que o Direito cumpra a sua missão de tutelar e hierarquizar os valores, tantas vezes concorrentes, que estão na sua génese e na da vida em sociedade.



Eduardo Paz Ferreira

Sócio fundador da Eduardo Paz Ferreira & Associados. É licenciado pela Faculdade de Direito de Lisboa e mestre em Direito pela mesma instituição

O TC, o mar e a terra

É nas alturas de crise que o papel do TC se torna mais difícil, porque é também nessas alturas que o legislador mais arrisca ao nível das soluções para combater a crise, actuando no limiar da fronteira do constitucionalmente admissível.

O Tribunal Constitucional (TC) celebra este ano 30 anos e não se pode dizer que estes últimos anos sejam anos sem história na história do TC. Pode concordar-se ou não com as suas mais recentes decisões relativa às “medidas de austeridade” – e eu tenho discordado de algumas – mas é nestas alturas de crise que o TC é mais preciso.

A vida do TC é uma vida difícil. Primeiro, porque as normas que tem de apreciar estão sempre na fronteira do constitucionalmente admissível, pois, caso contrário, ou não eram aprovadas ou não eram enviadas para o TC. Depois, porque tem constantemente de procurar um equilíbrio entre uma aceitação generalizada das opções legislativas, o que acabaria por desvalorizar a Constituição e uma crítica mais intensa a essas mesmas opções, o que acabaria por tornar o TC numa espécie de Governo alternativo, discutindo com o Parlamento ou o Governo quais as melhores opções políticas a seguir.

Ora, enquanto a Constituição estabelece as “regras do jogo”, onde todos, independentemente das opções políticas, têm de saber e de poder jogar, o TC actua como fiscalizador da Constituição, que, por natureza, é contra-maioritária, ou seja, serve para limitar o poder da maioria parlamentar e do Governo. Claro que a interpretação da Constituição efectuada pelo TC é tanto mais difícil quanto os conceitos constitucionais sejam indeterminados, precisamente para que possam ser mais maleáveis e adaptados aos tempos que correm em cada momento. Cabe, então, ao TC confrontar as leis com esses mesmos princípios constitucionais, que, como as próprias leis, têm de ser contextualizados e ponderados, em vez de serem cristalizados e absolutizados.

“O problema não está assim, nem na Constituição, nem no Tribunal Constitucional, enquanto instituição, nem no modo de designação dos juizes, mas no juízo que em cada momento a maioria dos juizes faz da Constituição”

É que, é bom lembrar, as opções políticas, traduzidas em actos legislativos, são da responsabilidade do Parlamento e do Governo e estes têm de ter liberdade para escolher as soluções que lhes pareçam ser as mais adequadas, desde logo para poderem, depois, ser responsabilizados perante o eleitorado pelos resultados dessas mesmas soluções. Mas, também é bom lembrar, nem todas as opções político-legislativas são constitucionalmente aceitáveis. Ora, se as mais recentes decisões do TC em matéria de “medidas de austeridade” têm sido consideradas por muitos como demasiado restritivas, por não tomarem na devida conta a situação de excepcional interesse público em que vivemos, o certo é que o mesmo TC, ainda que com outros juizes, decidiu, no acórdão

11/83, com a mesma Constituição, aceitar, de modo também criticável, pelo excesso de sentido contrário, que a introdução de um imposto totalmente retroactivo não violava o princípio da confiança, por estarem em causa relevantes motivos de interesse público relacionados com a existência de um défice orçamental excessivo.

O problema não está assim, nem na Constituição, nem no Tribunal Constitucional, enquanto instituição, nem no modo de designação dos juizes, mas no juízo que em cada momento a maioria dos juizes faz da Constituição. Não podemos, no entanto, esquecer que, ao longo de 30 anos, o TC tem desempenhado um papel muito relevante para o funcionamento do nosso sistema constitucional e o facto de haver decisões criticáveis não afasta a jurisprudência sólida e pacífica que tem resultado de 30 anos de actuação, onde, é bom recordar, o TC toma, em média, mais de 600 decisões por ano. É que, para além da fiscalização preventiva e sucessiva abstracta, o TC desenvolve uma actividade muito relevante ao nível da fiscalização concreta.

Naturalmente que é nas alturas de crise que o papel do TC se torna mais difícil, porque é também nessas alturas que o legislador mais arrisca ao nível das soluções para combater a crise, actuando no limiar da fronteira do constitucionalmente admissível. Se compararmos as decisões de 1983 e de 2012/13 do TC, sobre as chamadas medidas de austeridade num contexto de emergência nacional, veremos que ambas têm fragilidades, de sentido contrário, estando ainda por encontrar, a meu ver, o equilíbrio perfeito, que o TC sempre procura, mas nem sempre encontra, e que o leve a navegar nem tanto ao mar, nem tanto à terra.



Tiago Duarte

Sócio da PLMJ e professor de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). É licenciado pela FDUL