

## **A fiscalização concreta em Portugal e o controlo difuso em direito comparado: o sistema americano e o(s) sistema(s) europeu(s).**

Nuno Miguel Cunha Rolo <sup>1</sup>

(Continuação)

### **IV. O SISTEMA AMERICANO**

Walt Whitman, poeta *realista* norte americano, escreveu um dia que: «só a poesia pode unir os americanos» <sup>2</sup>. Mas, à poesia, poderíamos acrescentar: ... e a Constituição...

Ela, de facto, está na base da união dos americanos, que vêem nela uma causa de orgulho. E não é para menos, sobretudo se verificarmos o conjunto de factos e ideias que ela inaugurou: primeira Constituição republicana da era moderna; com ela, pela primeira vez, se instituiu um Estado federal; a primeira a estabelecer um sistema de garantia judicial de constitucionalidade das leis; a primeira a consagrar um sistema de governo de tipo presidencialista <sup>3</sup>...

Os *norte-americanos* nasceram com a Constituição, que instituiu os Estados Unidos da América. Poderíamos, mesmo, dizer, *jocandi causa*, que o princípio da constitucionalidade tem tanta *idade*, quanto o *Tio Sam*. Na verdade, os Estados Unidos, grosso modo, nasceram com este princípio. O federalismo é, assim, uma das razões da existência da *judicial review*.

---

<sup>1</sup> Assistente da Universidade Autónoma de Lisboa.

<sup>2</sup> Cfr. Freitas do Amaral, «Ciência Política», Vol. II, Lisboa, 1994, p. 215.

<sup>3</sup> A citação foi retirada da obra de Nuno Rogeiro, «A Constituição dos E.U.A., ...», cit., p. 89.

Os Estados Unidos da América (E.U.A.) são, justamente, considerados a pátria da garantia da Constituição e, em particular, da fiscalização da constitucionalidade que, posteriormente, se veio a designar por controlo difuso <sup>4</sup>; controlo este que nunca vingou, totalmente, na Europa devido, sobretudo, à tradição do *civil law* e ao domínio do princípio do primado da lei (e não da jurisprudência como acontece no *common law*), herdados da Revolução Francesa de 1789. Os Estados Unidos foram, portanto, os primeiros a contemplarem a fiscalização concreta da constitucionalidade, donde advem a sua origem.

Conforme assinalámos quando nos debruçámos sobre a génese do controlo constitucional, este não remonta à Constituição norte-americana ou ao seu Direito, principalmente em termos doutrinários, pois é anterior à *supreme law* americana.

Busca-se, sim, no *common law*, mais precisamente na doutrina de Edward Coke, desenvolvida no caso *Dr. Bonham*, já referido por nós. Coke, no seu famoso *dictum* <sup>5</sup> assinala: «Quando um acto do Parlamento é contrário ao Direito e à Razão comuns, o *common law* o controlará e o julgará nulo».

Esta doutrina foi bem aceite, como também já notámos, pelos colonos americanos, o que permitiu, mais tarde, a John Marshall realizar a primeira asserção ou as primeiras premissas da *judicial review* <sup>6, 7</sup>, onde assenta o sistema americano de controlo da constitucionalidade.

Convém, no entanto, não confundir o *common law* com o *direito americano*. Autores há, que defendem que a América não conhece o *common law* <sup>8</sup>. Roscoe Pound chega mesmo a afirmar que «a ignorância é o principal factor de formação do direito americano». A formação do direito americano não deixou de ser algo

---

<sup>4</sup> V. nota seguinte.

<sup>5</sup> Vide *infra*, quanto à estrutura das decisões judiciais anglo-saxónicas.

<sup>6</sup> Importante, foi, também, o desenvolvimento *teórico*, realizado por Alexander Hamilton, em «The Federalist Papers», cit. na trad. port., números 78 e 82.

<sup>7</sup> Não confundir controlo constitucional e *judicial review*: aquele germinou do caso *Bonham* e consolidou-se com a sentença de Marshall e a *judicial review* foi inaugurada por esta sentença.

<sup>8</sup> Apud René David, «Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo», trad. port., S. Paulo, 1986, p. 320.

primitiva, não obstante terem existido naturais influências do país colonizador. Em algumas colónias o Direito aplicava-se com base na Bíblia, o que permitiu um exercício algo discricionário, se não mesmo arbítrio, por parte dos juizes.

Contra esta discricionariedade surgiu, em diversas colónias, a *codificação* do Direito. Os americanos não eram, por isso, adversos à *lei escrita*, ao contrário dos ingleses que a consideravam como algo propensor a atentar contra os seus direitos e liberdades. Note-se que a Constituição dos Estados Unidos é uma Lei do tipo românica, que não visa directamente resolver litígios, mas estabelecer as regras gerais de organização e de conduta dos governantes e dos governados.

Apesar de tudo, porém, o Direito americano tem uma natureza análoga à do *common law*, tendo com ele algumas afinidades: consagra o primado da jurisprudência como fonte de Direito; vigora a regra de *stare decisis*,... ; mas não passam de *meras afinidades*, como podemos verificar no que respeita à regra *stare decisis*, regra de costume jurisprudencial do precedente vinculativo, no desempenho da função das decisões como fonte de Direito: os Supremos Tribunais americanos (federal e estaduais) não estão vinculados pelos seus próprios precedentes, ao contrário do *Supremo Tribunal do Reino Unido*, o *Appellate Committee* da Câmara dos Lordes, que só muito recentemente começou a adoptar, e muito raramente, uma posição mais flexível, nesta matéria.

Outras diferenças *estruturais* poderiam-se assinalar, como por exemplo: a ausência de distinção em Inglaterra entre Direito federal e Direito estadual <sup>9</sup>, os próprios conceitos jurídicos ou, mesmo, a própria terminologia jurídica.

Dediquemos, agora, algum tempo ao estudo do caso que viu nascer a *judicial review*: «*Marbury v. Madison*», de 24 de Fevereiro de 1803.

No início do século XIX, nos Estados Unidos, existiam dois partidos políticos: o federalista, que é o actual partido republicano, e o republicano, hoje denominado partido democrata.

---

<sup>9</sup> Nos Estados Unidos não existe verdadeiro *common law* de uma maneira em geral aos cinquenta estados americanos, apesar da referência explícita que a Constituição lhe faz na sua VII emenda.

Em 1801, finalizava o mandato do Presidente John Adams, federalista, cujo partido havia perdido as eleições frente a Thomas Jefferson. Adams, antes da transferência do mandato, decidiu fortificar a posição do seu partido, pois o seu partido viria a estar em minoria no Congresso, mediante a criação de novos cargos judiciais, nos quais colocaria ‘partidários’ seus (o que hoje chamaríamos de *judicial jobs for the boys!*).

O Congresso, antes do ingresso da maioria republicana, aprovou o *Circuit Court Act*, que criava dezasseis cargos de juizes federais de Circuito<sup>10</sup>. Esta lei, provocou a indignação do partido republicano que a apelidou, ironicamente, de *Midnight Judges Act*.

Mas Adams não estando, porventura, ainda satisfeito, fez aprovar uma outra lei, *in extremis*: *Organic Act of the District of Columbia*, que criava quarenta e dois *justices of peace*, para aquele distrito. E nomeou, ainda, John Marshall (um federalista convicto), *Chief Justice* do Supremo Tribunal Federal (S.T.F.) dos Estados Unidos, que era seu Secretário de Estado. Marshall viria a permanecer nesse lugar, com essas funções, 34 anos (o maior tempo de permanência de um juiz, até hoje, como *Chief Justice*, não obstante William Orville Douglas ter estado nesse Tribunal durante 36 anos [1939-75], mas como *associate justice*): de 27 de Janeiro de 1801 a 6 de Julho de 1835.

Daqueles quarenta e dois juizes (nomeados a 2 de Março, a sua indigitação foi confirmada pelo senado, um (!) dia depois — 3 de Março, último dia de Adams como Presidente), quatro não haviam sido notificados das suas nomeações; formalidade sem a qual elas não poderiam considerar-se válidas (formalidade *ad substantiam*).

---

<sup>10</sup> Nos E.U.A., os tribunais federais de 2.ª instância são denominados tribunais de circuito e os de 1.ª instância, designam-se por tribunais de distrito.



Assumida a presidência por Jefferson, os não notificados apresentam-se a James Madison <sup>11</sup>, novo Secretário de Estado, reclamando da falta de notificação da sua nomeação. Perante a recusa deste, William Marbury (banqueiro e rico proprietário do estado de Maryland), um dos quatro nomeados, recorreu para o Supremo Tribunal Federal, pedindo um *writ of mandamus* <sup>12</sup> ordenando a notificação, com base na Secção XIII do *Judiciary Act* (lei da organização judiciária norte-americana) de 1789.

E o que disse o Tribunal? Não obstante metade dos juizes do Supremo terem sido nomeados pelo próprio John Adams, em vez de alinharem na golpada judiciária do ex-Presidente, o Tribunal, por unanimidade (6 votos), indeferiu o requerimento de Marbury. A *sentença* referia que o Supremo Tribunal Federal não tinha poderes para emitir um *writ of mandamus* dirigido a um Secretário de Estado, pois isso seria exercício de jurisdição em primeira instância, não prevista na Constituição: «O Congresso excedeu os seus poderes quando, na Secção XIII do *Judiciary Act*, autorizou o *Supreme Court* a emitir *writs of mandamus*, ordenando que certos altos funcionários federais praticassem determinados actos (...) Os tribunais dos Estados Unidos estão obrigados a cumprir a Constituição (...) Assim a particular fraseologia da Constituição dos Estados Unidos confirma e reforça o

<sup>11</sup> Madison, desempenhou um papel proeminente na Convenção Constitucional, tendo sido apelidado de «Pai da Constituição». Esboçou *The Virginia Plan*, escrito doutrinário basilar da futura estrutura do regime político-constitucional norte-americano: destaque-se a ideia da introdução do princípio da separação de poderes, concretizado no sistema de *checks and balances*. Como congressista, eleito para a Câmara dos Representantes em 1789 (ano em que aquela assembleia surgiu, nomeadamente no dia 4 de Março), protagonizou uma das principais reivindicações de alguns estados contra o excessivo e crescente poder governamental federal, em detrimento de alguns direitos e garantias individuais e fundamentais; por isso, em 1791 (a 15 de Dezembro) ratificaram-se as dez primeiras emendas à Constituição dos Estados Unidos, encerradas na designação *Bill of Rights*. Foi, também, um dos fundadores do Partido Republicano, criado por volta de 1790; exerceu o cargo de secretário de estado (1801-1809), sob o mandato presidencial de Thomas Jefferson e, mais tarde, tornou-se o quarto presidente dos Estados Unidos (1809-1813, 1813-1817).

<sup>12</sup> Por *writ*, no direito anglo-saxónico, entende-se toda a ordem emitida por um tribunal, requerendo a execução de uma determinada decisão ou dando autoridade para fazer cumpri-la. O termo possui origem britânica e remonta à época medieval: aplicava-se a qualquer escrito (*written*) selado pelo rei, com um carácter imperativo ou normativo. *Writ of mandamus*, por seu lado, consiste numa ordem emitida pelo Tribunal, determinando que um tribunal inferior ou uma outra autoridade pública pratique determinado acto.

princípio, suposto essencial a todas as Constituições escritas, de que uma lei contrária à Constituição é nula (...) O requerimento tem de ser indeferido. Ass.: John Marshall, 24 de Fevereiro de 1803»<sup>13</sup>.

Marshall baseou-se, para a decisão deste caso, no art. III, Secção II, § 1 *ab initio*, da Constituição:

«A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Equidade ocorridos sob a presente Constituição (...)»

A faculdade que esta atribuía aos tribunais federais de conhecer e decidir «casos... ocorridos sob a presente Constituição», estabeleceu a base do direito do Supremo Tribunal declarar as leis do Congresso inconstitucionais. O *Supreme Court* julgou, assim, inconstitucional a secção XIII do *Judiciary Act*, que lhe outorgava certos poderes, ou seja, declarou inconstitucional a lei que lhe permitia intervir.

Este caso, significou a afirmação da prevalência da Constituição sobre o conjunto de todas as normas do Direito federal. Da verificação do princípio da prevalência da Constituição, isto é, do princípio da constitucionalidade, chegou-se ao direito de *revisão judiciária da legislação*.

Portanto, a *judicial review* consiste, também, no poder dos juizes interpretarem a Constituição e de recusarem a aplicação de certas regras que, em sua apreciação, estejam em conflito com a Constituição. E, em última instância, tal poder pertence ao *Supreme Court*. Contudo, aquele poder não consubstancia apenas um direito, mas também um dever, pois tal faculdade não é discricionária, mas vinculada ou *exigível*.

Este Tribunal Federal constitui, pois, o *supremo* intérprete da Constituição, e, também, da lei, porquanto não está obrigado a aceitar a interpretação dada pela *sentença* recorrida, mesmo quando o tribunal *a quo* é federal<sup>14,15</sup>.

---

<sup>13</sup> Cfr. John Marshall, «Sentença de 1803.02.24, 5 U.S., 137, Marbury v. Madison».

<sup>14</sup> A relevância deste Tribunal é colossal; e podemos constata-la, no domínio jurídico-processual constitucional, nas únicas formas que existem de corrigir ou alterar uma decisão do S.T.F., a saber: através



Como dizem os americanos, *the supreme judges say what the law is*, ou seja, grosso modo «dizem o Direito e dão o Direito»<sup>16</sup>.

Este controlo judicial, é exercido por um conjunto de tribunais, que constituem o sistema judiciário federal. Todos os tribunais o exercem, sobretudo os designados por tribunais constitucionais (o Supremo Tribunal Federal, os tribunais de apelação ou de circuito e os tribunais de distrito) em contraposição aos tribunais legislativos. O critério de distinção prende-se com a base constitucional de fundação dos tribunais: se a criação de um tribunal, criado pelo Congresso, se baseia no art. III da Constituição, constitui um *constitutional court*, caso contrário, será um *legislative court*<sup>17</sup>.

Os Estados Unidos da América são, como se sabe, um Estado Federal (*Union*), constituído por cinquenta estados federados (dois estados, Alaska e Hawaii, não

---

de emenda constitucional (que, por iniciativa do Congresso, tem de ser aprovada por 2/3 dos votos de ambas as câmaras e ratificada por 3/4 dos 'parlamentos' estaduais — Art. V da Constituição) ou pela nomeação de novos *justices* (faculdade atribuída ao Presidente, necessitando, contudo, da aprovação do Senado), aquando da retirada de algum *justice*, que pode demorar décadas para acontecer, dado que a designação é vitalícia e somente através de um processo de *impeachment* pode um juiz supremo federal abandonar o seu lugar, excepto se for *sponte sua*.

<sup>15</sup> Um ex-*Chief justice*, o décimo primeiro, Charles Evans Hughes (1930-41), chegou mesmo a afirmar que: «O supremo tribunal é uma convenção constitucional em sessão contínua (...) o qual está sob o domínio da Constituição, mas ela é, o que os juizes dizem que ela é».

<sup>16</sup> Apud Nuno Rogeiro, «Estudos sobre o Sistema...», cit., p. 153.

<sup>17</sup> São chamados de *legislative courts*, os tribunais federais criados por norma directa do Congresso e que, assim, não têm origem imediata e consagração explícita constitucionais (ao abrigo do art. I, secção 8.ª, § 9.º, da Constituição norte-americana). Encontram-se nesta categoria: *Court of Claims*, *Court of Patents*, *Court of International Trade*, *Tax Court* e todos os tribunais territoriais administrados federalmente. Em contraposição aos *legislative courts*, e estabelecidos ao abrigo do artigo II, secções 1 e 2 da Constituição, encontram-se os *constitutional courts*, que são a maioria dos tribunais pertencentes ao sistema judiciário federal, a saber: os tribunais de distrito (*District courts*), tribunais de jurisdição genérica, os tribunais de apelação (*Courts of appeals*) que funcionam, sobretudo, como instância de recurso das decisões dos tribunais de distrito e, por último, o supremo tribunal federal. Estes tribunais têm duas *missões* jurídico-constitucionais primordiais e fundamentais: interpretar as leis, regulamentos e todos os outros actos normativos (*statutory construction of laws*), bem como decidirem da constitucionalidade das normas federais, estaduais ou locais (*judicial review of legislation*). É evidente a importância dada a este *karma* constitucional, mesmo para lá do que ele já significa *per se*, podendo ser constatada, quer na dificuldade de superação das suas decisões, nomeadamente, as do Supremo Tribunal Federal — tanto as de *statutory construction*, só ultrapassadas por uma norma aprovada pelo Congresso, como as decisões que impliquem uma *judicial review* (vide notação 54) —, quer nos processos de nomeação e demissão/resignação dos *federal justices* (v. notação *ibidem*).

são contíguos) e um distrito federal (*District of Columbia*), que sedia a capital federal: Washington. A maioria dos estados estão, político-territorialmente, divididos em *counties*, 3042 em 1987, (os estados Alaska e Louisiana, por exemplo, não possuem condados; o primeiro divide-se em *boroughs* e o segundo em *parishes*). Dentro destes, encontramos as mais variadas espécies de *municipalities* (19.200 em 1995), equivalentes às nossas autarquias locais, a saber: *cities*, *towns*, *villages*, *boroughs*, *special districts*, *incorporated communities* e *unincorporated communities* <sup>18</sup>.

Em consequência da estrutura federal, o Supremo Tribunal dos Estados Unidos possui, neste domínio, duas funções essenciais: por um lado, visa assegurar a superioridade do Direito Federal sobre o Direito dos estados federados, para a prossecução do respeito e conformidade da legislação por parte dos estados membros, para com a legislação federal; por outro lado, o referido Tribunal deve asseverar, dentro do bloco da legalidade federal, a superioridade da Constituição Federal, sobre o conjunto de outras normas de Direito Federal. Esta última função, não tem base *legal*, sendo retirada da jurisprudência do *Supreme Court*, que se iniciou com o caso «*Marbury v. Madison*».

Ambas as funções, no fundo, demonstram uma única e ampla preocupação: a defesa da unidade (a todos os níveis) dos Estados Unidos da América.

Por isso, se permite que o controlo da constitucionalidade se exerça por duas vias: pelo sistema da equidade e pelo sistema 'jurídico'. Apesar desta distinção ser, predominantemente histórica tudo depende da espécie de *remédio* pleiteado:

---

<sup>18</sup> Apud João Caupers, «Importância e Dificuldades da Ciência da Administração Comparada: Contributo para a Compreensão dos Conceitos Básicos da Ciência da Administração Norte-Americana», Lisboa, 1996, p. 254.

Não consideraremos os territórios ultramarinos associados aos E.U.A. (*Commonwealth of The United States*), a saber: Porto Rico (desde 1952, por via referendária), Samoa Americana (após *anexação*, desde 1899), a Ilha de Guam (cedida aos norte-americanos, pela Espanha, em 1898), as Ilhas Virgens (adquiridas aos dinamarqueses em 1917), as Ilhas Palau (tomadas pela força aos japoneses em 1945), a ilha Wake (ocupada em 1898) e as ilhas Marianas Setentrionais (administradas pelos E.U.A. desde 1947, após terem sido capturadas, aos japoneses, durante a Segunda Grande Guerra).



processos criminais e acções privadas de perdas e danos são «*casos de Direitos*»; aqueles que o Tribunal deve aplicar ou pode julgar segundo a *equity*, serão *casos de equidade* (acontece, sobretudo, no domínio das garantias jurídicas e no ramo do direito das obrigações).

A organização judicial dos Estados Unidos está regulada no art. III, secção 2.<sup>a</sup> da Constituição. A justiça federal nos E.U.A., está organizada, basicamente, em três níveis distintos: o Supremo Tribunal Federal, os tribunais de apelação ou de Circuito (*Courts of Appeals*) e, por último, os tribunais de Distrito (*District Courts*) e todos os outros tribunais federais especializados.

Os *U.S. District Courts* são tribunais de primeira instância federal, cada um compreendendo vinte e sete juízes, bastando um juiz para decidir os casos *sub judice*. Ao todo são cerca de cem. Subdividem-se em *territorial district courts with federal and local jurisdiction* (incluindo as ilhas 'norte-americanas' na Micronésia) e os *district courts with federal jurisdiction only* (oitenta e nove nos cinquenta estados, um no distrito de Columbia e outro em Porto Rico).

Os *U.S. Courts of Appeals* são onze, constituídos por quinze juízes, sendo suficiente a presença de três, para haver julgamento dos processos. São tribunais federais de segunda instância.

O *U.S. Supreme Court* é a mais alta instância judicial dos Estados Unidos. Foi instituído pela Constituição norte-americana em 1787, mas somente em 1790, a 1 de Fevereiro, se estreia nas suas funções, na cidade de Nova Iorque, por cima de um mercado para agricultores e de um *curral*, cujos sons dos animais ouviam-se durante as sessões do *Tribunal*, que trespassavam as suas paredes. Actualmente está sediado em Washington D.C. (a 'sua' terceira cidade, após ter conhecido Filadélfia), na *One First Street, Northeast* (desde 1935), num edifício com forma de *Templo* ('capitólio') cujo *prostilo* tem inscrito a seguinte divisa: «Equal Justice Under Law».

A sua composição numérica foi variando sucessivas vezes, ao longo do tempo. Inicialmente eram seis, número que foi aumentando até dez, à medida

que se iam criando novos circuitos judiciais, e um desses circuitos incorporava-se no Supremo Tribunal. Em 1866, foi reduzido para sete elementos; somente em 1969 se alterou, outra vez, a composição do Supremo fixando-se, definitivamente, em nove juízes <sup>19</sup>.

É constituído por um presidente (*Chief Justice*) e oito juízes associados (*associate justices*). Para a formação de *quorum* deliberativo, é necessária a presença de seis juízes.

*The Honorable Court* julga, aproximadamente, entre 4 a 5 mil casos por ano, dos quais cerca de 95% são resolvidos através das *summary decisions*. Estas decisões podem ser de rejeição ou *per curiam*, de afirmação ou infirmação sem motivação. O número de *sentenças* fundamentadas queda-se, em média anual, entre os 100 e os 150.

Para se ter acesso ao S.T.F. existem, essencialmente dois caminhos <sup>20</sup>: pela jurisdição obrigatória (funcionando como Tribunal de primeira e última instância) ou através da jurisdição facultativa ou de apelação (em que há recurso de uma decisão dum supremo tribunal estadual, de uma decisão final de um tribunal de circuito ou de um tribunal de apelação dos Estados Unidos).

Os recursos para o Supremo podem, portanto, ascender por via estadual ou por via federal.

---

<sup>19</sup> Actualmente, o *U.S. Supreme Court* é composto por William Hubbs Rehnquist (16.º *Chief Justice*, nomeado por Reagan em 1986), Antonin Scalia (Reagan/1987), Clarence Thomas (Bush/1991, o segundo *justice* negro na história do Supremo; o primeiro foi Thurgood Marshall, [Lyndon Johnson/1967], precisamente quem Clarence Thomas foi substituir), Sandra Day O'Connor (Reagan/1981, a primeira mulher a ter assento neste Tribunal), Anthony M. Kennedy (Reagan/1987), Ruth Bader Ginsburg (Clinton/1993) Stephen Breyer (Clinton/1994), John Paul Stevens (Gerald Ford/1975), e David H. Souter (Bush/1990). Os três primeiros são conhecidos como os juízes que tomam, geralmente, posições mais *conservadoras*, ao contrário dos quatro últimos que constituem '*the liberal section*'. Daí que Sandra O'Connor e Anthony Kennedy sejam os juízes com maior influência neste tribunal supremo; qualquer bloco (liberal ou conservador) de *justices* que vise a '*majority decision*', terá, como dizem os anglo-saxónicos, '*to accomodate their views to carry the day*'.

<sup>20</sup> Apud Chemerensky, «Federal Jurisdiction», p. 498. No que respeita à organização, funcionamento e processo judicial norte-americana baseámo-nos na obra de Bianchi, «Control de Constitucionalidad», op. cit.

A jurisdição obrigatória compreende os casos, entre outros, de conflitos entre estados federados; casos de julgamento de inconstitucionalidade de leis do Congresso, se o *Executivo* é parte; casos de consideração de inconstitucionalidade de lei federal pelo supremo tribunal de um estado; casos de aplicação de lei julgada inconstitucional por tribunais estaduais.

Quanto à jurisdição facultativa, o Tribunal dispõe da prerrogativa, discricionária, de selecção dos casos que lhe são colocados à consideração, podendo pronunciar-se apenas sobre aqueles que entenda como mais relevantes, mais controversos ou mais decisivos para a Nação (prática conhecida por *limited grant of certiorari*, dando um valioso contributo para a redução da carga de trabalho dos juizes).

Os interessados em obter a revisão do seu caso pelo Supremo, deverão solicitar-lhe um *writ of certiorari*<sup>21</sup>, uma petição de requerimento que deve ser clara, precisa e fundamentada, fazendo valer *special and important reasons*, mencionando, exactamente, o direito ou o articulado constitucional que se entende violado, não bastando uma mera referência à «Constituição dos Estados Unidos», ao «devido processo legal» (*due process of law*), etc.,.

Chegada a petição ao S.T.F., tem de aguardar-se pela decisão dos *justices*. Do conjunto de petições que aportam neste Tribunal, é realizada uma pré-triagem pelo seu presidente, que incluirá os casos por ele escolhidos na «lista de exame», também designada, com apurado sentido pragmático, por *dead list*. Elaborada a lista, apresenta-a aos outros juizes, em conferência.

<sup>21</sup> *Writ of certiorari* é uma carta requisitória (documento judicial), emanada pelo supremo tribunal consistindo numa *ordem* aos tribunais inferiores, para que estes reünam os autos de determinado *case or controversie* e os enviem para o Supremo, para 'revisão'. Note-se, que esta não é a única forma deste tribunal vir a 'rever' decisões de tribunais federais inferiores: existe, ainda, a figura do *appeal*, espécie de recurso, interposto, geralmente, pela parte (*appellant*) vencida na decisão do tribunal inferior, que é dirigido a um tribunal superior, contra a parte (*appellee*) que, em princípio, ganhou a decisão no tribunal inferior e onde é pedido a anulação da sentença proferida *a quo* (refira-se, com brevidade, que o tribunal superior, salvo raras excepções, não vai 'rever' a matéria de facto aduzida, mas debruçar-se sobre a matéria de direito). Mas enquanto o *appeal* somente se pode utilizar após haver uma decisão judicial, no *writ of certiorari*, o supremo tribunal pode apreciar o 'processo' (*record*), mesmo quando o caso está ainda pendente em tribunal federal inferior.



A pré-triagem, porém, não é determinante para a oportunidade dos outros casos não serem apreciados pelo Tribunal. Qualquer juiz pode considerar que, entre os casos não incluídos na 'lista de exame', existem outros, dignos de apreciação; se assim acontecer, o caso é votado, em plenário, pelo Tribunal.

À medida que apresenta os processos, o presidente, como dirigente dos trabalhos, oferece um resumo pessoal sobre o *mérito* de cada um e dá a palavra aos outros juizes, por ordem de antiguidade. De seguida, faz-se uma votação formal para determinar se quatro juizes (*rule of four*) estão a favor da apreciação e deliberação da questão.

Quando falta algum juiz (porque não está ainda nomeado ou está doente ou pediu escusa, etc.) e se se verificar empate na votação, 4-4 ou 3-3 (recorde-se, que o *quorum* deliberativo é de seis membros), a *decisão* do tribunal inferior será mantida.

Se a *sentença* for negativa e se, pelo menos, um juiz votou a favor da apreciação do caso e considerar a questão 'fundamental para a Nação', pode pedir que o caso seja reconsiderado na conferência seguinte. Este procedimento pode não ser inútil, se o juiz convencer outros três, para que o caso seja aceite; e, porventura, bastará persuadir apenas dois, pois é *costume* um outro juiz 'emprestar' o seu voto, quando existem três juizes predispostos a votar a favor.

Uma vez aduzidos e escutados os argumentos dos casos seleccionados, o *Chief Justice* elabora uma outra lista (*the assignment list*), onde se determina o juiz que elaborará a *sentença* do Tribunal decidida em conferência. Aquela poderá, eventualmente, consistir numa declaração de inconstitucionalidade das leis norte-americanas. Estima-se que, desde o seu nascimento até 1996, o Supremo Tribunal tenha já declarado a inconstitucionalidade a cerca de 125 leis federais; número reduzido se comparado com as, *grosso modo*, 70.000 leis que já foram aprovadas pelo Congresso (até finais de 1995).

As decisões judiciais que julgam inconstitucional alguma lei, em virtude do princípio *stare decisis* ('mantenha-se a decisão'), convertem-se em autênticas e efectivas declarações de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes*.

A vinculação do juiz norte-americano às decisões do *Supreme Court*, não é simples consequência da probabilidade de que, resolvendo de outro modo, a sua

*sentença* seria revogada, mas exigência essencial da função jurisdicional, porque recusar essas decisões é o mesmo que refutar o Direito vigente.

Teórica e tecnicamente, um tribunal apenas é obrigado a seguir o que ficou estabelecido num precedente, ou seja, a *ratio decidendi* ('motivo da decisão') da sentença: que é uma declaração obrigatória para casos futuros, tendo valor de *legal rule*, só revogável ou alterável por processo judicial, legislativo ou através de emendas constitucionais (*amendments*).

Para além da *ratio decidendi*, constitui, também, a sentença o *obiter dictum* ('dito de passagem') que, não tendo força legal, consiste numa opinião ou declaração que expressa uma posição, um aviso, uma exortação, um ponto de vista, um simples sentimento... , não essencial para a resolução do caso.

Dificuldades surgem, quando se quer discernir a *ratio decidendi* do *obiter dictum*, numa decisão. Daí que, por vezes, se considere o *dictum*, uma *ratio* e se confunda a *ratio* pelo *dictum*, o que traz nefastos contributos para a consolidação e a total vinculação do tribunal aos precedentes judiciais. Esta é uma das causas apontadas pela doutrina norte-americana da fase de declínio ou de debilitação em que se encontra o princípio *stare decisis*. Outras razões indicadas são a crescente extensão da competência do S.T.F., implicando uma 'vulgarização' do objecto da decisão, e a sua forte e imediata relação com a Constituição (podendo trazer certos elementos 'prejudiciais' para a *hermenêutica constitucional*).

As decisões do Supremo possuem, como princípio, eficácia *erga omnes*, que não está consagrada, expressamente, em nenhum preceito constitucional; simplesmente, é o resultado de uma certa concepção norte-americana do Direito que, «no es tanto un sistema cerrado de normas abstractas que sirven para orientar la conducta de los ciudadanos, y que el juez debe integrar e interpretar para dar solución al litígio, como un conjunto abierto de reglas concretas que dan directamente la solución a litígios definidos»<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Francisco Rubio Llorente, «La jurisdicción constitucional...», cit., p. 14.

O sistema americano é, assim, um sistema aberto, dialógico, diria quase olímpico. Um sistema complexo e pejado de elementos buscados em ‘mentalidades’, ‘consciências’, ‘memórias’, ‘costumes’, ‘palavras’, ‘conceitos’, ‘leis’, ‘semiologias’,... que valem e significam muito mais que aquilo que nos é dado a apreender pelos nossos sentidos *comuns* e *estrangeiros*.

É certo que o poder judicial, nomeadamente o Supremo Tribunal, assume uma autoridade *dantesca* no sistema político-constitucional norte-americano (sobretudo, como vimos, através da *judicial review*, não menosprezando, no entanto, a argumentação e a vinculatividade das suas decisões que lhes fornece uma das *fontes* da sua [discutível] legitimidade para o exercício daquele poder jurisprudencial).

Mas o estudo deste sistema, mais do que em qualquer outro, exige uma análise das suas ‘causas’ de diversa ordem: histórica, cultural, social,... e dos ‘agentes’ que as titulam e protagonizam, no passado e no presente.

As considerações ‘extra-jurídicas’ são tão fatais, quanto vitais para o estudo e compreensão do Direito Constitucional norte-americano. Afinal, sempre é um país que nasceu duma Constituição, sendo ela própria a *ratio essendi* da identidade americana esculpida, talhada e cinzelada pelos *The Framers of the Constitution*.

## V. O(S) SISTEMA(S) EUROPEU(S)

Sem cair no jocoso, poderíamos afirmar que o elemento mais importante deste título são os parêntesis (!), não obstante a sua função gramatical de acessoriedade. Ou seja, saber se existem vários sistemas europeus ou se existe apenas um, é um dos propósitos deste trabalho, na tentativa de dar alguma(s) e simples *resposta(s)*. Porque o nosso espaço é, eufemisticamente, curto, somente no ponto VI teceremos algumas considerações sobre esta temática. Por isso, se seguirá uma exposição <sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> No estudo desta temática do sistema europeu, seguimos de perto o relatório da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, elaborado por J.M. Cardoso da Costa.



dos principais sistemas europeus de controlo concreto e incidental, que julgamos serem os mais importantes: o alemão, o austríaco, o espanhol, o italiano e o português<sup>24</sup>; far-se-á, ainda e por último, uma breve e sucinta referência aos países escandinavos e à Irlanda.

Dado o objecto desta explanação, pensamos não fazer sentido incluir aqui alguns países que, apesar de fundamentais para o *movimento constitucional europeu*, ou não consagram a fiscalização da constitucionalidade (caso da Inglaterra, onde não existe qualquer tipo de justiça constitucional) ou não possuem controlo concreto da constitucionalidade (por exemplo, a França). De qualquer modo, convém ter presente algumas noções justificativas dessas ausências.

No que respeita à Inglaterra, lugar germinal do controlo constitucional, apontam a maioria dos autores, essencialmente, duas razões para a inexistência de uma fiscalização de constitucionalidade das leis: por um lado, a falta de uma constituição em sentido formal, orgânica ou escrita, i.e., uma constituição em sentido continental. Não significa isto que inexistente uma constituição inglesa, pois ela existe, embora possua um carácter material ou avulso plasmada em vários textos (exs.: *Magna Charta* de 1215, *Petition of Rights* de 1628, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689, *Act of Settlement* de 1701, os *Parliaments Act* desde 1911). Por outro lado, assinala a doutrina, ainda, o facto de as regras constitucionais inglesas poderem ser criadas, modificadas e/ou revogadas (pelo parlamento) sem observância de quaisquer *processos formais vinculativos*, o que concretiza o chamado princípio da soberania do parlamento, porquanto os seus actos são, nesse sentido, totalmente insindicaçãoveis. As *estruturas (potestativas) normativas* são, assim, invulgarmente flexíveis o que impediria a intervenção de qualquer *justiça constitucional*.

Quanto à França, podemos considerá-la como o país mais tradicionalmente averso ao controlo jurisdicional da constitucionalidade: a concepção rígida do

---

<sup>24</sup> Estes países são dos poucos que possuem aquilo a que podemos chamar de um sistema completo de jurisdição constitucional.

princípio da separação de poderes e a forte tradição de conceber a democracia no seu modelo representativo são as duas principais razões que a doutrina aponta para explicar esta fobia *gaulesa*. Recorde-se que o órgão do Estado francês com funções *fiscalizadoras* de constitucionalidade — o Conselho Constitucional — foi inicialmente criado para impedir que o parlamento invadisse «a esfera do poder regulamentar autónomo» (Vital Moreira) atribuído ao Governo, nos termos da Constituição de 1958, o que reflecte bem a *visão* francesa dos poderes do estado. A razão da democracia representativa justifica-se pelo facto de, em França, se levar a um certo extremo a defesa da soberania da *assemblée*, como detentora do poder decisório-legislativo e única genuína representante da Nação, não cabendo, assim, a outro órgão fiscalizá-la ou ‘legislar negativamente’ (*anular uma lei é pôr uma norma geral*).

Poderíamos concluir, assim, que os maiores ‘culpados’ deste *atraso* anglo-francês no domínio da justiça constitucional são, fundamentalmente, dois dogmas (podemos ler, *raisons d'état*) que se encontram incrustados nestes dois sistemas político-constitucionais: no inglês, o da soberania do parlamento, no francês, o da separação de poderes; o primeiro sacraliza o parlamento, o segundo a lei. Ora a existência da justiça constitucional baseia-se, sobretudo, no princípio de equilíbrio e divisão de poderes e nas forças vinculativa, normativa e directa da Constituição.

Na nossa era, estes dogmas parecem não fazer muito sentido, não apenas por cada vez mais as suas ‘verdades’ serem contestadas (pela doutrina e jurisprudência de quadrantes e pensamentos jurídico-constitucionais diversos) mas, também, porque verifica-se uma crescente diluição da ‘força teórica’ desses dogmas na ‘realidade prática’ contemporânea.

Assiste-se, hoje, a uma substituição da *defesa* da onipotência parlamentar pela ideia de supremacia da Constituição (*the law of the land*), e a uma *nova leitura* da teoria da separação de poderes, em que os tribunais são competentes para conhecer e decidir qualquer questão de constitucionalidade, tenha ela ou não

natureza política (esta não retira as possíveis implicações jurídicas que a questão possa possuir ou suscitar), enfraquecendo, assim, por um lado, a estrita submissão dos tribunais à lei e fortalecendo, por outro lado, o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, assumindo este uma *condição e posição de hegemonia* face aos poderes do Estado e seus princípios enformadores e concretizadores. Mais, estes princípios arcam com um conteúdo 'funcional', i.e., valoram-se e aplicam-se em função dos direitos dos cidadãos.

A introdução da justiça constitucional (e não da jurisdição constitucional) na Europa, efectivou-se através da consagração da fiscalização difusa (qualquer que seja o país defendido que a tenha inaugurado — v. notação 35) verificando-se uma assinalável influência do modelo norte-americano da *judicial review*.

A primeira experiência de justiça constitucional na Europa foi, portanto, americana.

Mas o espaço europeu viria a beneficiar, também, da oportunidade de assistir ao nascimento de um modelo de justiça constitucional: o chamado modelo concentrado. Este modelo baseia-se em premissas teorizadas por Kelsen onde, entre outras, se preconizava uma «jurisdição constitucional autónoma», ou seja, a instituição de um tribunal constitucional, órgão jurisdicional máximo (e único) da fiscalização abstracta e concentrada (e/ou centralizada), a quem cabe exclusivamente a 'declaração de inconstitucionalidade' das normas (possuidora de eficácia *erga omnes*), assegurando, assim, a garantia jurisdicional da vinculação do legislador à Constituição.

Não vamos aqui, naturalmente, analisar a fiscalização abstracta por não ter cabimento na nossa temática; mas não deixaremos de a considerar para efeitos comparativos, ou por outras razões, que, em sede própria, nos pareçam ser importantes de mencionar. Importa, agora, saber como o controlo concreto e difuso funciona na Europa. Para isso, escolhemos cinco dos países mais representativos deste tipo de controlo.



Os sistemas austríaco<sup>25</sup>, alemão<sup>26</sup>, espanhol<sup>27</sup> e italiano<sup>28</sup> são apontados pela doutrina dominante, como os principais sistemas europeus de controlo incidental, existindo em todos uma «instituição jurisdicional específica» (Cardoso da Costa), ou seja, um Tribunal Constitucional.

Nestes quatro países o acesso ao tribunal constitucional efectua-se por via de incidente, *proprio sensu*, ao contrário do que se passa no nosso onde funciona a via do recurso.

O controlo concreto, nestes sistemas jurídico-constitucionais, é realizado através do mecanismo da ‘questão prejudicial’ ou ‘reenvio prejudicial’ da constitucionalidade: a questão de constitucionalidade é atendida pelo tribunal *a quo* (isto é, o tribunal onde se encontra a questão principal), (re)enviando-a ao tribunal constitucional (suspendendo, assim, o processo em causa), com base ou num juízo de inconstitucionalidade (Alemanha) ou num juízo de ‘dúvida’ (Áustria e Espanha) ou, ainda, na base de um mero juízo de não manifesta desrazoabilidade de uma arguição de inconstitucionalidade (Itália)<sup>29</sup>.

Devido a este mecanismo, nestes sistemas os tribunais não têm acesso directo à Constituição (nem as partes o possuem, no domínio deste tipo de controlo para efeitos de iniciativa), pois apenas apreciam o incidente e o remetem para

<sup>25</sup> Vide art. 140.º, da Lei Constitucional Federal, de 1 de Outubro de 1920, revista em 1925 e 1929, restabelecida pela Lei Constitucional de 1 de Maio de 1945 e modificada por leis posteriores, em especial pela Lei de 1 de Julho de 1981. Consultar, ainda, os art. 62.º e ss., da Lei do Tribunal Constitucional (*Verfassungs-gerichtshofgesetz*) de 1953.

<sup>26</sup> Cfr. art. 100.º da Lei Fundamental de Bona, de 23 de Maio de 1949 e art. 80.º e ss., da Lei do Tribunal Constitucional Federal (*Gesetz über das Bundes verfassungsgericht*) de 12 de Março de 1951 (rev. em 11 de Agosto de 1993).

<sup>27</sup> Vide, art. 163.º da Constituição espanhola, de 1978, e art. 35.º da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional (*Ley Organica del Tribunal Constitucional*) espanhol, de 3 de Outubro de 1979.

<sup>28</sup> Cfr. art. 134.º e ss., da Constituição italiana, de 27 de Dezembro de 1947 (modificada pelas leis de revisão de 9 de Fevereiro e 27 de Dezembro de 1963, de 27 de Novembro de 1967, de 16 de Janeiro de 1989, de 4 de Novembro de 1991, de 6 de Março de 1992 e de 29 de Outubro de 1993), e art. 23.º e segs. da Lei de Constituição e Funcionamento do Tribunal Constitucional (*Norme sulla Costituzione e sul Funzionamento della Corte Costituzionale*), de 11 de Março de 1953.

<sup>29</sup> Apud, Miguel Galvão Teles, «A Competência da Competência do Tribunal Constitucional», em *Legitimidade e Legitimação...*, cit., p. 113.

decisão do Tribunal Constitucional, ou seja, não decidem (nem podem) a questão de constitucionalidade.

Porém, nem todos os tribunais daqueles sistemas podem remeter a 'questão da constitucionalidade' <sup>30</sup> à «jurisdição constitucional institucionalizada» (Cardoso da Costa): apesar de nos ordenamentos jurídicos alemão, italiano e espanhol isso não acontecer, na Áustria, apenas os Supremos e os tribunais de 2.<sup>a</sup> instância (e quando o objecto sejam 'leis') possuem a categoria de entidades com legitimidade processual activa deste processo.

Na Áustria, a «impugnação da constitucionalidade das leis» (*Bei Anfechtung der Verfassungsmässigkeit von Gesetzen*), realiza-se quando os tribunais tenham dúvidas sérias sobre a constitucionalidade de uma lei, devendo suspender a 'instância' e remeter o processo para o Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*), sempre que assim o entenda. Terá, igualmente, de especificar, pormenorizadamente, as objecções à constitucionalidade da lei (*Die Gegen die Verfassungsmässigkeit des Gesetzes Sprechenden Bedenken*).

Na Alemanha, no domínio da *Konkrete Normenkontrolle*, se um tribunal chegar à conclusão que uma lei (de cuja validade depende a decisão da causa) não é compatível com a Lei Básica (*Grundgesetz*), deve interromper, temporariamente, o processo (*Richterklage*) e solicitar a intervenção do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*). O Tribunal Constitucional alemão apenas decide se a regra é compatível com a Lei Fundamental ou não (art. 13.º, § 11 e arts. 80.º a 82.º da Lei do Tribunal Constitucional Federal).

Em Espanha, o levantamento da *cuestión de inconstitucionalidad* está reservado a qualquer juiz ou tribunal, pertencendo sempre a estes a decisão de a levar perante o Tribunal Constitucional ou não. Os juízes têm de chegar à conclusão de que a norma aplicável ao caso é contrária à Constituição, através de um *previo*

---

<sup>30</sup> No direito constitucional espanhol, o controlo concreto incide sobre uma *cuestión de inconstitucionalidad*, promovida por jueces o tribunales» (vide, *supra* nota 64). Veja-se, entre nós, os números 4 e 6, do art. 280.º da C.R.P.

*juicio*. Podem e devem ajuizar da constitucionalidade da norma legal, mas faltam-lhes competência de *rechazo*, atribuída à única instância legitimada: o Tribunal Constitucional.

Em Itália, a *questione di costituzionale* também é suscitada num processo judicial (*questione incidentale*). No decurso do processo as partes, o *Pubblico Ministero* ou o próprio tribunal, podem suscitar a questão da constitucionalidade podendo somente ser submetida por este último ao Tribunal Constitucional (*Corte Costituzionale*), se se preencherem duas condições preliminares: primeiro a questão tem de ser 'prejudicial' e relevante no sentido do processo não poder ser decidido sem recurso à lei 'desafiadora'; segundo, o tribunal *a quo* tem de procurar uma justificação prévia para remeter a *questione incidentale* ao Tribunal Constitucional (*ordinanza di remissione*), e a decisão do processo fica suspensa até ao tribunal *a quo* receber a decisão daquele Tribunal.

A decisão do Tribunal Constitucional pode revestir-se de um simples juízo ou de uma ordem (*ordinanze*): o juízo é normalmente a decisão final, enquanto a ordem pode conter outras espécies de decisão do Tribunal (v.g., a admissibilidade de evidência).

Em Portugal, como sabemos, não encontramos este 'sistema' de controlo concreto e incidental, no esquema acima descrito. No nosso ordenamento jurídico-constitucional, como já o referimos, reconhece-se a todos os tribunais competência, *ex officio*, para conhecer e decidir da constitucionalidade de toda e qualquer norma jurídica, sendo mesmo um poder-dever a *recusa de aplicação*, nos casos submetidos ao seu julgamento, das normas que julguem inconstitucionais. O controlo concreto normativo pertence, pois, à generalidade dos tribunais. Das decisões destes sobre a 'questão da constitucionalidade' cabe recurso para o Tribunal Constitucional. Se a referida questão for suscitada por uma das partes no processo, e haja sido desatendida pelo tribunal da causa, podem elas também recorrer para o Tribunal Constitucional, uma vez esgotados os recursos ordinário.



No que respeita às decisões no sentido da inconstitucionalidade, a maioria dos sistemas europeus possui o efeito de eliminação da norma do ordenamento jurídico. Constitui excepção, como sabemos, o ordenamento português, pois o Tribunal Constitucional é chamado a decidir (por via de recurso), restringindo-se à questão da constitucionalidade, pela confirmação ou revogação da decisão judicial *a quo* de aplicação ou recusa de aplicação de uma norma, incorporando-se no processo principal ou originário.

Como último critério de comparação dos sistemas europeus aqui considerados, refira-se, ainda, o da eficácia das decisões de inconstitucionalidade. Trata-se, principalmente, de saber se vigora ou predomina a eficácia *inter partes* ou a eficácia *erga omnes* na decisão jurisdicional. E podemos verificar que a generalidade das decisões proferidas em controlo 'concreto' da constitucionalidade, nestes sistemas analisados, produzem uma eficácia *erga omnes* ou, nomeadamente, uma eficácia obrigatória ou vinculante *inter omnes* <sup>31</sup>. Exceptua-se somente, como sabemos, o caso português que, em sede de fiscalização concreta, decide com eficácia *inter partes*, ou seja, os efeitos limitam-se ao caso *sub judice* do tribunal *a quo*, produzindo, por isso, caso julgado, apenas, dentro do processo (art. 80.º, L.T.C.).

Façamos, agora, uma breve referência à Irlanda e aos países escandinavos, nos quais incluiremos a Finlândia <sup>32</sup>.

A Irlanda teve um papel precursor no corte de amarras com a tradição anglo-saxónica ou de *common law* virada para a sacralização da lei, implicando, consequentemente como seu corolário lógico-dogmático, uma tendência de insubordinação desta, o que dificulta a consagração de uma constituição em sentido formal. Ela positivou, material e formalmente, todos estes princípios.

<sup>31</sup> Vide, Gomes Canotilho, «Direito...», cit., p. 1072, nota 16.

<sup>32</sup> A Escandinávia, segundo o Dicionário Enciclopédico Koogan-Larousse, vol. II, «é a parte continental da Europa do Norte (...) que compreende a Dinamarca, a Suécia e a Noruega (as duas últimas integram a *Península Escandinava*). As analogias físicas (...) e humanas explicam a frequente ligação da Finlândia à Escandinávia propriamente dita». Refira-se, que é corrente incluir-se entre os povos escandinavos, também, os islandeses, finlandeses e lapões, sobretudo por razões geográficas, históricas e económicas.

A Constituição irlandesa, de 29 de Novembro de 1937, prevê um controlo concreto e difuso da constitucionalidade (art. 34.º) exercido pelos tribunais em geral, tendo o *Supreme Court* um papel preponderante, porquanto somente está-lhe reservada a última palavra em matéria de revisão judiciária da constitucionalidade.

No ordenamento irlandês, ao contrário do que se passa na generalidade dos países europeus com controlo difuso (onde a decisão *ad quem* visa resolver outra questão jurídica, a «questão principal» submetida ao tribunal *a quo*, integrando-se o juízo de (in)constitucionalidade nos *fundamentos* da decisão de *aplicação* ou *não aplicação* da norma ao caso concreto), na hipótese de inconstitucionalidade, o procedimento mais usual é a emissão duma declaração formal, por parte do *Supreme Court*, cuja eficácia se não limita ao caso, contendo essa ‘declaração de inconstitucionalidade’ uma eficácia *erga omnes* e *inter omnes*, em consequência do princípio de *stare decisis*.

No que concerne aos países escandinavos, verificamos que todos eles possuem (segundo os nossos dados bibliográficos) um sistema difuso de *judicial review*, inspirado no modelo norte-americano.

Da leitura das Constituições dinamarquesa, de 5 de Junho de 1953, (cap. VI, arts. 59.º a 65.º), finlandesa, de 17 de Julho de 1919, (arts. 92.º e segs.), norueguesa, de 17 de Maio de 1814, (arts. 86.º a 91.º) e da Suécia, nomeadamente do «Instrument of Government» (art. 11:14)<sup>33</sup>, pensamos ser possível sustentar que estes países nórdicos fazem uma recepção semi-plena dos seguintes princípios, fundamentais e conformadores, da *judicial review*:

- princípio da faculdade de *judicial review* atribuída a todos os juízes
- princípio de não especialização dos órgãos jurisdicionais no controlo constitucional (ausência, portanto, de um modelo concentrado de fiscalização constitucional)

---

<sup>33</sup> A Constituição sueca é inorgânica e data de 1809 (revista em 1975 e 1980). Ela é formada, fundamentalmente, por quatro leis: *The Instrument of Government*, *The Act of Succession*, *The Freedom of the Press Act* e *The Riksdag* (nome do parlamento) *Act*.

- princípio da obrigatoriedade das questões constitucionais serem suscitadas em *cases or controversies* nas jurisdições ordinárias civil, criminal ou administrativa
- princípio da aferição da legitimidade processual activa pelo 'interesse pessoal'
- princípio da relevância e/ou do mérito da questão constitucional, levantada no processo *sub judice*, para a resolução do caso concreto
- princípio da mera desaplicação da norma inconstitucional ao caso concreto (princípio da não anulação judicial da lei).

## VI. CONCLUSÃO

Este trabalho tem uma 'conclusão', mas não a sua temática. Aliás, nem poderia ter, pois em Direito, não há conclusões, somente *continuações*. As supostas conclusões que *existem* são todas elas suspeitas e temporárias, não obstante ser o Direito uma ciência, ainda que *particular*.

Desta *panorâmica* da fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal, nos Estados Unidos e na Europa, uma primeira consideração, desde logo, se evidencia e que partilhamos com Jorge Miranda: o controlo constitucional difuso somente «adquire total autenticidade e efectividade em sistemas judicialistas como os anglo-saxónicos, (com forte autoridade social dos juízes, consciência de constitucionalidade na comunidade jurídica e mecanismos de harmonização de julgados)»<sup>34</sup>; dentro dos parêntesis acrescentaríamos, todavia, ainda, o costume jurisprudencial vinculador que se verifica naqueles sistemas, advindo da consideração da jurisprudência como fonte imediata de direito e da unidade de jurisdição, sem uma separação de contenciosos.

---

<sup>34</sup> Cfr. Jorge Miranda, «Manual...», op. cit., p. 385.



Existirá um sistema europeu de controlo difuso e/ou de controlo concreto? Pensamos que não, e por várias razões.

O controlo difuso (ou *judicial review* em sentido restrito) tem uma origem consagradora não europeia, daí que não deixará de ser, para este efeito, um *produto* americano (razão histórica). Mesmo que aceitássemos uma '*judicial review* europeia' teríamos, ainda assim, que nos resignar ao facto de os seus tidos elementos caracterizadores (ou apenas um) não se consagrarem ou verificarem na quase totalidade dos países europeus; nem ela assume um papel fundamental, nos países minoritários, ao ponto de contemplarmos (ou carimbarmos) um sistema europeu (razão empírica).

Da consagração de um (verdadeiro) controlo difuso, poucos exemplos europeus se nos apresentam: Portugal e os países escandinavos. No sistema irlandês, como vimos, somente ao *High Court* e ao *Supreme Court* pertence o poder de controlo da constitucionalidade das leis. Nas Alemanha, Áustria, Espanha e Itália não se vislumbra sequer um controlo difuso, pois nestes países, devido ao processo de 'reenvio prejudicial', os tribunais quanto muito conhecem mas não decidem a questão de constitucionalidade, ou seja, não têm o poder de *revisão* (pode ler-se, desaplicação) de uma norma apreciada como inconstitucional, ao caso submetido a julgamento.

No que respeita ao controlo concreto, inclinamo-nos a considerar que, mormente naqueles países consagradores do mecanismo da 'questão prejudicial', em rigor, ele não existe: a questão suscitada pelo juiz *a quo*, ainda que nascida dum caso concreto, não nos iludamos, é uma questão abstracta, e apreciada abstractamente, ou seja, em função da(s) norma(s) em causa (*per si*), não tendo em conta a aplicação desta(s). Por isso, quando a decisão do T.C. é de inconstitucionalidade de uma norma, ela possui eficácia *erga omnes*.

Na Europa, portanto, temos vários e degenerativos (sub)sistemas e/ou esquemas de controlo difuso e concreto: a cada 'sistema', sua sentença.

A esta *indisciplina sistémica*, não estará alheio o facto de existir um modelo europeu de controlo da constitucionalidade e uma particular visão e criação do

Direito (razão jurídica), isto é, uma especial concepção de estabelecimento de normas jurídicas e do seu respectivo controlo.

É, precisamente, nesta correlação de forças «entre jurisdicción constitucional y ley, que sitúa al juez como antagonista del legislador»<sup>35</sup> que reside uma das grandes dificuldades do controlo judicial. Cappelletti chamou-lhe *the mighty problem of judicial review*<sup>36</sup>...

### Adenda

A razão de ser deste escrito académico que ora se vos apresenta encontra-se, sobretudo, na nossa obrigação, enquanto aluno, de apresentar qualquer trabalho, para a necessária avaliação, desde que integrado no âmbito do programa da cadeira de Direito Público Comparado do ano 1995/96, sob a regência do Prof. Mestre Pedro Cardoso da Costa, que se restringia ao tema da Justiça Constitucional Comparada. Coincidindo, aproximadamente, o tempo de elaboração e finalização deste escrito (Junho/Julho.) com o prazo de candidatura ao Prémio Vítor Mendes/Mapfre Vida (1996) para estudantes de Direito, decidimos concorrer a este (fazendo-o em boa altura pois viríamos a ganhá-lo). Da discussão do trabalho entregue para a avaliação na referida cadeira, nasceu uma revisão de algumas matérias, melhorada no nosso entender (possível graças ao apoio e estímulo do acima referido professor), e que corresponde ao escrito premiado. Após a atribuição do prémio, ainda procedemos a algumas, raras, «correções científicas» e alterações, mormente, formais (por exemplo, para respeitar as regras de uma publicação deste género); «mexida» que em nada desvirtuou o escrito-base. *Post scriptum*, queria agradecer a colaboração «logística» essencial que me prestaram Ana Carmezim, Ricardo Carmezim e as Bibliotecas da Universidade Autónoma de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa

---

<sup>35</sup> V. F. Rubio Llorente, «La Jurisdicción Constitucional como Forma de Creación de Derecho», em Revista Española de Derecho Constitucional, Año 8, Núm. 22, Enero-Abril, 1988, p. 12.

<sup>36</sup> Cfr. M. Cappelletti, «The 'Mighty' Problem of Judicial Review», Southern California Law Review, 1980, pp. 404 e ss.

## Referências doutrinárias

- AA.VV., «Estudos Sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional», Lisboa, Aequitas, Ed. Notícias, 1993.
- AA.VV., «La Justice Constitutionnelle au Portugal», Col. Droit Public Positif, dir. Louis Favoreau, Economica, 1989.
- ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, «Justicia Constitucional», Valência, Ed. Tirant to Blanch, 1989.
- ANGELES RUIZ, MARIA, «El Certiori, Ejercicio Discrecional de la Jurisdicción de Apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», Revista Española de Derecho Constitucional, 1994.
- ASSUNÇÃO ESTEVES, MARIA, «Legitimação da Justiça Constitucional e Princípio Maioritário», em Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- BACHOF, OTTO, «Normas Constitucionais Inconstitucionais?», Coimbra, trad. port., J.M. Cardoso da Costa, Almedina, 1994.
- BAUM, LAWRENCE, «A Suprema Corte- Americana», Rio de Janeiro, trad. port., Ed. Forense Univ., 1987.
- BARBOSA, RUY, «Os Actos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal», 1893.
- BEARD, CHARLES, «A Suprema Corte e a Constituição», Rio de Janeiro, trad. port., Ed. Forense, 1962.
- BERGER, RAOUL, «Government by Judiciary», Harvard University Press, 1997.
- BIANCHI, ALBERTO, «Control de Constitucionalidad», Buenos Aires, Ed. Àbaco Depalma, 1992.
- BREWER-CARÍAS, A.R., «Judicial Review in Comparative Law», Cambridge University Press, 1989.
- CABRAL DE MONCADA, LUIS, «Filosofia do Direito e do Estado», II, Coimbra, 1995.
- CAETANO, MARCELLO, «Manual de Ciência Política e Direito Constitucional», Tomo I, Lisboa, Almedina, 1990.
- CAETANO, MARCELLO, «As Garantias Jurisdicionais dos Administrados no Direito Comparado de Portugal e do Brasil», em Revista da FDL, 1964.
- CANAS, VITALINO, «Os Processos de Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade pelo Tribunal Constitucional— natureza e princípios estruturantes», Coimbra, 1986.
- CAPPELLETTI, MAURO, «El Formidable Problema del Control Judicial y la Contribución del Analisis Comparado», em Revista de Estudios Políticos, N.º 13, págs. 61-103, 1980.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «Os Direitos Fundamentais na Constituição Alemã e Portuguesa», em As Experiências Constitucionais face a uma Europa Unida, 1994.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «Os Elementos da Ciência Política», UCP, 1979.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «A Justiça Constitucional no quadro das Funções do Estado, vista à luz das Espécies, Conteúdo e Efeitos, das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas Jurídicas», em VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus, 1987.



- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «Tribunal Constitucional», em *Pólis Enciclopédia*, Vol. V, p. 132 e segs., 1987.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «A Jurisdição Constitucional em Portugal», Coimbra, Almedina, 1992.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «O Tribunal Constitucional Português: sua Origem Histórica», em *Portugal— O Sistema político e Constitucional: 1974-87*, org. por M. Baptista Coelho, ICS, 1989.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, «A Evolução Constitucional no Quadro de Constitucionalidade da República de 1976, Tribunal Constitucional, 1994.
- CARDOSO DA COSTA, JOSÉ MANUEL, Nota Prévia da Obra «Normas Constitucionais Inconstitucionais?», op. cit.
- CHEMERINSKY, «Federal Jurisdiction», Cambridge University Press, 1989.
- CHOPER, JESSE H., «Judicial Review and the National Political Process», University of Chicago Press, 1980.
- CORWIN, EDWARD, «A Constituição norte-americana e o seu significado actual», Rio de Janeiro, trad. port., J.Z. Ed., 1978.
- COSTA, RUI, «Lições de Direito Constitucional Comparado», Coimbra, 1915.
- CRUZ VILLALÓN, PEDRO, «La Formation del Sistema Europeo de Control da Constitucionalidad, 1918-1939», Madrid, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- CURRIE, DAVID P., «The Constitution in the Supreme Court...», University of Chicago Press, 1985.
- DAVID, RENÉ, «Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo», S. Paulo, trad. port., 1986.
- FAVOREAU, LOUIS E JOLOWICZ, JOHN (dir.), «Le Contrôle Juridictionnel des Lois: ...», Paris, Economica, 1986.
- FAVOREAU, LOUIS, «Les Cours Constitutionnelles», PUF, Paris, 1992.
- FAVOREAU, LOUIS, «Modèle Américain et Modèle Européen de Justice Constitutionnelle», em *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. IV, 1988.
- FERREIRA DE ALMEIDA, CARLOS, «Introdução ao Direito Comparado», Almedina, 1994.
- FERREIRA DE ALMEIDA, JOSÉ MANUEL, «A Justiça Constitucional em Portugal», Lisboa, 1985.
- FIÚZIA, RICARDO, «Direito Constitucional Comparado», Belo Horizonte, Del Rey, 1993.
- FONSECA, GUILHERME DA, «Fiscalização Concreta da Constitucionalidade e da Legalidade», em *Scientia Jurídica*, Tomo XXXIII, 1984.
- FREITAS DO AMARAL, DIOGO, «Ciência Política», II, Lisboa, 1994.
- GALVÃO TELES, MIGUEL, «A Concentração da Competência para o Conhecimento Jurisdicional da Inconstitucionalidade das Leis», em *Revista O Direito*, Ano 103, 1971.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, «La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional», Madrid, 3.ª Ed., Civitas, 1985.
- GARCIA PELAYO, MANUEL, «Derecho Constitucional Comparado», Madrid, Ed. Alianza Univ., Textos, 1984.

- GHIGLIANI, »Del Control jurisdiccional de Constitucionalidad», Buenos Aires, Ed. Depalma, 1952.
- GOLDWIM, ROBERT E SCHOMBRA, WILLIAMSON, «A Constituição Norte-Americana», Rio de Janeiro, 1986.
- GOMES CANOTILHO, J. J., «Direito Constitucional», Coimbra, Livraria Almedina, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J., «Fiscalização da Constitucionalidade e da Legalidade», em Dicionário Jurídico de Administração Pública, Vol. IV, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J., «No Sexénio do Tribunal Constitucional Português — Para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional», RMP, 9/1988, 33/34, p. 9 e segs..
- GOMES CANOTILHO, J. J., «A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional», em Nos Dez Anos da Constituição, Lisboa, org. por Jorge Miranda, 1987.
- GOMES CANOTILHO, J. J., E MOREIRA, VITAL, «Fundamentos da Constituição», Coimbra, 1991.
- GOMES CANOTILHO, J. J., E MOREIRA, VITAL, «Constituição da República Portuguesa Anotada», 3.ª ed., Coimbra Ed., 1993.
- GONZALEZ PÉRES, JESÚS, «Derecho Processal Constitucional», Madrid, Editorial Civitas, 1980.
- GONZALEZ RIVAS, JUAN, «La Justicia Constitucional: Derecho Comparado y Espanõl», Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1984.
- KELLY, ALFRED e HARBISON, WINFRIED, «The American Constitution», New York, Fifth Edition, 1976.
- KELSEN, HANS, «Le Contrôle de Constitutionnalité des Lois— Une Étude Comparative des Constitutions Autrichienne et Americane» em Revue de Droit Constitutionnel, N.º 1, 1990.
- KELSEN, HANS, «La Giustizia Costituzionale», Giuffrè Ed. Milão, 1991.
- LE BON, PIERRE, (org.), «La Justice Constitutionnelle au Portugal», Paris, 1989.
- LOBO ANTUNES, MIGUEL, «A Fiscalização da Constitucionalidade das Leis no 1.º Período Constitucional: A Comissão Constitucional», em Análise Social, Vol. XX, 1984.
- LOEWENSTEIN, KARL, «Teoria de la Constitución», trad. cast., Barcelona, Ariel, 1965.
- MAGALHÃES COLLAÇO, JOÃO, «Ensaio sobre a Inconstitucionalidade das Leis», Coimbra, 1915.
- MARQUES GUEDES, ARMANDO, «Ideologias e Sistemas Políticos», IAEM, Lisboa, 1981.
- MARQUES GUEDES, ARMANDO, «O Tribunal Constitucional Português: Os Primeiros Seis Anos (1983-1990)», em Revista O Direito, Ano 125, N.º 1 e 2, 1993.
- MIGUEL HERRERA, CARLOS, «La Polemica Schmitt-Kelsen Sobre el Guardian de la Constitución», em Revista de Estudios Politicos, N.º 86, 1984.
- MIRANDA, JORGE, «Manual de Direito Constitucional», Tomo II, Coimbra Editora, 1991.
- MIRANDA, JORGE, «A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade em Portugal», p. 15 e segs., em Col. As Garantias do Cidadão na Justiça, São Paulo, Ed. Saraiva, 1993.
- MIRANDA, JORGE, «Notas para uma Introdução ao Direito Constitucional Comparado», Lisboa, 1970.
- MIRANDA, JORGE, «Anotações ao Art. 115.º da Constituição da República Portuguesa (Conformidade dos Actos com a Constituição)», p. 584 e segs., em Estudos sobre a Constituição, Vol. I, Lisboa, Livraria Petrony, 1977.

- MIRANDA, JORGE, «Constituições de Diversos Países», Lisboa, INCM, 1986.
- MIRANDA, JORGE, «Sobre o Direito Constitucional Comparado», em *Revista Direito e Justiça*, Vol. II, 1981-86.
- MIRANDA, JORGE, «A Fiscalização de Constitucionalidade: Uma Visão Panorâmica», em *Scientia Juridica*, Tomo XLII, N.º 244-246, 1993.
- MIRANDA, JORGE, «Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade», Lisboa, 1968.
- MIRANDA, JORGE, «Direito Constitucional Comparado», UCP, 1978.
- MIRANDA, JORGE, «A Jurisprudência Constitucional em 1992», sep. da *Revista O Direito*, Ano 126, 1994.
- MONTEIRO DINIZ, ANTÓNIO, «A Fiscalização Concreta da Constitucionalidade como Forma Privilegiada de Dinamização do Direito Constitucional», em *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, p. 199 e segs., Coimbra Editora, 1995.
- MOREIRA, VITAL, «Princípio da Maioria e da Constitucionalidade: Legitimidade e Limites da Justiça Constitucional», em *Legitimação e Legitimidade da Justiça Constitucional*, AA.VV., Coimbra Editora, 1995.
- NUNES DE ALMEIDA, LUIS, «O Tribunal Constitucional e as suas Decisões», em «Portugal: O Sistema Político e Constitucional», org. por M. Baptista Coelho, p. 941 e segs. .
- NUNES DE ALMEIDA, LUIS, «A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado», em *Documentação e Direito Comparado*, N.º 31/32, 1987.
- JENNINGS, IVOR, «The British Constitution», Cambridge University Press, 1971.
- PELTASON, J. W., «Understanding The Constitution», N.Y., Tenth Edition, 1982.
- REBELO DE SOUSA, MARCELO, «Direito Constitucional— Introdução à Teoria da Constituição», Braga, Livraria Cruz, 1979.
- RIBEIRO MENDES, ARMINDO, «Recurso para o Tribunal Constitucional: Pressupostos», *Revista Juridica*, N.º 3, 1994.
- ROGEIRO, NUNO, «Estudo sobre o Sistema Constitucional dos Estados Unidos», Gradiva, 1993.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «Sobre la Relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el Ejercicio de la Jurisdicción Constitucional», em *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 2, N.º 4, 1982.
- RUBIO LLORENTE, FRANCISCO, «La Jurisdicción Constitucional com Forma de Creación de Derecho», em *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 8, N.º 22, 1988.
- RUFFIA, PAOLO DI, «Introducción al Derecho Constitucional Comparado», México, Fondo de Cultura Económica, 1972.
- RUIZ, GREGÓRIO, «Federalismo Judicial (el modelo americano)», Madrid, Ed. Civitas, 1994.
- SEPÚLVEDA, ANGEL, «Derecho Judicial y Constitucional: Una Aproximación al Tema», Col. Temas Constitucionales, N.º 7, 1985.
- SCHMITT, CARL, «La Defensa de la Constitución», trad. cast., Madrid, Tecnos, 1983.
- SÉRVULO CORREIA, JOSÉ MANUEL, «O Controlo Jurisdicional da Administração no Direito Inglês», em *Estudos de Direito Público em Honra do Prof. Marcello Caetano*, Lisboa, Ed. Ática, 1973.



SILVA E SOUSA, JORGE, «Controlo Constitucional», Diss. Mestrado, UCP, 1990.

VERGOTTINI, GIUSEPPE DE, «Diritto Costituzionale Comparato», Pádua, Cedam, 1993.

WEBER, ALBRECHT, «Le Controle Juridictionnel de La Constitutionnalité des Lois dans le Pays d'Europe Occidentale: Prespective Comparative», em *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, Vol. I, 1985.

WEBER, ALBRECHT, «La Jurisdicción Constitucional en Europe Occidental: Una Comparación», em *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 6, N.º 17, 1986.

ZWEIGERT, K. / Kötz, H., «An Introduction to Comparative Law», trad. inglesa, Oxford, 1987.