



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA

LUÍS DE CAMÕES

DEPARTAMENTO DE DIREITO

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL:

o acesso popular ao controle abstrato de normas em Portugal.

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídicas

Orientador: Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário

Candidato: Pedro Gabriel Siqueira Gonçalves

Lisboa

Julho de 2017

DEDICATÓRIA

À Andressa!

Dedico essa obra a quem deu um tom diferente a minha vida: a nota da felicidade!

A minha companheira foi quem plantou a ideia, em mim, de cursar o mestrado em Ciências Jurídicas em Portugal, cujo resultado final ora tenho o prazer de compartilhar.

Além de plantar, Andressa auxiliou-me no cuidado diário desse projeto tão bonito. Ela não o deixou queimar ao Sol das minhas preocupações. Nutriu-o com a doçura de seu sorriso e regava-o com doses diárias de palavras de incentivo ao autor e, sempre, sempre, protegia-o e confortava-o nos momentos mais difíceis dessa jornada.

Por tudo que representa para mim, dedico-lhe essa obra, minha flor!

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos àqueles que me ajudaram a concluir esta pesquisa.

Muito obrigado...

...à minha esposa pela dedicação, compreensão e companheirismo.

...aos meus pais e à minha irmã por se realizarem com minhas realizações.

...aos meus sogros pela constante e afetuosa presença.

...aos meus amigos e parentes por entenderem que a ausência aos eventos sociais era necessária.

...ao meu orientador Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário pelas valiosas, pertinentes e atualizadíssimas intervenções.

...à Maria Emília Correa Viana, bibliotecária da Biblioteca Otávio Pacheco Lomba, pelo apoio na pesquisa de material bibliográfico.

...aos colegas do mestrado em Ciências Jurídicas, turma 2014.2, da Universidade Autónoma de Lisboa.

.....a Deus, pelo dom da vida!

RESUMO

A Democracia apresenta uma dimensão representativa, característica da regra da maioria, mas também deve ser agregada ao seu conteúdo uma dimensão participativa. A CRP de 1976 dedicou especial atenção à dimensão participativa da democracia. Ela impôs ao Estado, de forma explícita, a obrigação de promover o aprofundamento da democracia participativa, além de traçar como tarefa fundamental estimular a participação popular na resolução dos problemas nacionais. Entretanto, a democracia participativa encontra barreiras perante a jurisdição constitucional. O procedimento de controle de constitucionalidade em abstrato de normas é altamente refratário à participação popular, seja como sujeitos com poder de iniciativa (individual ou coletivamente), seja como intervenientes, notadamente na condição de *amicus curiae*. Não é notada concretização da democracia participativa na Lei n.º 28/82 – LTC. A experiência do Direito Comparado revela que a configuração da jurisdição constitucional, assim como eventual acesso popular às Cortes, dependem da forma como o princípio democrático vem estruturado nas respectivas Constituições. A criação do Tribunal Constitucional, por ocasião da Primeira Revisão Constitucional em 1982, promoveu a substituição de dois órgãos de natureza militar, o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, no sistema de controle de constitucionalidade. Isso representou avanço no processo de adequação do sistema ao novo Estado de Direito Democrático constituído em 1976. Entretanto, naquele momento, não houve avanço em ordem a possibilitar o acesso da cidadania ao Tribunal Constitucional. Durante a 4ª Revisão Constitucional, novas propostas de acesso popular à jurisdição constitucional foram apresentadas, mas pouco debatidas e não aprovadas. A eloquência do princípio democrático na Constituição de 1976 reclama mudança nesse quadro institucional português. A experiência do Direito Comparado pode contribuir com adoção de medidas paliativas ao uso abusivo do direito de petição perante o Tribunal Constitucional, zelando pelo seu correto funcionamento. A exigência de dimensão nacional e pertinência temática das entidades representativas de interesses da sociedade, colhidas da experiência brasileira; bem como, a aplicação de multa ao recorrente de má-fé no amparo espanhol, podem contribuir para a construção de um novo horizonte ao Poder de Revisão em Portugal. Aliás, esse novo horizonte pode colher da própria experiência doméstica como o regime especial de indeferimento liminar de demandas temerárias da Lei da Ação Popular.

Palavras-chave: Democracia. Participação. Jurisdição Constitucional. Legitimidade.

ABSTRACT

Democracy presents a representative dimension characteristic of majority rule, but must also be added to your content a participatory dimension. The CRP of 1976 has devoted special attention to the participatory dimension of democracy. She has imposed the state explicitly the obligation to promote the deepening of participatory democracy, in addition to trace how fundamental task to encourage popular participation in solving the national problems. However, the participatory democracy is before the constitutional barriers. The procedure of control of constitutionality in abstract of standards is highly refractory to popular participation, in any subject with power of initiative (individually or collectively), whether as actors, notably on condition of *amicus curiae*. It's not noticeable achievement of participatory democracy on law No. 28/82-LTC. The comparative law experience reveals that the configuration of constitutional jurisdiction, as well as occasional popular access to courts, depend on how the democratic principle structured in their Constitutions comes. The creation of the Constitutional Court, on the occasion of the first constitutional revision in 1982, promoted the replacement of two bodies of a military nature, the Council of the revolution and the Constitutional Commission, the system of control of constitutionality. That represented progress in the process of adaptation of the system to the new democratic constitutional State formed in 1976. However, at that time, there was no breakthrough in order to facilitate the access of citizens to the Constitutional Court. During the fourth constitutional revision, new proposals of popular access to constitutional jurisdiction were presented, but little discussed and approved. The eloquence of democratic principle in the Constitution of 1976 complains that Portuguese institutional framework change. The experience of comparative law, brazilian and spanish in particular, can contribute to adopting palliative measures to the abusive use of the right of petition before the Constitutional Court, wholly correct your operation. The requirement of national and thematic relevance of organizations representing the interests of society, taken from the brazilian experience; as well as the application of penalty to the applicant in bad faith in *amparo* Spanish, can contribute to the construction of a new horizon to the power of Review in Portugal. In fact, this new horizon can reap from their own domestic experience as the special regime for refusal of reckless demands of class action law.

Keywords: Democracy. Participation. Constitutional Jurisdiction. Legitimacy.

SUMÁRIO

A INTRODUÇÃO.....	10.
1 - O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS PROJEÇÕES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ESTADO PORTUGUÊS....	12.
1.1. A DEMOCRACIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUA DIMENSÃO PARTICIPATIVA.....	13.
1.2. A CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1976.....	14.
1.3. A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. NOVO OLHAR SOBRE O RISCO DEMOCRÁTICO NO QUADRO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. A ABERTURA PROCEDIMENTAL NO PROCESSO HERMENÊUTICO DA CONSTITUIÇÃO.....	17.
1.3.1. O princípio democrático e a jurisdição constitucional.....	17.
1.3.2. Novo olhar sobre o risco democrático no quadro da democracia participativa...22.	
1.3.3. A abertura procedimental no processo hermenêutico da constituição.....	26.
1.4. AS PROJEÇÕES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NAS DIVERSAS INSTÂNCIAS DE PODER EM PORTUGAL.....	29.
1.4.1. As projeções da democracia participativa nas diversas instâncias de poder em Portugal.....	29.
1.4.2. No Poder Legislativo: os mecanismos tradicionais de democracia semidireta...29.	
1.4.3. No Poder Executivo: o direito de participação e audiência dos cidadãos diretamente interessados na resolução do tema objeto da ação administrativa (art. 267.º/5 da CRP e decreto-lei n.º 04/2015, de 07 de janeiro – CPA).....	32.
1.4.4. No Poder Judicial: a Ação Popular.....	36.
2 - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL. BARREIRAS AO ACESSO POPULAR AO CONTROLE ABSTRATO.....	39.
2.1. O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADO EM PORTUGAL.....	40.
2.1.1. O modelo de jurisdição constitucional.....	40.
2.1.2. O rol de normas jurídicas objeto de controle.....	41.
2.2. AS MODALIDADES DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE...42.	

2.2.1. A fiscalização em concreto.....	42.
2.2.2. A fiscalização em abstrato.....	44.
2.2.2.a. A fiscalização preventiva.....	46.
2.2.2.b. A fiscalização sucessiva.....	48.
2.2.2.c. A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.....	48.
2.2.2.d. A fiscalização de ilegalidade.....	50.
2.3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....	50.
2.3.1. O organograma do Poder Jurisdicional.....	50.
2.3.2. O enquadramento institucional do Tribunal Constitucional.....	52.
2.3.3. Composição e nomeação dos juízes constitucionais.....	53.
2.3.4. A competência.....	54.
2.4. O PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA SUCESSIVA DE CONSTITUCIONALIDADE NA LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – LTC (Lei n.º 28/82).....	56.
2.4.1. Aspectos gerais.....	56.
2.4.2. O estreito rol de entidades e autoridades com o poder de iniciativa.....	59.
3 - A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.....	62.
3.1. GENERALIDADES.....	62.
3.2. A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA.....	63.
3.2.1. O Brasil.....	63.
3.2.2. O México.....	72.
3.2.3. O Peru.....	76.
3.2.4. A Venezuela.....	78.
3.3. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA.....	83.
3.3.1. A Áustria.....	83.
3.3.2. A Alemanha.....	86.
3.4. A EXPERIÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	88.
3.4.1. Aspectos gerais.....	88.
3.4.2. O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.....	90.
3.4.3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.....	93.
3.4.4. O Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos.....	96.

3.5. O MECANISMO JURISDICIONAL DO SISTEMA COMUNITÁRIO EUROPEU: O TRIBUNAL GERAL E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	100.
4 - O (IN)ACESSO POPULAR AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.....	103.
4.1. A HERMETICIDADE DO PROCEDIMENTO DA LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – LTC (LEI N.º 28/82) AO ACESSO POPULAR. A INSUFICIÊNCIA DO DIREITO DE PETIÇÃO PERANTE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS COM PODER DE INICIATIVA (ART. 52.º/1. DA CRP).....	103.
4.2. PRECEDENTES DO PODER DE REVISÃO SOBRE PROPOSTAS DE ACESSO POPULAR AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	105.
4.3. AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS DE ACESSO DIRETO DO CIDADÃO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O RECURSO DE AMPARO.....	109.
4.4. CONTRIBUTO DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A ABERTURA PROCEDIMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDAS MITIGADORAS AO USO ABUSIVO DO PODER DE INICIATIVA.....	116.
4.4.1. Os legitimados integrantes da sociedade civil.....	116.
4.4.2. O <i>Amicus Curiae</i>	121.
4.4.3. A Audiência Pública.....	130.
4.5. PROPOSTAS DE MUDANÇA AO REGIME JURÍDICO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS: RECURSO DE AMPARO. NOVOS SUJEITOS COM PODER DE INICIATIVA PARA O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MEDIDAS DE ABERTURA PROCEDIMENTAL: <i>AMICUS CURIAE</i> E AUDIÊNCIA PÚBLICA. MEDIDAS MITIGADORAS AO USO ABUSIVO DAS AÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	132.
A CONCLUSÃO.....	137.
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS.....	140.
ANEXO ÚNICO.....	147.

ABREVIATURAS E SIGLAS

CDS-PP – O Centro Democrático Social – Partido Popular

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

CRP – Constituição da República Portuguesa

LTC – Lei do Tribunal Constitucional

LTCFA – Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão

OEA – Organização dos Estados Americanos

PCP – Partido Comunista Português

PS – Partido Socialista

PSD – Partido Social Democrata

TPI – Tribunal Penal Internacional

TSJ – Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela

A INTRODUÇÃO.

Poucos temas despertam maior interesse dos estudiosos da Ciência do Direito e da Filosofia do Direito do que a conexão entre democracia, constitucionalismo e a jurisdição constitucional. Pouco a pouco, dessa intensa relação entre valores tão caros ao Estado de Direito Democrático, surge elemento para equacionar, ou mesmo temporizar, o problema da legitimidade dos juízes constitucionais: a participação.

Estudaremos as principais manifestações da democracia enquanto princípio constitucional no ordenamento português, sobretudo sua dimensão participativa. A assunção do valor democracia como princípio jurídico encontra ponto de tensão com outro valor importante para o Estado contemporâneo, representado pelo princípio da constitucionalidade.

Democracia e constitucionalismo constituem os principais genes do Estado de Direito Democrático. As tensões entre a democracia (regra da maioria) e o constitucionalismo (limitação de poder) conduzem invariavelmente ao estudo de importante mecanismo de controle: a jurisdição constitucional. A formatação do princípio democrático, nos termos desenhados pela Constituição de cada Estado, dita o tom da jurisdição constitucional, seja sob a perspectiva do âmbito de atuação, seja sob o prisma do acesso à Corte e etc.

Como forma de delimitar o âmbito de investigação, abordaremos o princípio democrático tal como configurado pela Constituição da República Portuguesa de 1976. Do mesmo modo, o procedimento de controle abstrato de normas perante o Tribunal Constitucional português, prescrito pelo texto constitucional de 1976 e pela Lei do Tribunal Constitucional – LTC n.º 28/82, será o paradigma de análise ao longo da investigação. O ordenamento jurídico português é o nosso objeto de estudo, portanto.

Em poucas palavras, buscaremos resposta para o questionamento acerca da medida em que o sistema português de controle de constitucionalidade está adequado ao princípio democrático, tal como este foi configurado pela Constituição de 1976? Outro questionamento diz respeito ao contributo do acesso popular aos mecanismos de controle de normas para efeito de legitimidade dos juízes constitucionais, cotejando-o aos riscos desse acesso popular ao funcionamento da Corte Constitucional.

Esse caminho será percorrido, no primeiro capítulo, pelo estudo da democracia, enquanto princípio jurídico, sua dimensão participativa e as suas manifestações no âmbito do

poder político em Portugal. Ainda nessa quadra, ingressaremos no regime de 1976 e observaremos as principais dimensões da democracia no quadro constitucional português.

A democracia será revelada não apenas aos olhos da regra da maioria, exaltando sua natureza representativa, mas também despontando para outra dimensão importante: a participação. A participação agrega conteúdo ao caráter representativo da democracia. A dimensão participativa ganha reconhecimento expresso pelo texto de 1976 (art. 2.º).

Ainda naquela quadra inicial, serão estudadas as principais correntes que procuraram justificar a legitimidade dos juízes constitucionais no quadro de um Estado Democrático. O pensamento do constitucionalismo clássico, do substancialismo e do procedimentalismo exporá, cada um a seu modo, as principais questões que envolvem o conflito entre democracia, constitucionalismo e jurisdição constitucional. Essa tensão, reveladora do dito “risco democrático”, também será posta sob um novo olhar no quadro da democracia participativa. Novos desafios se impõem ao princípio da maioria perante a jurisdição constitucional, não se resumindo a elemento de contraposição à legitimidade desta última. A necessidade de uma nova hermenêutica constitucional, sob o prisma dos participantes, será posta em evidência.

O primeiro capítulo encerra com a análise das principais manifestações do princípio da democracia participativa nas diversas instâncias de poder em Portugal. Apurar-se-ão os seus influxos no Poder Legislativo, pelos tradicionais mecanismos de democracia semidireta, mas estenderá sua influência sobre outras esferas do poder público, notadamente a Administração Pública, pelo direito de audiência a participação na gestão, e o Poder Judicial, pelo direito de ação popular para tutela de interesses difusos.

O segundo capítulo é dedicado ao estudo do procedimento de fiscalização sucessiva e abstrata de normas previsto pela Lei n.º 28/82. Especial destaque será dado ao rol de legitimados ao poder de iniciativa para as ações de inconstitucionalidade, abordando a natureza dos órgãos e entidades com aquela prerrogativa, apurando-se, se entre eles, figuram representantes da sociedade civil, seja individual ou coletivamente. Antes, porém, serão analisadas as principais características do Tribunal Constitucional português: origem, enquadramento institucional, estatuto dos juízes e etc.

O terceiro capítulo transpõe nossas reflexões ao horizonte do Direito Comparado. A experiência dos principais sistemas jurídicos democráticos, presentes no contexto latino-americano e europeu, serão abordados com foco no princípio democrático e a configuração da

jurisdição constitucional, sobretudo a existência (ou não) de mecanismos de acesso popular aos procedimentos de controle de normas.

Esse estudo não será circunscrito aos ordenamentos domésticos, mas beberá da rica experiência apresentada pelos mecanismos supra-nacionais de jurisdição, sejam aqueles vocacionados à proteção dos direitos humanos (sistemas europeu, interamericano e africano de direitos humanos), sejam aqueles integrantes do Direito Comunitário Europeu (Tribunal Geral e Tribunal de Justiça). Estes mecanismos supra-nacionais desempenham papel semelhante às Cortes Constitucionais nacionais quando desenvolvem o denominado controle de convencionalidade de normas nacionais.

Por fim, o quarto e último capítulo propor-se-á à análise crítica do atual círculo de legitimados do sistema de controle abstrato de constitucionalidade em Portugal. O procedimento da LTC será escrutinado aos olhos do princípio da democracia participativa e suas projeções no ordenamento instaurado com a Constituição de 1976. Serão examinadas as tentativas de ampliação do rol de legitimados levadas aos trabalhos do Poder de Revisão após a criação do Tribunal Constitucional e, consequente, extinção dos órgãos militares aos quais incumbia o controle de normas: Conselho da Revolução e Comissão Constitucional.

Não só de críticas ocupará o encerramento de nosso estudo, contudo.

A última parte dedicar-se-á ao estudo de novas possibilidades ao sistema português. O protagonismo de novos sujeitos (fora do aparelho Estatal) na proteção aos interesses difusos, em Portugal, servirá de estímulo à ampliação do círculo de entidades com poder de iniciativa nas ações de inconstitucionalidade. A democracia participativa será o guia dessa mudança, transformando entidades representativas da sociedade civil em importantes sujeitos com direito de participação na resolução das questões constitucionais perante o Tribunal Constitucional. Tudo isso, entretanto, sem descuidar os importantes mecanismos de refreamento ao uso abusivo daquele direito, mediante imposição de requisitos rígidos de admissibilidade e regime especial de indeferimento de demandas temerárias, com vista ao regular funcionamento da Corte Constitucional.

1 – O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E A ORDEM CONSTITUCIONAL PORTUGUESA. A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. AS PROJEÇÕES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO ESTADO PORTUGUÊS.

1.1. A DEMOCRACIA COMO PRINCÍPIO JURÍDICO E SUA DIMENSÃO PARTICIPATIVA.

Aos objetivos deste estudo, não traçaremos considerações gerais sobre a democracia, enquanto regime político, tampouco procederemos à tentativa de conceituação ou mesmo à sua evolução histórica como elemento de organização do poder político. Interessamos, contudo, analisar a democracia enquanto *princípio jurídico* e sua configuração no ordenamento constitucional português.

Evidentemente, a Constituição que interessa ao presente estudo é a de Portugal de 1976. A Constituição de 1976 não decidiu sobre uma *teoria sobre a democracia* para densificar o princípio democrático; buscou apenas *uma ordenação normativa para um país e para uma realidade histórica*¹.

O princípio democrático apresenta-se como princípio complexo, isto é, traduz-se em multifacetadas dimensões². O princípio democrático apresenta a dimensão *representativa*, na qual se verifica a disciplina dos temas ligados à separação dos poderes, sistema eleitoral, pluralismo político, órgãos representativos e etc³. A dimensão representativa do princípio democrático conexiona-se com o princípio maioritário, perfazendo a necessidade de o exercício do poder político ser confiado a mandatários legitimamente eleitos e cujos processos decisórios sejam norteados pela regra da maioria.

Por sua vez, outra dimensão que muito interessa ao nosso estudo diz respeito ao viés *participativo* do princípio democrático.

A vertente *participativa* do princípio realça a necessidade de o Estado elaborar mecanismos que possibilitem a efetiva participação dos cidadãos no poder político, mediante instrumentos que garantam o conhecimento do que é a democracia, que assegurem a participação nos processos decisórios, que possibilitem o exercício do controle crítico sobre a divergência de opiniões.

Logo, convém ressaltar, mais uma vez, que a natureza normativa do princípio

1 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 287.

2 Canotilho assenta que a Constituição de 1976 consagrou um conceito complexo-normativo, o qual traduz-se numa relação dialética e integradora entre os elementos representativo e participativo. Vide CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 289

3 Ibidem. p. 288.

democrático não se restringe à disciplina dos processos de escolha e destituição de governantes, mas também se volta ao regime organizativo institucional do Estado Português em ordem a possibilitar o acesso direto e efetivo de cidadãos aos processos de resolução de problemas nacionais (art. 9.º /c).

1.2. A CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO NA CONSTITUIÇÃO DE 1976.

O princípio democrático é uma constante no texto constitucional de 1976. Desde o seu preâmbulo, a Constituição realça o compromisso da Assembleia Constituinte com os valores democráticos, enfatizando que a Constituição então aprovada assumiu o papel de estabelecer os princípios basilares da democracia, em ordem a construir um país mais livre, mais justo e mais fraterno.

Entre os princípios fundamentais da República portuguesa, reside o princípio democrático (art. 2.º da CRP/1976), cuja conformação constitucional aponta para a configuração de Estado de Direito Democrático do Estado Português, apontando dimensões fundamentais do princípio democrático para realização da democracia, tais como a separação de poderes, a soberania popular, o pluralismo de expressão e organização políticas democráticas e o respeito e a garantia de efetivação dos direitos e garantias fundamentais⁴.

Já em seu art. 2.º a CRP de 1976 não deixa dúvidas de que a estruturação do Estado de Direito Democrático português tem por objetivo realizar não apenas a democracia económica, social e cultural, mas também dedica especial atenção ao objetivo de aprofundar a democracia participativa. Isto é, o texto constitucional reconhece a dimensão participativa do princípio democrático, não se resumido ao seu viés puramente representativo.

A Constituição, como sói ocorrer em qualquer regime dito democrático, aponta, como fonte do poder político, em ordem a justificar, a legitimar a dominação política, a figura do povo, mediante reconhecimento da sua soberania. Entretanto, ela vai além e aponta como fonte da legitimação do Estado português a subordinação à Constituição e à legalidade democrática (Art. 3.º/2.).

4 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

O princípio democrático espraia-se pelo regime constitucional e ingressa, inclusive, na regência das relações internacionais do Estado Português. A Constituição de 1976 inseriu na agenda internacional de Portugal a temática humanitária, prescrevendo o empenho do Estado na adoção de medidas, em cooperação aos demais Estados europeus, para a manutenção da paz, do progresso econômico, da justiça nas relações entre os povos, a defesa da identidade europeia, além de medidas a favor da democracia.

O tema democracia insere-se entre aqueles que ganham foro no âmbito internacional, como reconhecimento de que se trata do regime político atualmente mais adequado à consecução de objetivos da comunidade internacional de defesa dos direitos fundamentais, manutenção da paz e resolução pacífica de controvérsias.

A Constituição assumiu declaradamente a feição preponderantemente representativa do regime democrático português, mas previu abertura para mecanismos próprios da democracia semidireta, mediante a cláusula de que o povo exercer o poder político através do sufrágio universal, igual, direto, secreto e periódico, do referendo e das demais formas previstas na Constituição (art. 10.º/1.)⁵.

A Doutrina costuma referir que o texto original de 1976 foi muito refratário aos mecanismos de realização da democracia semidireta, porque havia o receio de manipulação das decisões políticas adotadas mediante consulta direta à vontade popular. É verdade, entretanto, que as sucessivas revisões do texto constitucional suavizaram esse extremo rigor com os mecanismos de democracia semidireta, ampliando as suas espécies, como, por exemplo, a instituição do referendo local (Revisão de 1982), o referendo político e legislativo (Revisão de 1989) e etc. Doutrinariamente, afirma-se que esse movimento de ampliação das hipóteses do referendo constituiu tentativa de o Poder de Revisão equilibrar o sistema político português, marcadamente “ultra-representativo” e “ultra-partidário”⁶.

Reafirmando o compromisso democrático do Estado Português, a Constituição apontou como uma de suas tarefas fundamentais incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais (art. 9.º/ c) ⁷. Esse dispositivo não deixa dúvidas de que a Constituição de 1976 abriu espaço para a dimensão participativa do

5 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

6 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 297.

7 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

princípio democrático no arcabouço político-institucional português. Não basta defender a democracia política, é tarefa do Estado incentivar a participação dos cidadãos nos problemas nacionais.

Em outra passagem de seu texto (art. 109.º), a Constituição aponta para fundamento de natureza procedimental para o regime democrático. Ela exige a participação dos cidadãos (homens e mulheres) direta e ativamente na vida política do Estado. Essa participação é erigida à condição de condição e fundamento para a realização do sistema democrático. A normatização da organização do poder político em Portugal é inaugurada com essa imposição de participação popular para legitimar o exercício do poder político. Logo, a democracia portuguesa não se satisfaz apenas com mecanismos de representação, exigindo o complemento de medidas de acesso popular ao poder político.

Aliás, esse dispositivo constitucional transporta comando normativo de mais alta relevância para o presente estudo. Essa norma constitucional deixa claro que a participação democrática dos cidadãos dever ser dirigida a todas as esferas de poder político, nas quais são postos problemas nacionais em debate, não se resumido ao estrito âmbito da representação política, mediante exercício do sufrágio. Ou seja, o Estado deve fomentar a participação popular nos processos decisórios que tenham potencial repercussão na vida nacional.

A jurisdição constitucional é uma das instâncias do poder político, onde são tratados costumeiramente temas de interesse nacional. A questão de inconstitucionalidade, por envolver a garantia da própria Constituição, espelha um problema nacional cuja resolução demanda a possibilidade de participação popular.

Como veremos em capítulo específico desse estudo, o sistema português afigura-se refratário à participação popular no processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade. O rol de legitimados ao poder de iniciativa do processo de fiscalização em abstrato restringe-se a autoridades públicas, notadamente representativas da maioria parlamentar, mas também concede-se à minoria. Não há o reconhecimento de legitimidade ativa a qualquer órgão da sociedade civil ou entidade de classe fora do aparelho estatal.

Como vimos, a Constituição de 1976 é impregnada de comandos normativos com espírito democrático, sendo explícita na orientação de fomento ao exercício da cidadania, mediante aprofundamento da democracia participativa. A dimensão participativa do princípio democrático vem reconhecida expressamente pelo texto constitucional. Não há dúvida. Cabe, agora, averiguar qual a sua influência na jurisdição constitucional portuguesa.

Os influxos do princípio democrático, sob o viés participativo, consumirão nossas reflexões ao longo desse estudo.

1.3. A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL. NOVO OLHAR SOBRE O RISCO DEMOCRÁTICO NO QUADRO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. A ABERTURA PROCEDIMENTAL NO PROCESSO HERMENÊUTICO DA CONSTITUIÇÃO.

1.3.1. O princípio democrático e a jurisdição constitucional.

Desde o nascedouro do sistema de controle judicial de normas, com o surgimento do *judicial review* norte-americano, pelas mãos do brilhante juiz John Marshall no célebre caso Marbury versus Madison em 1803, é intenso o debate doutrinário acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no quadro do Estado de Direito Democrático. O tema ocupa lugar cativo na obra dos principais teóricos e pensadores da Filosofia do Direito e Filosofia Política que se dedicaram ao estudo da jurisdição constitucional enquanto instrumento de defesa da Constituição.

A discussão doutrinária foi realimentada com o surgimento do modelo europeu do controle de normas, corporificado na Constituição Austríaca de 1920, por obra de Hans Kelsen, com a criação de um órgão específico, denominado Tribunal Constitucional, com competência exclusiva para examinar a constitucionalidade das normas, com efeito geral e vinculante aos demais poderes. Naquele ambiente, restou célebre o debate entre Hans Kelsen e Carl Schmitt sobre quem teria legitimidade para ser o guardião da Constituição: para aquele, o Tribunal Constitucional; enquanto para este, o Presidente da Nação, chefe do Poder Executivo⁸.

A legitimidade da jurisdição constitucional é escrutinada aos olhos de dois importantes princípios que informam os Estados contemporâneos: o princípio da constitucionalidade e o da democracia. Na realidade, há quem afirme que o Estado de Direito

⁸ Para maior desenvolvimento do tema remetemos a leitura a obra de Carl Schmitt “*La Defensa de la Constitución*”. Madrid: Tecnos, 1998 *apud* BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 70; e a clássica obra de Hans Kelsen “*Quien debe ser el defensor de la Constitución?*” *apud* TAVARES, André Ramos – Tribunal e Jurisdição Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998. p. 30.

Democrático é a síntese histórica das conquistas advindas pelo reconhecimento do princípio da constitucionalidade, nota fundamental do Estado de Direito pela limitação do poder, em outras características; e do princípio democrático, expressão do governo da maioria⁹.

Desse modo, a discussão acerca da legitimidade democrática da jurisdição constitucional tem como pano de fundo a tensão entre o princípio da constitucionalidade e o princípio da maioria. Noutras palavras, o campo de discussão doutrinária procura harmonizar a possibilidade de os juízes constitucionais procederem à anulação de atos normativos, editados pelo Parlamento, em defesa da Constituição. Tudo isso no quadro de um Estado cuja origem do poder político é popular e cujo governo é exercido por representantes eleitos, orientados pela regra da maioria.

O jurista brasileiro Gustavo Binzenbojm¹⁰ introduz uma metáfora que ilustra exatamente os contornos da dinâmica envolvendo constitucionalismo e democracia, para quem “assumindo a democracia como um *jogo*, a Constituição seria o *manual de regras* e, os *jogadores*, os agentes políticos representantes do povo. À jurisdição constitucional, nesse contexto, cumpre o papel de ser o *árbitro* do jogo democrático.”.

De fato, a jurisdição constitucional desempenha importante papel de controle de atos do Poder Público no âmbito de um Estado de Direito Democrático, em ordem a zelar pelo respeito à *forma* como a manifestação de vontade popular deve ser exteriorizada pelos órgãos políticos e também pelo respeito à pauta mínima de *conteúdo* que deve orientar a atuação do governo da maioria. Como veremos, essas limitações quanto ao *procedimento* e quanto ao *conteúdo*, estabelecidas pela Constituição, guiaram duas correntes de pensamento sobre o fundamento de legitimidade da jurisdição constitucional: procedimentalistas e substancialistas, respectivamente.

Precisamente, o problema cinge-se ao questionamento de duas características da jurisdição constitucional: a) o fato de os juízes constitucionais não exercerem mandato popular, encontrando-se à margem de periódico controle político pelo povo e b) pelo fato de as decisões proferidas não se sujeitarem a controle *a posteriori*, ressalvada a possibilidade de emenda constitucional. Como a Corte Constitucional traduz a última instância, dentro do Estado de Direito Democrático, a proferir a decisão sobre a validade das normas, sem controle posterior, convencionou-se reconhecer em sua atividade um *risco democrático*¹¹.

9 BINENBOJM, Gustavo – A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 47-48.

10 Ibidem. p. 48.

11 Dieter Grimm *apud* BINENBOJM, Gustavo – A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade

O *risco democrático* é visualizado porque, por definição, a jurisdição constitucional é chamada a exercer papel contramajoritário no controle de normas, no sentido de proceder à invalidação de atos normativos que foram expedidos pela instância política por excelência, o Parlamento, cuja composição é depositária do voto popular e cuja atuação de seus membros é informada pela regra da maioria.

Enfim, podemos aglutinar três grandes correntes de pensamento para justificar a jurisdição constitucional: a) a corrente do constitucionalismo clássico; b) a corrente que defende a jurisdição constitucional como instrumento de defesa dos direitos fundamentais e c) a corrente que credita à jurisdição constitucional a função de proteger o procedimento democrático.

A corrente do constitucionalismo clássico foi fortemente influenciada pelo positivismo jurídico. Para o positivismo jurídico, em linhas gerais, não haveria diferença ontológica entre a Constituição e a leis, apresentando ambas apenas diferença de hierarquia. A Constituição e a Leis são concebidas como normas jurídicas, mas aquela seria superior no ordenamento jurídico por força do qualificativo da rigidez, que demanda procedimento mais rigoroso para modificação do que nas normas legais¹².

Não havendo diferença entre a Constituição e as Leis, o positivismo postulava que as regras de hermenêutica aplicadas à interpretação das leis deveriam orientar também a interpretação constitucional. Assim, os métodos da hermenêutica clássica (métodos gramatical, sistemático, histórico e, posteriormente, teleológico) foram transportados para hermenêutica constitucional. Outro dado importante no pensamento positivista é a crença de que a hermenêutica envolveria apenas um ato de conhecimento, cognitivo, cabendo ao intérprete apenas revelar o conteúdo da norma jurídica. A criação da norma, um ato de vontade, caberiam ao Poder Constituinte e ao legislador ordinário¹³.

Nesse contexto, o positivismo pregava a *neutralidade* da atividade dos juízes constitucionais, a quem não caberiam uma atividade criadora, mas apenas reveladora, de conhecimento, do conteúdo das normas constitucionais. Do mesmo modo, postulava-se que o intérprete seguia o rito do *formalismo* hermenêutico para resolver os problemas constitucionais pela aplicação do método subsuntivo, bastando revelar o conteúdo da norma

democrática e instrumentos de realização. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 50.

12 BINENBOJM, Gustavo – A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 57.

13 Ibidem. p. 57-58.

constitucional e aplicá-lo ao caso sob julgamento¹⁴.

Os mitos da *neutralidade* dos juízes e do *formalismo* hermenêutico sustentavam a legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento positivista, não havendo dificuldade para contextualizar a atuação da Corte Constitucional perante os princípios da democracia e da separação de poderes, porque ao Judiciário caberia aplicar a norma jurídica, entre elas as de natureza constitucional. Ao invalidar uma lei, a Corte estaria a fazer prevalecer a vontade da Constituição, hierarquicamente superior, mas não a vontade dos próprios juízes constitucionais¹⁵.

De outro giro, a corrente que vê a jurisdição constitucional como mecanismo de proteção aos direitos fundamentais propõe que os princípios e direitos fundamentais devem posicionar-se à margem da deliberação política ordinária e manter-se protegidos na esfera da Constituição. As obras de Ronald Dworkin¹⁶ e, posteriormente, John Rawls¹⁷ constituem a expressão máxima do pensamento que propõe a reaproximação do Direito e da Moral, resgatando imperativos kantianos e alçando a ideia de dignidade humana como princípio fundamental e valor fonte aos demais direitos e liberdades fundamentais¹⁸.

Não comporta aos estreitos limites desse estudo avançar aos detalhes e nuances das obras desses importantes pensadores contemporâneos, cabendo apenas registrar que tanto Dworkin, como Rawls propõe o reconhecimento de que, em condições de liberdade e igualdade, os membros da comunidade são entes morais capazes de identificar o conceito de bem e de justiça, sendo capazes também de aceitar que são governados por princípios comuns e não por regras forjadas em um compromisso político. Esses princípios comuns devem ser resguardados pela Constituição¹⁹.

A concepção substancialista de democracia propõe o respeito a uma pauta mínima de valores (direitos e liberdades fundamentais) a serem observados pelo grupo que congrega a maioria política em determinado período. Esses valores expressam a concepção de justiça

14 BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 58.

15 Ibidem. p. 60-61.

16 Entre elas destacam-se: “Equality, Democracy and Constitution: We the People in Court”; “Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution”; “Law’s Empire”; “Taking Rights Seriously” e “Uma Questão de Princípio.” *apud* BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 74-93.

17 Entre elas destacam-se: “Uma Teoria da Justiça” e “O Liberalismo Político” *apud* BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 74-93.

18 BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 76.

19 Ibidem. p. 80.

adotada pela comunidade constitucional. Crê-se que a jurisdição constitucional é legitimada pelo papel de proteção aos direitos e liberdades fundamentais frente aos atos da maioria circunstancialmente no poder político.

A partir dessa concepção substancialista, sobretudo a partir da obra de Dworkin, construiu-se hermenêutica constitucional que atribui papel propositivo e construtivo aos juízes constitucionais, desencadeando a doutrina do *ativismo judicial*. Esse comportamento ativo exigido aos juízes constitucionais afasta-os do mito da neutralidade do positivismo jurídico²⁰. Enfim, essa corrente substancialista propõe que a jurisdição constitucional atua como garantidora do próprio funcionamento da democracia ao proteger direitos fundamentais, revelando-se compatível com esse regime político.

A terceira corrente, a seu turno, propõe, em síntese, que a justiça constitucional seja garantidora do procedimento democrático.

Os expoentes dessa concepção dita procedimentalista, encabeçados por John Hart Ely²¹ e Jürgen Habermas²², apresentam-se incrédulos com a possibilidade de se delimitar quais seria os valores morais objeto de consenso por parte dos membros da comunidade, tal como proposto por Dworkin. Para eles, dada a multiplicidade de visões de mundo e concepções sobre o bem e o justo presentes nas sociedades pluralistas, os supostos princípios morais não passariam da projeção de preferências valorativas dos próprios juízes constitucionais²³.

Os procedimentalistas criticam a postura hermenêutica de se atribuir ao juiz constitucional o papel de construir o conteúdo, um sentido às normas constitucionais, característico do ativismo judicial, porque o espaço para realização de escolhas substantivas é aquele reservado ao órgão com legitimidade pelo voto popular, notadamente o Parlamento. Ao revés, a sua missão seria garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza²⁴.

Para essa terceira corrente de pensamento, a função da justiça constitucional deve

20 BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 85-86.

21 Sua principal obra é intitulada “Democracy and Distrust. A Theory of Juydicial Review” *apud* BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 97.

22 A obra que marca a migração do pensador alemão do campo da sociologia empírica para o da filosofia do Direito é intitulada “Direito e Democracia entre Facticidade e Validade” *apud* BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 107.

23 BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 101.

24 BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9. p. 102.

cingir-se à manutenção das regras que disciplinam o procedimento democrático. Isto é, a jurisdição constitucional deve zelar pelo correto funcionamento dos procedimentos formais para a formação e exteriorização da vontade popular (iniciativa, competência, quórum de votação) e pela abertura dos canais de acesso à participação política (liberdade de crença, expressão, reunião e associação), além de impedir a adoção de medidas excludentes de minorias no processo político, sob pena de colocar em xeque o sistema representativo²⁵.

Em arremate, pode-se concluir que a corrente procedimentalista busca superar a fundamentação metafísica (jusnaturalismo) e moral (substancialistas) dos direitos fundamentais para reconhecer o seu fundamento na perspectiva procedimental (discursiva) de sua teoria sobre a democracia, atribuindo aos juízes constitucionais uma postura de garantidor das condições para o funcionamento do processo legislativo, isentando-os da apuração do seu resultado²⁶.

Bem se vê que as três correntes problematizam a legitimidade da justiça constitucional em torno dos princípios da democracia, da constitucionalidade das normas e da separação de poderes, ensejando usualmente mutação na postura dos juízes constitucionais no processo hermenêutico, ora apresentando-se neutros (positivismo jurídico), ora adotando comportamentos prospectivos e criativos (ativismo judicial) e ora abstraindo-se de qualquer pauta valorativa e ingressando apenas na manutenção das regras do jogo democrático (procedimentalismo).

O fato é que a jurisdição constitucional se consolidou na tradição jurídica contemporânea, seja o modelo americano ou o europeu, a ponto de sua existência no quadro institucional do Estado de Direito constituir, para alguns²⁷, elemento de definição do próprio regime democrático. Como veremos adiante, atualmente a problemática acerca da legitimidade da jurisdição constitucional cedeu passo para a discussão acerca das potencialidades do princípio da maioria sobre a configuração da jurisdição constitucional, seja em termos de sentido, âmbito e alcance.

1.3.2. Novo olhar sobre o risco democrático no quadro da democracia participativa.

25 Ibidem. p. 103.

26 Ibidem. p. 110 e 113.

27 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

Com aquele novo olhar sobre o princípio da maioria, o tema da legitimidade da jurisdição constitucional chegou ao debate em Portugal. Em comemoração ao décimo aniversário do Tribunal Constitucional português, foi realizado colóquio na cidade de Lisboa, entre os dias 28 e 29 de maio de 1993, cujo tema “Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional” reuniu juristas tanto de países do continente europeu com experiência nas cortes constitucionais, como de outros países lusófonos. O evento foi enriquecido com as contribuições de juristas portugueses do escol de Vital Moreira, Jorge Miranda, J. C. Vieira de Andrade, Miguel Galvão Teles, além dos franceses Christian Starck, Pierre Bon e Louis Favoreu²⁸.

Sem demérito algum aos demais palestrantes, chamou-nos atenção o discurso proferido pelo professor Vital Moreira que propôs um novo olhar sobre a discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional. Vital Moreira propõe a superação do debate acerca da legitimidade da jurisdição constitucional no Estado de Direito Democrático, para ganhar espaço a discussão acerca dos reflexos do princípio da maioria sobre a conformação da jurisdição constitucional, em ordem a delimitar, entre outros, o seu sentido, âmbito e alcance²⁹.

O pensamento do mestre português propõe a mudança do eixo temático de discussão, deixando de abordar o conflito retratado pelo binômio constitucionalidade/democracia para ingressar no campo de análise das potencialidades do princípio da maioria como elemento conformador da jurisdição constitucional.

Aliás, concordamos com Vital Moreira quando ele pontua que “a existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. *A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático.*”³⁰.

As implicações do princípio da maioria sobre a conformação da jurisdição constitucional são aglutinadas em três aspectos essenciais: a) o sentido e alcance da justiça

28 LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993.

29 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

30 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

constitucional; b) o âmbito da justiça constitucional e c) meios procedimentais e legitimidade processual³¹.

Em relação ao sentido e alcance da justiça constitucional, a evolução e ampliação do espaço de normatividade da Constituição introduziu, por via de consequência, novos interesses a serem tutelados pelas Cortes constitucionais, para além dos tradicionais interesses individuais, da regulação da divisão de competência entre os poderes e a definição de limites entre os poderes do Estado nacional e os Estados membro, no caso das federações.³²

Para Vital, a ampliação do espaço constitucional provocou a ampliação do sentido e alcance da justiça constitucional, em ordem a proteger outros interesses e posições constitucionalmente regulados, tais como: *a garantia dos direitos constitucionais da oposição; a defesa das posições constitucionais das regiões e dos municípios contra o Estado central; a proteção das minorias étnicas, culturais ou linguísticas e, por fim, a defesa da pluralidade e heterogeneidade social e cultural.*³³

Essa ampliação temática dos interesses tutelados pela Constituição incrementou a possibilidade de outros atos do Estado, que não as leis, pudessem provocar lesão àqueles interesses. Vê-se a possibilidade de outros atos do Poder Público sem *status* normativo provocarem lesão aos interesses constitucionais e, a despeito disso, não se sujeitarem ao controle de constitucionalidade.

Vital Moreira cita alguns exemplos³⁴, auridos da experiência portuguesa, que são elucidativos: “uma resolução parlamentar que suspenda ou prorogue os trabalhos parlamentares em infracção das competentes normas constitucionais (cf. em especial o art. 177.º-2, que exige maioria de 2/3 para deliberar a suspensão do funcionamento da AR); ou a eleição do presidente e dos vice-presidentes da AR em violação das pertinentes normas constitucionais (cf. art. 178.º da CRP, que exige a repartição dos vice-presidentes pelos quatro maiores grupos parlamentares), (...)”.

Vê-se que, em muitos desses casos, a ampliação do âmbito de atuação da justiça constitucional visa salvaguardar os interesses da minoria parlamentar, mediante garantia do

31 Na mesma conferência, Vital Moreira atribuiu outros reflexos ao princípio da maioria sobre a jurisdição constitucional, abordando não só a perspectiva da configuração/conformação, mas também estendendo a análise sob os prismas das funções da justiça constitucional e aos limites dos juízes constitucionais.

32 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

33 Ibidem. p. 177-198.

34 Ibidem. p. 177-198.

exercício da oposição. Tratando-se de um temperamento ao princípio da maioria, a tutela da oposição parlamentar constitui saudável medida para o próprio funcionamento da democracia.

Por último, uma das projeções do princípio da maioria sobre a nova configuração da justiça constitucional que mais interessa ao presente estudo diz respeito à ampliação de meios procedimentais e legitimidade processual.

Vital Moreira sustenta que o fenômeno da ampliação de temas (sentido) e do universo de atos (âmbito) sujeitos ao controle de constitucionalidade provoca naturalmente a necessidade de ampliação dos meios procedimentais e dos legitimados, sob pena de muitas normas inconstitucionais permanecerem em vigor pela inação dos tradicionais legitimados. Nas palavras do jurista português: “não se corre nenhum risco de exagero se se disser que há muitas normas inconstitucionais que se mantêm em vigor durante muito tempo só porque não existem meios processuais adequados ou porque os interessados carecem de legitimidade para os suscitar.”³⁵.

Vital Moreira reconhece que o dogma da natureza objetiva do processo de controle concentrado e abstrato de normas, que informou a delimitação restritiva do círculo de legitimados, tem sofrido temperamentos nos sistemas constitucionais contemporâneos, possibilitando a adoção de critérios subjetivistas, isto é, legitimidade para entidades com interesse na decisão³⁶.

Como exemplo do caso português, citam-se: “os órgãos regionais, quanto à sua capacidade de impugnar a constitucionalidade das normas dos órgãos do Estado que lesem os seus direitos constitucionais, (art. 281.º/2 da CRP); o direito de impugnação reconhecido a um décimo dos deputados às AR, o que dá aos partidos da oposição a faculdade de contestarem as normas que tenham por inconstitucionais, incluindo naturalmente as que desrespeitem os seus próprios direitos ou prerrogativas constitucionais (arts. 278.º/4 e 282.º/2 da CRP)”³⁷.

De fato, esse novo olhar da discussão sobre a legitimidade da jurisdição constitucional coloca em evidência as potencialidades do princípio da maioria, posicionando-o não mais como contraponto ao princípio da constitucionalidade, mas como elemento conformador da própria justiça constitucional.

Como dito em outra passagem, a democracia é alimentada não apenas pela

35 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

36 Ibidem. p. 177-198.

37 Ibidem. p. 177-198.

dimensão representativa (regra da maioria), mas também pela dimensão participativa. A dimensão participativa da democracia recomenda a abertura de todas as instâncias de poder político ao acesso popular. Não pode ser diferente no âmbito da justiça constitucional. São necessários novos meios procedimentais e novos sujeitos legitimados, portanto.

Há pouco, abordamos a conformação do princípio democrático no quadro do Estado de Direito Democrático Português, instaurado pela Constituição de 1976. Aliás, ficou isento de dúvidas a proeminência do princípio democrático, sob o viés participativo, no ordenamento do exercício do poder político na democracia portuguesa. A democracia participativa, cujo aprofundamento foi almejado pelo constituinte, exige a abertura do procedimento de controle abstrato de normas à participação popular. O modo de participação, seja individual ou por meio de entidades representativas de interesses; bem como, as medidas paliativas ao uso abusivo da medida e o “potencial” risco ao funcionamento do Tribunal Constitucional serão abordados oportunamente.

1.3.3. A abertura procedimental no processo hermenêutico da constituição.

A essa altura, convém trazermos à colação o pensamento de Peter Häberle, jurista alemão que propôs uma nova metodologia à hermenêutica constitucional. Ele publicou obra contemporânea à Constituição portuguesa de 1976 (esta fortemente influenciada pela democracia participativa, como vimos) e que propõe uma hermenêutica constitucional mais adequada a uma sociedade democrática e pluralista, mediante sobretudo a abertura da comunidade dos intérpretes da Constituição.

Na célebre obra “Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição”, publicada em 1975, Häberle propõe o reconhecimento de que ao processo hermenêutico devem ser integrados outros sujeitos que não aos atores oficiais do quadro da organização político estatal³⁸.

Para Häberle, a hermenêutica constitucional tradicionalmente foi concebida para uma *sociedade fechada* de intérpretes, no sentido que apenas os juízes constitucionais e as

38 HÄBERLE, Peter – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E "PROCEDIMENTAL" DA CONSTITUIÇÃO. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

partes do processo constitucional atuariam como legítimos intérpretes. Entretanto, o pensamento do jurista alemão introduz a necessidade de ampliação do círculo de intérpretes da Constituição, abrangendo “todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elemento cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”³⁹. Logo, fala-se em sociedade aberta de intérpretes.

Como a realidade constitucional deve integrar o processo hermenêutico, todos aqueles que vivem a norma deve participar do processo interpretativo, porque, para Häberle, “todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição”⁴⁰.

Outro fundamento apresentado por Häberle para sustentar essa abertura do processo hermenêutico a novos sujeitos diz respeito à própria abertura do espaço regulativo das Constituições democráticas, as quais passaram a estruturar não apenas os órgãos estatais, mas também a própria sociedade e a vida privada, não sendo crível excluir aqueles que são destinatário das normas constitucionais do processo hermenêutico.

Em suas palavras, ele pontua que “uma Constituição, que estrutura não apenas o Estado em sentido estrito, mas também a própria esfera pública (*Öffentlichkeit*), dispondo sobre a organização da própria sociedade e, diretamente, sobre setores da vida privada, não pode tratar as forças sociais e privadas como meros objetos. Ela deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos.”⁴¹.

De fato, uma Constituição que se propõe à regulação de uma sociedade pluralista, adotando como um dos valores o pluralismo político, não está vocacionada ao monopólio de interpretação de suas normas por parte de um círculo restritivo de intérpretes que integram o aparelho estatal ou mesmo as partes formais do processo de controle de normas. A abertura do processo hermenêutico milita em favor da democratização da própria justiça constitucional, aproximando-a dos vários setores da sociedade e contribuindo para a realização da participação popular.

39 Ibidem. p. 13.

40 Ibidem. p. 15.

41 Ibidem. p. 33.

A adoção dessa perspectiva aberta, procedimental e plural do processo hermenêutico demanda, consequentemente, reprogramação no modo e meios de atuação da jurisdição constitucional. O próprio Häberle reconhece as consequências dessa mudança para o processo constitucional, para quem “devem ser desenvolvidas novas formas de participação das potências públicas pluralistas enquanto intérpretes em sentido amplo da Constituição. O direito processual constitucional torna-se parte do direito de participação democrática. A interpretação constitucional realizada pelos juízes pode-se tornar, correspondentemente, mais elástica e ampliativa sem que se deva ou possa chegar a uma identidade de posições com a interpretação do legislador.”⁴².

Mais adiante, ao longo de nosso estudo, registrar-se-á a influência dessa nova perspectiva pluralista da hermenêutica constitucional, proposta por Peter Häberle, sobre a estruturação dos procedimentos formais de controle de normas perante a Corte Constitucional brasileira, o Supremo Tribunal Federal. Serão analisados mecanismos de abertura procedimental, introduzidos no sistema brasileiro pelas Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, designadamente a “audiência pública” e o “amicus curiae”, além dos mecanismos de contenção a demandas temerárias impostos aos legitimados integrantes da sociedade civil.

Fica registrado, desde já, que a abertura do procedimento de controle de normas a novos sujeitos e o estabelecimento de canais ativos de participação de grupos representativos da sociedade civil constituem importantes mecanismos de concretização da democracia, na dimensão participativa, perante a jurisdição constitucional.

Não é demais repisar que a configuração do princípio da “democracia participativa” na Constituição portuguesa de 1976 recomenda a sua plena aplicabilidade em todas as esferas do poder político, incluindo naturalmente a Corte Constitucional.

As potencialidades do princípio da participação sobre as instâncias do poder político em Portugal serão objeto do próximo tópico. Já o quadro refratário à participação popular perante o Tribunal Constitucional, atualmente instalado no sistema de controle de normas português, constituirá o objeto do próximo capítulo.

1.4. AS PROJEÇÕES DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NAS DIVERSAS INSTÂNCIAS DE PODER EM PORTUGAL.

42 HÄBERLE, Peter – HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E “PROCEDIMENTAL” DA CONSTITUIÇÃO. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997. p. 48.

1.4.1. As projeções da democracia participativa nas diversas instâncias de poder em Portugal.

Como vimos, a Constituição da República Portuguesa de 1976 traçou diretrizes normativas em ordem a fomentar a realização da democracia sob a *perspectiva da participação*. Os mecanismos mais conhecidos de participação direta do povo no poder político são aqueles reconduzíveis à esfera do Poder Legislativo, tais como o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular.

Entretanto, observa-se que o ordenamento jurídico-constitucional português abriu a possibilidade de participação popular em outras esferas do poder público, prevendo expressamente canais de participação na Administração Pública, a exemplo do *princípio geral da participação na gestão pública* (art. 267.º/5.).

No âmbito do Poder Judicial, o sistema português restringe o acesso popular a poucos mecanismos de tutela de interesses públicos, merecendo destaque a previsão da denominada ação popular, que ocupa o epicentro do sistema de tutela dos interesses coletivos em Portugal. Em relação ao acesso popular à jurisdição constitucional, o ordenamento jurídico português é silente, não prevendo o poder de iniciativa e tampouco a possibilidade de intervenção de entidades da sociedade civil (organismos não estatais) no procedimento de fiscalização de constitucionalidade, sobretudo no controle abstrato de normas.

Passemos, então, à análise dos principais mecanismos de participação popular no exercício do poder político em Portugal. Começaremos pelos mais conhecidos canais de participação popular e que são dirigidos ao Poder Legislativo: referendo, plebiscito e iniciativa popular.

1.4.2. No Poder Legislativo: os mecanismos tradicionais de democracia semidireta.

O texto original da Constituição de 1976 estabeleceu em Portugal um regime político extremamente representativo e partidário. Àquela altura, o constituinte português via com reservas a possibilidade de instituir canais de participação direta dos cidadãos na esfera política, sobretudo pela experiência plebiscitária da Constituição de 1933, que instituiu e

legitimou um Estado com natureza evidentemente autoritário: O Estado Novo⁴³.

Após breve período de vigência constitucional e iniciados os debates acerca da primeira revisão, ganhou força a necessidade de se estabelecer mecanismos de participação popular no exercício do poder político. Assim, com a primeira revisão constitucional em 1982, previu-se a figura do referendo local (art. 238.º), em ordem a equalizar o sistema político português, atribuindo-lhe o tom de regime democrático semidireto⁴⁴.

Posteriormente, o *referendo* assumiu destaque nas sucessivas revisões constitucionais ao texto de 1976, sendo que na revisão de 1989 instituiu-se o *referendo político e legislativo* (art. 112.º); na revisão de 1997, previu-se não só a possibilidade de iniciativa popular ao mecanismo referendário a nível nacional (art. 115.º/2, 166.º) como a nível local (art. 240.º), como também disciplinou-se o *referendo regional* de interesse das Regiões Autônomas (art. Art. 232.º/2) e ao *referendo da instituição em concreto das regiões administrativas* (art. 256.º)⁴⁵.

Em apertada síntese, a doutrina define o instituto do *referendo* como "uma consulta feita aos eleitores sobre uma *questão* ou sobre um *texto* através de um procedimento formal regulado na lei (procedimento referendário). A iniciativa do referendo pode pertencer aos órgãos do Estado (governo, deputados) ou a um certo número de cidadãos (iniciativa popular)."⁴⁶

O *referendo* assume papel importante nas democracias modernas, como forma de temporizar o regime político marcadamente representativo. Nota-se que o *referendo* aparece nos principais textos constitucionais do século XX, apresentando nuances peculiares a cada regime jurídico-constitucional analisado. Entretanto, o fato é que o *referendo* é lugar comum nas democracias que despontam para o viés participativo do princípio democrático.

Em laborioso trabalho científico, a doutrina portuguesa apresenta exauriente estudo em Direito Comparado sobre o instituto do *referendo*. Um dos expoentes que se dedicaram ao estudo da democracia semidireta, o professor Pedro Trovão do Rosário, condensou o regime jurídico do instituto do *referendo* em obra científica sobre os principais sistemas jurídicos da Europa, América, Ásia e África. A título de ilustração da importância do *referendo* nos principais sistemas jurídicos do século XX, convém reproduzir as referências

43 CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 297.

44 Ibidem. p. 297.

45 Ibidem. p. 297-298.

46 Ibidem. p. 295.

normativas compiladas pelo referido jurista português. São elas⁴⁷:

"Bulgária (1971, art. 78.º); Bangladesh (1972, art. 142.º); Hungria (1972, art. 30.º); Marrocos (1972, arts. 68.º e 98.º); Srilanka (1972, arts. 85.º e 97.º); Paquistão (1973, arts. 6.º e 96.0-A); Síria (1973, art. 55.º); Burma (1974, art. 50.º); Angola (1975, art. 38.º); Áustria (1975, arts. 26.º, 45.º e 46.º); Grécia (1975, art. 44.º); São Tomé e Príncipe (1975, art. 47.º); Albânia (1976, arts. 67.º e 77.º); Argélia (1976, art. 111.º, n.º 14); Cuba (1976, arts. 73.º, 88.º e 141.º), Uruguai (1976, art. 4.º); URSS (1977, arts. 5.º, 108.º e 137.º), Espanha (1978, arts. 92.º, 167.º e 168.º), Congo (1979, arts. 46.º, 81.º, e 111.º); Equador (1979, art. 30.º); Irão (1979, art. 59.º); Togo (1979, arts. 2.º e 52.º); Afeganistão (1980, art. 37.º); Cabo Verde (1980, art. 108.º e ss.); Chile (1980, arts. 5.º, 32.º, 117.º e 118.º); Egípto (1980, art. 152.º); Turquia (1982, arts. 104.º e 175.º); El Salvador (1983, art. 89.º); Guatemala (1984, art. 173.º); Guiné-Bissau (1984, arts. 56.º e 64.º); Gabão (1985, arts. 4.º e 70.º); Romênia (1986, art. 75.º); Etiópia (1987, arts. 3.º, 63.º e 89.º), Nicarágua (1987, art. 173.º), Brasil (1988, art. 49.º); Portugal (1989, art. 118.º) e Moçambique (1990, arts. 30.º, 120.º, 135.º, 153.º, 199.º e 205.º)."

Aos objetivos desse estudo, não convém ingressar na análise pormenorizada das várias espécies de referendo (nacional, regional e local) previstas no ordenamento jurídico-constitucional português. Frise-se apenas que o constituinte revisional do texto de 1976 alçou o instituto do *referendo* como o principal mecanismo de exercício direto do poder pelo povo, reconduzindo-o precipuamente à esfera do Poder Legislativo, porque incidente sobre um texto normativo.

Por sua vez, outro conhecido mecanismo de participação popular no poder político diz respeito ao instituto do *plebiscito*. Em poucas palavras, a doutrina conceitua o *plebiscito* como "a pronúncia popular incidente sobre escolhas ou decisões políticas, como, por exemplo, a confiança num chefe político, a opção por uma ou outra forma de governo."⁴⁸

Costuma-se distinguir as figuras do *referendo* e do *plebiscito* tendo em vista o objeto sobre o qual deve incidir a manifestação popular: se se tratar de um texto normativo, está-se diante de um *referendo*; se envolver uma decisão política (sistema político, forma de governo e etc) tem-se o *plebiscito*.

Por fim, para encerrar a abordagem do princípio da participação na esfera do Poder Legislativo, cite-se o instituto da *iniciativa popular*. A *iniciativa popular* traduz-se na possibilidade de um grupo de cidadãos propor o início do processo legislativo, tendente à elaboração de norma legal ou constitucional. Ela assume importante papel no controle da omissão legislativa, que ocasiona situações de inconstitucionalidade e obstruem a

47 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **A DEMOCRACIA SEMIDIRECTA EM PORTUGAL**. Madrid: Editorial Universitas, S. A., 2013. ISBN 978-84-7991-413-4. p. 28-29.

48 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 296.

concretização de direitos fundamentais. A *iniciativa popular* também temporiza o viés representativo do princípio democrático, porque abre espaço ao exercício popular do poder político de modo extrapartidário.

1.4.3. No Poder Executivo: o direito de participação e audiência dos cidadãos diretamente interessados na resolução do tema objeto da ação administrativa (art. 267.º/5 da CRP e Decreto-Lei n.º 04/2015, de 07 de janeiro – CPA).

Saindo um pouco da seara legislativa, a CRP de 1976 dedicou especial atenção ao princípio da democracia participativa no controle da Administração Pública. A possibilidade de o povo participar diretamente na resolução de questões de interesse público concretiza o comando constitucional que traça como programa ao Estado português a necessidade de *incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais* (art. 9.º/c)⁴⁹.

Como dito alhures, a Administração Pública portuguesa abriu-se expressamente aos influxos do princípio da participação popular, mediante previsão do direito geral de participação e audiência dos cidadãos diretamente interessados na resolução do tema objeto da ação administrativa (art. 267.º/5.). Vejamos as principais características do regime jurídico do *direito de participação* na Administração Pública portuguesa.

A Constituição de 1976 procurou modernizar a Administração Pública portuguesa, em ordem a otimizar os seus procedimentos, desburocratizando-os, aproximando-os da população diretamente interessada, buscando realizar objetivos de interesse público, sem olvidar o necessário respeito aos direitos dos administrados.

Notamos particular influência do princípio democrático (sob a perspectiva da participação) na disciplina constitucional que normatiza a estrutura e o funcionamento da Administração Pública. O dispositivo contido no item 1. do art. 267.º deixa extreme de dúvidas que o constituinte português almejou proceder à abertura do procedimento administrativo aos influxos da participação popular. Estabeleceu-se como princípio organizatório da Administração Pública "assegurar a participação dos interessados na sua

49 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

gestão efetiva".

Logo em seguida, no item 5. do mesmo art. 267.º, o constituinte delega ao plano infraconstitucional a tarefa de regulamentar especificamente o procedimento administrativo, impondo ao legislador ordinário duas diretrizes muito claras de como deve ser a conformação da atividade administrativa: a) assegurar a racionalização dos meios a utilizar pelos serviços e b) *assegurar a participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações que lhes disserem respeito.*

A importância do *princípio da participação* na Administração Pública é verificada no regime jurídico do procedimento administrativo em Portugal, denominado de Código do Procedimento Administrativo – CPA. Recentemente, houve a aprovação de um novo CPA em Portugal, por força do Decreto-Lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro.

O novo CPA reiterou o propósito de promover constante modernização da Administração Pública portuguesa, tornando claros os direitos e deveres que regem as relações intersubjetivas da Administração com os particulares, imprimindo ao procedimento administrativo os coloridos da colaboração e participação popular⁵⁰.

O novo CPA é dividido em quatro partes: a) Parte I prevê as disposições gerais, âmbito de aplicação e os princípios gerais do procedimento administrativo; b) Parte II estabelece o regime jurídico organizatório da Administração Pública, disciplinando o modo de funcionamento dos órgãos públicos, regras de competência, regras de delegação de poderes e resolução de conflitos de atribuição ou de competência; c) Parte III veicula a disciplina da marcha procedimental, prevendo os principais atos e formas do rito administrativo, seus princípios e os sujeitos que compõem o procedimento administrativo e, por fim; d) Parte IV prevê as principais formas de atuação da atividade administrativa, entre elas a atividade regulamentar, o ato administrativo e o contrato administrativo.

Enfim, o novo CPA se propõe a estabelecer o regime jurídico geral da atividade administrativa em Portugal, tornando-a mais flexível às demandas da sociedade, menos burocratizada, e buscando equilibrar a necessidade de garantir a participação popular na tomada de decisões e tornar célere a ação administrativa.

Aos objetivos desse estudo, convém analisarmos os dispositivos do CPA que materializam *o direito de participação popular* na Administração Pública: arts. 11.º, 12.º, 67.º

⁵⁰ Desde o antigo CPA (Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 6/96, de 31 de janeiro), nota-se a preferência do legislador português pelos princípios da colaboração e participação popular, os quais eram previstos expressamente pelos seus artigos 7.º e 8.º.

e 68.º.

Já em sua primeira parte, o CPA prevê os princípios *da colaboração da Administração com os particulares* (art. 11.º) e *da participação* (art. 12.º). O princípio da colaboração impõe ao gestor o dever de atuar em tom colaborativo com os administrados, procurando facilitar a participação dos particulares no trâmite dos procedimentos, posicionando-se de forma receptível às sugestões e informações destes. A colaboração traduz abertura da Administração aos influxos da participação popular, aproximando-a das reais necessidades da população.

Já o princípio da participação é explícito ao impor à Administração a adoção de medidas para garantir a participação dos particulares, além das associações que representam seus interesses, na formação das decisões que venham a impactar as suas esferas jurídicas. O princípio da participação vem conjugado com o direito de audiência nos procedimentos, retratando a necessidade de a Administração Pública proceder à oitiva (audiência) dos interessados antes de adotar a ação administrativa.

A materialização desses princípios é dada pelos arts. 67.º e 68.º do novo CPA, os quais estabelecem os contornos em que a participação/intervenção popular ocorre no procedimento administrativo. Vejamos a disciplina⁵¹:

"Artigo 67.º

Capacidade procedimental dos particulares

1 - Os particulares têm o direito de intervir pessoalmente no procedimento administrativo ou de nele se fazer representar ou assistir através de mandatário.

2 - A capacidade de intervenção no procedimento, salvo disposição especial, tem por base e por medida a capacidade de exercício de direitos segundo a lei civil, a qual é também aplicável ao suprimimento da incapacidade.

Artigo 68.º

Legitimidade procedimental

1 - Têm legitimidade para iniciar o procedimento ou para nele se constituírem como interessados os titulares de direitos, interesses legalmente protegidos, deveres, encargos, ónus ou sujeições no âmbito das decisões que nele forem ou possam ser tomadas, bem como as associações, para defender interesses coletivos ou proceder à defesa coletiva de interesses individuais dos seus associados que caibam no âmbito dos respetivos fins.

2 - Têm, também, legitimidade para a proteção de interesses difusos perante ações ou omissões da Administração passíveis de causar prejuízos relevantes não individualizados em bens fundamentais como a saúde pública, a habitação, a educação, o ambiente, o ordenamento do território, o urbanismo, a qualidade de vida, o consumo de bens e serviços e o património cultural:

51 PORTUGAL. Código do Procedimento Administrativo: Decreto-Lei n.º 04/2015, de 07 de janeiro. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo=

a) Os cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e os demais eleitores recenseados no território português;

b) As associações e fundações representativas de tais interesses;

c) As autarquias locais, em relação à proteção de tais interesses nas áreas das respetivas circunscrições.

3 - Têm, ainda, legitimidade para assegurar a defesa de bens do Estado, das regiões autónomas e de autarquias locais afetados por ação ou omissão da Administração, os residentes na circunscrição em que se localize ou tenha localizado o bem defendido.

4 - Têm igualmente legitimidade os órgãos que exerçam funções administrativas quando as pessoas coletivas nas quais eles se integram sejam titulares de direitos ou interesses legalmente protegidos, poderes, deveres ou sujeições que possam ser conformados pelas decisões que nesse âmbito forem ou possam ser tomadas, ou quando lhes caiba defender interesses difusos que possam ser beneficiados ou afetados por tais decisões."

Destaque-se que a disciplina do art. 68.º introduz a possibilidade de os cidadãos individualmente e as associações de defesa dos interesses em causa de intervir no procedimento administrativo em busca de tutelar não só o interesse individual, mas também o *interesse difuso*, usualmente reconduzíveis aos temas da saúde pública, ao meio ambiente, à educação, à habitação, à qualidade de vida, ao património cultural e etc.

Numa palavra, o novo CPA abre a possibilidade de participação popular não apenas quando a decisão administrativa afeta a esfera individual do interessado, mas também quando há risco de lesão aos interesses caros a sociedade e que possuem dimensão metaindividual.

A possibilidade de proteção a interesses difusos por parte dos cidadãos e associações perante a Administração Pública vem conformada em outro diploma legal: a Lei 83/95, de 31 de agosto – Lei da Ação Popular. Embora a Lei 83/95 seja mais conhecida pela disciplina da ação popular em Portugal, ela trouxe mecanismos de participação popular perante a Administração, mediante o reconhecimento do *direito de participação popular procedimental*.

O *direito de participação procedimental* encontra disciplina nos arts. 4.º a 11.º, sem prejuízo das disposições gerais, da Lei da Ação Popular portuguesa. O art. 4.º traduz os exatos termos em que o direito de participação procedimental é reconhecido aos cidadãos e associações, voltando-o à tutela de interesses difusos, sobretudo quando envolver a preparação de planos ou localização e realização de obras e investimentos públicos. Merecem transcrição os seus termos⁵²:

52 PORTUGAL. Lei da Ação Popular: Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis

"Direito de participação popular

Artigo 4.º Dever de prévia audiência na preparação de planos ou na localização e realização de obras e investimentos públicos

1 - A adopção de planos de desenvolvimento das actividades da Administração Pública, de planos de urbanismo, de planos directores e de ordenamento do território e a decisão sobre a localização e a realização de obras públicas ou de outros investimentos públicos com impacte relevante no ambiente ou nas condições económicas e sociais e da vida em geral das populações ou agregados populacionais de certa área do território nacional devem ser precedidos, na fase de instrução dos respectivos procedimentos, da audição dos cidadãos interessados e das entidades defensoras dos interesses que possam vir a ser afectados por aqueles planos ou decisões.

2 - Para efeitos desta lei, considera-se equivalente aos planos a preparação de actividades coordenadas da Administração a desenvolver com vista à obtenção de resultados com impacte relevante.

3 - São consideradas como obras públicas ou investimentos públicos com impacte relevante para efeitos deste artigo os que se traduzam em custos superiores a um milhão de contos ou que, sendo de valor inferior, influenciem significativamente as condições de vida das populações de determinada área, quer sejam executados directamente por pessoas colectivas públicas quer por concessionários."

Enfim, fica o registro de que a possibilidade de participação popular nos procedimentos de tomada de decisão por parte da Administração Pública é reconhecido expressamente em Portugal, seja para tutela de interesses individuais, seja para a proteção de interesses difusos. Logo abaixo, retornaremos à disciplina da Lei n.º 83/95 para tratarmos propriamente da Ação Popular como mecanismo de acesso popular ao Poder Judicial.

Antes de adentrarmos na disciplina legal da Ação Popular em Portugal (Lei n. 83/95), registre-se que a própria Constituição de 1976 dedicou-lhe especial atenção, prescrevendo o direito de ação popular como mecanismo genérico de proteção aos direitos ditos *difusos em sentido amplo*, conformando a tutela jurisdicional tanto sob a perspectiva preventiva (ação inibitória), como sob a dimensão repressiva (ação reparatória).

1.4.4. No Poder Judicial: a Ação Popular.

O art. 52.º, 3., da CRP reconhece legitimidade ativa para propositura da ação popular não só aos cidadãos portugueses, mas também às *associações de defesa dos interesses em causa*, revelando a abertura procedimental da tutela jurisdicional coletiva à participação popular. Vejamos os seus termos⁵³:

53 PORTUGAL. Lei da Acção Popular: Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em

"Artigo 52.º

Direito de petição e direito de acção popular

(...)

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais."

Nota-se que o constituinte português preocupou-se, como adiantamos, em dotar a acção popular de função não só repressiva (direito a indenização), mas também de função inibitória (prevenção ao dano). E mais, os termos do art. 52.º, n. 3, deixa extreme de dúvidas que o rol de interesses e direitos tutelados pela acção popular (saúde pública, direitos do consumidor, qualidade de vida, meio ambiente e património cultural) é meramente exemplificativo, não excluindo a proteção a outros interesses e direitos difusos não listados. Muito embora reconheçamos que a Lei n.º 83/95 não expressou a natureza do rol de interesses tutelados pela acção popular, seja taxativo ou meramente exemplificativo.

Nesse particular, a acção popular portuguesa revela sua vocação de atuar como mecanismos de abertura ao princípio democrático perante a jurisdição coletiva em Portugal. Isso porque, como veremos, a disciplina da Lei n.º 83/95 excluiu do rol de legitimados a participação do Ministério Público, enquanto órgão estatal, reservando-lhe apenas atuação subsidiária no procedimento enquanto fiscal da lei.

Como adiantado, a acção popular foi concebida pelo sistema português como autêntico mecanismo de controle popular perante o Poder Judicial. Tanto a Constituição Portuguesa (art. 52.º/3), como a Lei 83/95 (art. 2.º/1) reservou a legitimidade para a propositura da acção popular aos cidadãos, seja individualmente ou por intermédio das associações e fundações representativas do interesse, relegando o Ministério Público a papel secundário, atuando pela via da exceção, como fiscal da legalidade: representando o Estado, os ausentes ou incapazes quando partes, representando outras pessoas jurídicas quando autorizado por lei ou quando o autor desiste da acção ou adota comportamento lesivo ao interesse objeto da acção (art. 16.º/ 1 a 3 da Lei 83/95).

Note-se que o legislador português adotou mecanismos para neutralizar o risco de aumento excessivo de demandas no âmbito da ação popular e consequente congestionamento do Poder Judicial. Ele não só exigiu requisitos mínimos para reconhecer a legitimidade das associações e fundações defensoras do interesse posto em juízo, como também estabeleceu regime especial de indeferimento da petição inicial. Ambas medidas visam a inibir demandas infundadas e/ou temerárias.

Ao lado do cidadão, o sistema português abriu espaço para atuação de entidades da sociedade civil, associações e fundações, reconhecendo a importância desses entes para o fortalecimento da tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, tais como a saúde pública, a educação, a qualidade de vida, o ambiente e o patrimônio público.

Entretanto, a Lei n.º 83/95 (art. 3.º *a a c*) exige três requisitos mínimos para reconhecer a legitimidade a esses entes coletivos, são eles: a) possuir personalidade jurídica; b) incluir expressamente em suas atribuições ou objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa e c) não exercer qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais. Os requisitos legais são autoexplicativos e não demandam maiores digressões, devendo-se realçar apenas o objetivo de evitar a propositura de ações por parte de entidades sem estrutura organizatória mínima e sem pertinência com os interesses defendidos coletivamente.

Outro elemento de controle de ações temerárias diz respeito ao regime especial de indeferimento liminar de petição inicial, estabelecido pelo artigo 13.º da Lei 83/95⁵⁴. O dispositivo prescreve que “a petição deve ser indeferida quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram.”.

O regime de indeferimento liminar de demandas infundadas não encontra paralelo no sistema jurídico brasileiro. A medida adotada pelo legislador lusitano traduz poder ao juiz do processo, autorizando proceder ao saneamento liminar de demandas aventureiras e sem fundamentos fáticos e jurídicos mínimos, contribuindo para zelar pelo regular funcionamento do Poder Judicial.

Entendemos que o regime especial de indeferimento de petição inicial contribui

54 PORTUGAL. Lei da Ação Popular: Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis

para afastar o receio de congestionamento da atividade jurisdicional levantado pelos opositores à abertura procedimental à participação popular. A matriz jurídica do sistema português colocou o princípio da participação popular como elemento estruturante da República (art. 2.º da CRP), devendo, portanto, buscar-se medidas para sua plena aplicação em todas as esferas de poder, superando eventuais dificuldades práticas.

A essa altura, convém reproduzir o pensamento de PAULO OTERO, que visualiza três funções essenciais da ação popular, todas voltadas à concretização da democracia participativa⁵⁵:

“(a) O entendimento da acção popular como mecanismo de participação dos administrados no controlo da legalidade da actuação administrativa, constitucionalmente configurada como direito de participação política e traduzindo, por isso mesmo, um instrumento da democracia participativa, confere a este direito especial de acesso aos tribunais uma tripla função:

(i) A acção popular transforma cada cidadão e as estruturas da sociedade civil representativas dos interesses em causa em defensores do interesse público e da legalidade administrativa: o actor popular torna-se um verdadeiro substituto funcional do Ministério Público;

(ii) A participação dos administrados não se limita à fase procedimental anterior à decisão administrativa: a acção popular projecta essa participação ao nível da impugnação judicial das decisões administrativas, alargando a legitimidade processual activa muito para além daqueles que são titulares de um interesse directo e pessoal;

(iii) A acção popular deve representar, por tudo isto, um instrumento privilegiado no contexto do Estado de Direito democrático, permitindo a harmonia entre o reforço da participação política dos cidadãos e um maior controlo da legalidade ou uma reforçada fiscalização da actividade administrativa atentatória de interesses gerais da colectividade insusceptíveis de apropriação ou titularidade individual.”

Enfim, concluímos que, ao menos sob a perspectiva da tutela dos interesses coletivos, o sistema português alberga o princípio da democracia participativa, mediante reconhecimento de legitimidade ativa aos cidadãos e grupos de cidadãos (associações e fundações) para a propositura de ação popular. Como veremos, adiante, isso não ocorre no âmbito da jurisdição constitucional perante o Tribunal Constitucional, cujo acesso está reservado aos órgãos de soberania e outras autoridades estatais, não havendo abertura à participação popular no processo de controle de constitucionalidade das leis, sobretudo.

2 - A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL. BARREIRAS AO ACESSO POPULAR AO CONTROLE ABSTRATO.

55 OTERO, Paulo – A ACÇÃO POPULAR: configuração e valor no actual Direito português. In SEMINÁRIO “TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO”, Lisboa, 23 de novembro de 1999 – *Actas*. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1999. p. 872-895.

O presente capítulo visa traçar, ainda que em linhas gerais, as principais características do sistema português de controle de normas, abordando quais modelos foram introduzidos pela Constituição de 1976, se o de origem norte-americana (*judicial review*), se o proveniente do continente europeu (a criação de Cortes Constitucionais), ou mesmo, se ambos.

À luz do princípio democrático, objeto central de nossos estudos, investigar-se-á, mais detidamente, a configuração do regime jurídico do controle abstrato de normas, em ordem a apurar a existência (ou não) de mecanismos de acesso popular à jurisdição constitucional, seja na condição de sujeito com poder de iniciativa, seja como interveniente. Com esse mister, serão percorridos todas as modalidades inseridas no controle abstrato de normas, dado que nessa seara aflora a característica contramajoritária da jurisdição constitucional, cujas decisões possuem efeitos gerais e força vinculante. Vejamos:

2.1. O SISTEMA DE JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ADOTADO EM PORTUGAL.

2.1.1. O modelo de jurisdição constitucional.

A essa altura, convém ingressar no sistema de jurisdição constitucional adotado pela Constituição da República de Portugal de 1976 – CRP 1976. O constituinte português adotou o *modelo da separação* de jurisdição constitucional, destacando um órgão especialmente designado para realizar o papel de garantidor da Constituição, situando-o fora da estrutura institucional do sistema judicial.

Diversamente, como é sabido, o *modelo unitário* confia o sistema de jurisdição constitucional aos órgãos integrantes da estrutura do poder judicial. Nele, o poder judicial é responsável pelo papel de garantidor da Constituição, dispensando a criação de outros órgãos não judiciais para o exercício da jurisdição constitucional.

No regime instaurado pela CRP de 1976, foram concebidos, inicialmente, o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional, a quem cabia a fiscalização abstrata e a fiscalização concreta, respectivamente. Após, com a primeira revisão constitucional de 1982,

foi concebido o Tribunal Constitucional com a missão precípua de exercer a jurisdição constitucional, mediante o controle de constitucionalidade das normas jurídicas no sistema português. O enquadramento institucional, composição, funcionamento e competências do Tribunal Constitucional serão analisados adiante.

Frise-se, por ora, que o sistema jurídico português de controle de constitucionalidade destacou um órgão específico, para além do organograma do poder judicial, para realizar o papel de garantidor da constitucionalidade e legalidade das normas jurídicas, cujas decisões possuem efeitos gerais e vinculantes. O Tribunal Constitucional desempenha importante papel de garantidor dos direitos fundamentais frente aos demais poderes constituídos, cuja atuação é informada pelo princípio maioritário. Como veremos, o sistema português prevê também o controle concreto de normas, pela via incidente, conferindo a competência a todos os juízes.

A imbricação do princípio democrático, informado pelo princípio maioritário, e a necessidade de garantia de direitos fundamentais e do funcionamento da separação de poderes frente ao exercício do poder por parte das maiorias circunstanciais (missão da jurisdição constitucional) será enfrentada em capítulo específico do presente estudo.

Adiante-se, apenas, que o Tribunal Constitucional desenvolve importante papel de preservação do princípio democrático, na medida em que exerce controle de normas jurídicas, evitando a erosão de valores fundamentais da sociedade protegidos na Constituição por parte das maiorias circunstanciais, sobretudo aqueles que informam o próprio funcionamento da democracia: direitos fundamentais, separação de poderes, alternância no exercício do poder e etc⁵⁶.

2.1.2. O rol de normas jurídicas objeto de controle.

Antes de ingressar no estudo dos sistemas de controle de constitucionalidade adotados em Portugal, convém analisar o próprio objeto de controle. Isto é, importante ter em vista o universo de normas que podem suscitar o exercício da jurisdição constitucional.

A dimensão do objeto de controle de constitucionalidade é um traço característico do sistema português. Fala-se em controle de normas jurídicas e não em controle de leis. O

56 NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5825-2, p. 24-25.

constituente português deixou extensas dúvidas que a jurisdição constitucional deve se debruçar sobre todas as normas jurídicas (as quais por definição veiculam princípios estruturantes do sistema ou regras de conduta)⁵⁷ e não apenas sobre os atos normativos primários, a exemplo do sistema brasileiro.

A amplitude do rol de atos que podem provocar o controle de constitucionalidade reforça o propósito de o constituinte atribuir máxima efetividade aos dispositivos e superioridade normativa à Constituição, devendo os comandos normativos constitucionais informar a validade e eficácia de todos os dispositivos que convivem no sistema jurídico, independentemente da estatura normativa (se ato primário ou secundário) ou da forma que se reveste o ato (lei, decreto-lei ou decreto legislativo regional).

2.2. AS MODALIDADES DE FISCALIZAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE.

2.2.1. A fiscalização em concreto.

A doutrina costuma designar o sistema de fiscalização de constitucionalidade, instaurado em Portugal pela CRP de 1976, como do tipo judicial misto. O regime de fiscalização congrega elementos do sistema difuso e concreto do modelo americano de controle de constitucionalidade e componentes do sistema concentrado e abstrato do modelo europeu (austriaco, sobretudo) de fiscalização.

Em Portugal, portanto, todos os órgãos integrantes do poder judicial detêm competência para exercer o controle de constitucionalidade das normas jurídicas desde que o façam em análise de um caso concreto sob julgamento e, consequentemente, cujos efeitos da decisão circunscrevem-se às partes que integram aquela relação processual. O fundamento constitucional do controle concreto reside no artigo 280.º da CRP de 1976.

Em linhas gerais, o sistema de controle difuso, concreto e incidental adotado em Portugal incorporou muitos elementos do modelo norte-americano. Incumbem tanto às partes, como ao órgão julgador de ofício, o poder de suscitar a discussão de constitucionalidade sobre norma jurídica que seja relevante à resolução do conflito sob julgamento.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1005.

A discussão de inconstitucionalidade é veiculada como questão incidente e não como objeto principal da demanda, diz-se que a inconstitucionalidade é debatida pela via da exceção e não da ação. Os efeitos da decisão de inconstitucionalidade circunscrevem-se, primordialmente, às partes do processo.

Há a previsão, entretanto, de recurso ao Tribunal Constitucional contra as decisões de inconstitucionalidade proferidas pelos tribunais. No caso de decisões de acolhimento da inconstitucionalidade (*decisões positivas de inconstitucionalidade*) por parte dos tribunais, faculta-se às partes o manejo de recurso, com objeto restrito à questão de inconstitucionalidade, diretamente ao Tribunal Constitucional, sem exaurimento das vias ordinárias. Na realidade, contra as decisões positivas de inconstitucionalidade, faculta-se à parte recorrer, desde logo, ao Tribunal Constitucional ou aguardar o exaurimento das instâncias ordinárias.

Das decisões de rejeição da inconstitucionalidade (*decisões negativas de inconstitucionalidade*), o regime português restringe a legitimidade à parte que suscitou a inconstitucionalidade e impõe o exaurimento dos recursos pelas instâncias ordinárias para após autorizar o acesso ao Tribunal Constitucional⁵⁸.

Em ambos casos, entretanto, os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional no controle concreto restringem-se às partes do processo onde foi suscitada a inconstitucionalidade (*inter partes*), produzindo caso julgado naquele processo, vinculando os demais Tribunais que venham julgar aquele mesmo processo, não havendo, portanto, o reconhecimento de eficácia contra todos (*erga omnes*)⁵⁹.

Excepcionalmente, o sistema português atribui eficácia geral e vinculante às decisões proferidas em fiscalização de constitucionalidade em concreto. Isso ocorre quando, por três vezes, o Tribunal Constitucional reconhece a inconstitucionalidade ou ilegalidade de uma norma no processo de fiscalização em concreto (art. 281.º/2)⁶⁰.

O procedimento de atribuição de eficácia geral ao controle concentrado inicia-se por iniciativa de qualquer dos juizes do Tribunal Constitucional ou por parte do Ministério Público (art. 82.º da LTC), devendo o reconhecimento de inconstitucionalidade com eficácia geral circunscrever-se à mesma norma jurídica que foi objeto dos três precedentes de

58 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 995-996.

59 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1000-1001.

60 Ibidem. p. 1024-1025.

inconstitucionalidade no caso concreto. Por fim, a decisão de inconstitucionalidade com efeito geral deve ser publicada no Diário da República (art. 119.º/1-f e art. 3.º/1-a da LTC)⁶¹.

A esse processo de atribuição de efeito geral e obrigatório às decisões de inconstitucionalidade no caso concreto a doutrina portuguesa tem denominado de *generalização*, cunhando-o de *processo de generalização*⁶².

2.2.2. A fiscalização em abstrato.

Ao lado da fiscalização em concreto, o direito português prevê o sistema de controle em abstrato de normas jurídicas. No campo da fiscalização em abstrato, o Tribunal Constitucional assume papel fundamental de controle de atos normativos praticados pelo poder político, em ordem a verificar a sua compatibilidade com o enquadramento jurídico-constitucional.

Essa verificação de compatibilidade poder-se-á voltar ao prisma da formalidade de aprovação dos atos normativos, se respeitados os requisitos de competência, poder de iniciativa ou quórum de aprovação dos atos normativos durante o processo legislativo, quando se fala em verificação da constitucionalidade formal daqueles atos. Ela poder-se-á voltar à perspectiva do respeito aos princípios e valores contemplados na Constituição enquanto lei de hierarquia máxima dentro do sistema, quando se perscruta a constitucionalidade material dos atos normativos.

E, por fim, a verificação de constitucionalidade poderá ser guiada pelo prisma da análise do procedimento sob o qual aquele ato objeto de investigação foi aprovado; isto é, se o procedimento observou mecanismos mínimos de conformação democrática, quando se cogita da constitucionalidade procedimental do ato normativo.

O fato é que o procedimento de fiscalização em abstrato de normas expressa uma garantia da constituição. O sistema jurídico português é informado pelo marco do princípio da supremacia da constituição e máxima efetividade de suas normas. As normas constitucionais são concebidas como normas jurídicas e não apenas como comandos programáticos que pretendem informar a atuação do poder constituído. Precisamente, por isso, a inobservância

61 Ibidem, p. 1024-1025.

62 Ibidem, p. 1024.

das normas constitucionais por parte de outros atos normativos de hierarquia inferior reconduz à aplicação de sanções jurídicas a esses últimos, designadamente o reconhecimento de invalidez pela característica da inconstitucionalidade⁶³.

O constituinte português atribuiu a missão de proceder a esse exame de inconstitucionalidade com força de lei e eficácia geral ao Tribunal Constitucional. Como adiantado, a decisão do Tribunal Constitucional na fiscalização abstrata de constitucionalidade possui eficácia geral (*erga omnes*) e força de lei (observância obrigatória) a todos os órgãos do poder constituído, justamente porque expressa o exercício de uma função de garantia do próprio sistema constitucional.

Nesse mister, o TC tem a responsabilidade de zelar pelo efetivo respeito dos princípios, direitos e liberdades constitucionais frente à atuação do poder político circunstancialmente estabelecido. Essa defesa envolve, necessariamente, uma posição contramajoritária da jurisdição constitucional, uma vez que o TC se vê na contingência de ter de reconhecer a invalidez de ato normativo (pelo vício de inconstitucionalidade) cuja aprovação ocorreu na instância democraticamente constituída, com observância do princípio maioritário⁶⁴.

Não se pode perder de vista que a jurisdição constitucional, sobretudo a fiscalização em abstrato da constitucionalidade das normas, é necessária em um estado que se diz de conformação de direito e democrático. A jurisdição constitucional não só assegura o regular funcionamento das instâncias democráticas (respeito às regras de competência, de poder de iniciativa e quórum de aprovação), mas também garante o princípio democrático contra excessos cometidos pelo poder político constituído pela regra da maioria.⁶⁵

A jurisdição constitucional caminha como fiel protetora da Constituição em Estado de Direito Democrático, com o propósito de zelar pela observância de seus princípios estruturantes e seus valores de justiça, mesmo que, para tanto, seja necessário invalidar atos aprovados pela regra da maioria⁶⁶.

A imbricação do princípio democrático e a jurisdição constitucional será objeto de análise detida em capítulo específico desse estudo.

63 NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5825-2. p. 30.

64 Ibidem. p. 28.

65 NOVAIS, Jorge Reis – **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5825-2. p. 24-25.

66 Ibidem. p. 24-25.

Importante, por ora, despertar o interesse pela reflexão acerca da existência (ou não) de mecanismos de participação popular no bojo da jurisdição constitucional, sobretudo no controle abstrato de normas.

Vale dizer, enquanto instância contramajoritária, a jurisdição constitucional portuguesa está munida de instrumental idôneo a possibilitar o influxo do princípio democrático, sob a vertente da democracia participativa?

Noutras palavras, o procedimento para reconhecimento de inconstitucionalidade está aberto ao poder de iniciativa de instâncias populares (sociedade civil) e não necessariamente pelo sistema representativo (autoridades públicas)? Esse é o problema central desse estudo, cujo desenvolvimento demandará a análise não só das imbricações do princípio democrático com a jurisdição constitucional, mas também a análise do procedimento para declaração de inconstitucionalidade com efeito geral.

Antes de avançarmos para análise do procedimento de declaração de inconstitucionalidade propriamente dito, convém abordar, ainda que com brevidade, as principais modalidades de fiscalização em abstrato no sistema português. São elas: a fiscalização preventiva, a sucessiva e a de inconstitucionalidade por omissão.

2.2.2.a. A fiscalização preventiva.

No âmbito do sistema de controle abstrato, o sistema português prevê não só a fiscalização sucessiva de normas (cujo objeto são normas em vigor), mas também a fiscalização preventiva de determinada categoria de normas jurídicas, isto é, fiscalização incidente sobre normas que ainda estão em fase de produção legislativa, as quais não detêm eficácia jurídica propriamente.

A competência para instaurar o processo de fiscalização preventiva é do Tribunal Constitucional (art. 278.º/1), cuja decisão "não pode consistir na *anulação* de normas, mas sim numa pronúncia sobre a inconstitucionalidade de *decretos* (normas imperfeitas) conducente, em termos mediatos, a uma *proposta de veto* ou de *reabertura do processo legislativo*"⁶⁷.

67 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1026.

O primeiro recorte que o constituinte português realizou, relativamente ao controle sucessivo, foi circunscrever a fiscalização preventiva a um universo mais restrito de normas jurídicas, delimitando o seu objeto às normas jurídicas dependentes de promulgação ou assinatura por parte do Presidente da República ou por parte dos Ministros da República para as Regiões autónomas.

Entre essas normas imperfeitas sujeitas ao controle preventivo, citam-se: a) os tratados submetidos ao Presidente da República para ratificação (art. 278.º/1 da CRP); b) decretos enviados ao Presidente da República para serem promulgados como lei ou decreto-lei (art. 278.º/1 da CRP), c) decretos de aprovação de acordos internacionais enviados ao Presidente da República para assinatura (art. 278.º/1 da CRP) e d) decretos legislativos regionais ou decretos regulamentares de lei da República que tenham sido enviados aos Ministros da República para assinatura (art. 278.º/2 da CRP)⁶⁸.

Outra restrição do regime jurídico da fiscalização preventiva diz respeito ao estreito rol de legitimados a provocar a atuação do Tribunal Constitucional. O controle preventivo poderá ser instaurado por iniciativa apenas do Presidente da República e dos Ministros da República para as regiões autónomas (art. 278.º/1 e 2 da CRP), além do Primeiro-Ministro e 1/5 dos deputados da Assembleia da República quando se tratar de decretos destinados a serem aprovados como lei orgânica (art. 278.º/4 da CRP).

Note-se que o controle de ilegalidade encontra-se fora do âmbito da fiscalização preventiva, sobretudo pelo propósito de reconhecimento de inconstitucionalidade das normas ditas imperfeitas, impedindo-as de entrar em vigor.

Em linhas gerais, após a declaração de inconstitucionalidade pela via preventiva, cabe ao Presidente da República ou aos Ministros da República para as Regiões Autónomas vetar o diploma dito como inconstitucional e remeter (*reenvio*) à Assembleia da República, Governo ou, conforme o caso, para as Assembleias das Regiões Autónomas (art. 279.º da CRP e art. 61.º da LTC). Em breves palavras, a doutrina reporta que o regime constitucional não é muito líquido acerca das hipóteses em que o veto daquelas autoridades poderá ser superado mediante *expurgação* da norma considerada constitucional ou mediante *confirmação* do decreto por dois terços dos deputados presentes⁶⁹.

68 Ibidem, p. 1027.

69 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1029.

2.2.2.b. A fiscalização sucessiva.

A fiscalização sucessiva dispensa maiores digressões neste tópico, porque ao estudo de seu procedimento retornaremos em item específico, merecendo destaque apenas a amplitude do rol de normas jurídicas suscetíveis de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional, distinguindo-a do controle preventivo.

Como a fiscalização sucessiva está dirigida a normas jurídicas que estejam em vigor, os efeitos da decisão do Tribunal Constitucional volta-se ao reconhecimento da invalidade da norma pelo vício da inconstitucionalidade.

A doutrina costuma referir que a fiscalização sucessiva é menos política do que a preventiva, porque esta "dada a imediatez entre a aprovação dos diplomas e a sua fiscalização pelo TC, corre o risco de se transformar em meio ou de legitimar diplomas inconstitucionais de duvidosa constitucionalidade, ou, em sentido oposto, num instrumento de obstrução às iniciativas legislativas do governo e do parlamento."⁷⁰

Os contornos do procedimento de fiscalização abstrata sucessiva serão analisados detidamente, mais adiante, quando abordaremos o procedimento previsto pela Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional, designadamente Lei n.º 28/82.

2.2.2.c. A fiscalização de inconstitucionalidade por omissão.

Ao lado da inconstitucionalidade por normas que violem a Constituição, o sistema português reconhece a inconstitucionalidade pela ausência de norma que dê plena concretude aos preceitos constitucionais.

Fala-se aqui em inconstitucionalidade pela *omissão legislativa*, pela infração ao dever especial de legislar por parte do Legislador. Esse dever é dito *especial*, porque não se confunde ao *dever geral* de legislar, jungindo-se, pelo contrário, a um comando constitucional que impõe concretamente o dever de legislar para atribuir concretude à Constituição.

Para fins de reconhecimento da *omissão legislativa inconstitucional*, não basta a verificação de simples incumprimento do dever de legislar. A fiscalização de

⁷⁰ Ibidem. p. 1026.

inconstitucionalidade por omissão volta-se a relacionar a existência de um comando constitucional com *imposição concreta do dever de legislar e a ausência da adoção de medidas legislativas concretizadoras* por parte do órgão com competência no quadro da separação de poderes: o legislador. A omissão do legislador, portanto, apresenta-se como comportamento obstrutivo da efetividade das normas constitucionais.

Por conta dessa natureza relacional, a doutrina pontua que o conceito de omissão legislativa inconstitucional não é naturalístico⁷¹, como que se conduzisse a uma verificação de *simples não fazer*, um *conceito de negação*: ausência de medida legislativa. É fundamental ter em vista de um lado o comando constitucional que *impõe concretamente* o dever específico de legislar e de outro a ausência de medida legislativa concretizadora da norma constitucional.

Embora se trate de um *dever jurídico-constitucional* de legislar para concretizar norma constitucional, não se reconhece necessariamente um correspondente direito fundamental à legislação. A doutrina aponta que essa incongruência reflete "as insuficiências resultantes da redução do Estado de direito democrático 'aos processos' e instrumentos típicos dos ordenamentos liberais"⁷².

Noutras palavras, a Constituição deixou de prever instrumentos processuais coerentes com a formatação de Estado de Direito Democrático, onde prevalece a normatividade e efetividade das normas constitucionais. Assim, seria razoável prever instrumentos que assegurassem o cumprimento de um *direito fundamental* à legislação, em ordem a combater a omissão inconstitucional.

CANOTILHO, nessa linha, desperta a atenção para a necessidade de se criar instrumentos processuais que autorizem o pleno exercício da cidadania perante a jurisdição constitucional, tais como ações populares, direito de iniciativa legislativa popular, petições coletivas e etc.). Ele defende que tais medidas reforçariam o implemento da democracia participativa na República portuguesa⁷³.

Registre-se o estreito rol de legitimados para formular o pedido de inconstitucionalidade por omissão. A CRP de 1976 atribuiu legitimidade apenas ao Presidente da República e ao Provedor de Justiça para manejar a ação de inconstitucionalidade por omissão, estendendo-a aos presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas

71 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1033.

72 Ibidem. p. 1036.

73 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 1037.

quando tiver por fundamento a violação de direitos daquelas regiões (art. 283.º/1).

Por fim, reduzem-se os efeitos da decisão que reconhece a inconstitucionalidade *por omissão* à declaração de inconstitucionalidade *por omissão* e comunicação ao órgão competente para adoção da medida legislativa faltante (art. 283.º/2).

2.2.2.d. A fiscalização de ilegalidade.

Cite-se, brevemente, apenas para completar a referência aos mecanismos do sistema de fiscalização abstrata, o procedimento de fiscalização da ilegalidade. Não alongaremos a análise do instituto porque refoge ao objeto da presente investigação: a fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Merece registro apenas que o controle de ilegalidade constitui inovação do sistema português no âmbito da jurisdição constitucional. O objeto da fiscalização da ilegalidade resume-se à verificação de respeito: a) às leis de valor reforçado⁷⁴ por parte de normas constantes a atos legislativos; b) ao estatuto das regiões autónomas e às leis gerais da República por parte de normas constantes de diploma regional (decreto legislativo regional, decreto regulamentar regional e etc); c) aos direitos das regiões autónomas consagrados no respectivo estatuto por parte de normas constantes em diplomas expedidos por órgãos de soberania (leis, decretos-leis) (art. 281.º/1/b, c e d da CRP).

2.3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.

2.3.1. O organograma do Poder Jurisdicional.

A doutrina veicula alguns conceitos ditos operatórios, os quais facilitam a compreensão da organização e funcionamento dos tribunais em Portugal. O conceito operativo preambular remete ao termo *poder jurisdicional*, o qual remete à ideia de conjunto de magistrados aos quais é atribuída a função jurisdicional, sejam eles magistrados ordinários,

⁷⁴ O conceito de lei de valor reforçado é apresentado pela própria CRP, em cujo artigo 112.º/3, prescreve que: "têm valor reforçado, além das leis orgânicas, as leis que carecem de aprovação por maioria de dois terços, bem como aquelas que, por força da Constituição, sejam pressuposto normativo necessário de outras leis ou que por outras devam ser respeitadas."

administrativos, fiscais ou constitucionais⁷⁵.

Outro conceito operatório fundamental é o de *poder judiciário*, de índole mais restrita do que o âmbito do conceito de *poder jurisdicional*, em ordem a abranger apenas os tribunais que exercem a chamada jurisdição ordinária, com competência para julgamento dos feitos em geral, distinguindo-se da jurisdição especialmente designada para o julgamento de determinada categoria de matérias, tais como a jurisdição administrativa (matérias jurídico-administrativas) e a jurisdição constitucional (matérias jurídico-constitucionais). Logo, percebe-se que o Tribunal Constitucional integra o *poder jurisdicional*, mas não necessariamente é considerado como órgão do *poder judiciário*⁷⁶.

Conceito fundamental para divisar os tribunais de outros órgãos de soberania reconhecidos pela CRP de 1976 é o de *jurisdição*. Isso porque o regime jurídico-constitucional português atribui, com exclusividade, aos tribunais o exercício da *função jurisdicional*, retirando-a definitivamente do âmbito de atuação dos demais órgãos constitucionais de soberania (Título V da CRP)⁷⁷. Assim, a doutrina conceitua *jurisdição* como "a actividade exercida por juízes e destinada à revelação, à extrinsecação e aplicação do *direito* num caso concreto".⁷⁸

Desse modo, observa-se que o constituinte português distribuiu o exercício da função *jurisdicional* a uma determinada categoria de órgão constitucional de soberania, qual seja: o tribunal. O constituinte reservou também o espaço de atuação da *jurisdição ordinária* ao *poder judiciário* e previu a atuação de tribunais em matérias específicas, tais como o Tribunal Administrativo, Tribunal Fiscal e Tribunal Constitucional.

Em arremate, pode-se resumir a estruturação orgânica do poder jurisdicional em Portugal nos seguintes termos: a) numa posição especial, mas fora do poder judiciário, situa-se o Tribunal Constitucional, com competência para dirimir conflitos de índole jurídico-constitucional (art. 221.º da CRP); b) na sequência, figuram os tribunais que compõem a magistratura ordinária, isto é, o poder judiciário, que é estruturado em relação de hierarquia pelo Supremo Tribunal de Justiça, seguido pelos tribunais de 2ª instância e pelos tribunais de 1ª instância (arts. 209.º e 210.º da CRP); c) os tribunais administrativos e fiscais e o Supremo Tribunal Administrativo, competentes para apreciar questões de índole jurídico-

75 CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 660-661.

76 Ibidem. p. 661.

77 Ibidem. p. 657.

78 Ibidem. p. 661.

administrativas (art. 212.º/3 da CRP); d) o Tribunal de Contas, a quem foi atribuída a competência para dar parecer sobre a Conta Geral do Estado, fiscalizar a legalidade as despesas públicas (art. 209.º/1/c e 214.º/1); por fim, os tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz (art. 209.º/2)⁷⁹.

Feito esse breve panorama sobre a estrutura orgânica do poder jurisdicional em Portugal, convém convergirmos o foco de análise sobre o tribunal objeto de nossa investigação, designadamente o Tribunal Constitucional, em ordem a verificarmos o seu enquadramento institucional, as suas competências, modo de composição e funções.

2.3.2. O enquadramento institucional do Tribunal Constitucional.

A CRP reconhece expressamente a natureza jurídica de tribunal ao Tribunal Constitucional – TC em seu artigo 221.º, atribuindo-lhe a função jurisdicional nas questões de natureza jurídico-constitucional. Desde logo, podemos verificar que o TC é órgão constitucional de soberania, porque lhe foi atribuída a função jurisdicional, situando-se, todavia, fora do poder judiciário, por conta da especial natureza de suas funções.

Frise-se, entretanto, que a doutrina adverte que essa natureza de órgão de soberania dever ser contextualizada enquanto o TC faz parte integrante dos demais tribunais como um conjunto, aos quais é reconhecida a natureza de órgão de soberania (art. 110.º/1), ou então contextualizada na perspectiva de se considerar cada um dos tribunais como órgãos de soberania (art. 202.º).⁸⁰

Assim, o fato de a CRP ter-lhe dedicado especial autonomia em face dos demais tribunais não reconduz necessariamente que a sua natureza jurídica de órgão de soberania esteja apartada de sua contextualização com os demais tribunais.

A Constituição de 1976, com as alterações introduzidas pela LC n.º 1/82, de 30 de setembro (lei constitucional que criou o TC), destacou especial relevância para a conformação do TC no quadro organizatório institucional do Estado de Direito Democrático, dedicando-lhe um título específico (Título VI) da constituição para a disciplina de sua composição, modo de nomeação de juízes, estatuto dos juízes e competências.

79 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 677.

80 CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 678.

Apenas a título de referência histórica, o texto primitivo da Constituição de 1976 previa dois órgãos responsáveis pela fiscalização de constitucionalidade em Portugal: o Conselho da Revolução e a Comissão Constitucional. Cabia ao Conselho da Revolução exercer a competência de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, enquanto a Comissão Constitucional desempenhava a jurisdição, em grau de recurso, no controle difuso e concreto de constitucionalidade⁸¹.

Note-se que ambos organismos de controle de constitucionalidade possuíam composição eminentemente militar e sofriam forte influência política no exercício de suas funções. A convivência desses dos órgãos militares de controle de constitucionalidade vigorou entre o período de 1976 até a revisão constitucional de 1982⁸².

Com a revisão de 1982, criou-se, efetivamente, em Portugal, um sistema jurisdicional de controle de constitucionalidade e legalidade de normas jurídicas, com o propósito de assegurar a máxima efetividade da Constituição, distribuindo a jurisdição constitucional a todos os tribunais (controle concreto e difuso) e ao Tribunal Constitucional (controle abstrato e concentrado, além da corporificar a última instância daquele)⁸³.

Na realidade, a revisão constitucional de 1982 operou a sucessão do Conselho da Revolução e da Comissão Constitucional pelo Tribunal Constitucional, ao qual foram transferidas cumulativamente as atribuições do controle abstrato de normas e, em grau de recurso, as do controle concreto.

2.3.3. Composição e nomeação dos juízes constitucionais.

Verifica-se que o Tribunal Constitucional é composto por treze juízes, dos quais dez são designados pela Assembleia da República e três cooptados pelos dez juízes eleitos pela Assembleia da República (art. 222.º/1.)⁸⁴. A CRP estabelece requisitos subjetivos que devem ser observados no processo de escolha dos juízes do TC, determinando que seis deles, indicados pela Assembleia da República ou cooptados, sejam necessariamente provenientes de juízes de outros tribunais. Os sete juízes restantes devem necessariamente ser escolhidos

81 MORAIS, Carlos Blanco de – **JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. TOMO I. GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 978-972-32-1438-3. p. 325-326.

82 Ibidem. p. 327.

83 Ibidem. p. 328.

84 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

entre juristas (art. 222.º/2.)⁸⁵.

A CRP estabelece também limite temporal para a investidura dos juízes do Tribunal Constitucional, fixando um mandato de nove anos e vedando a renovação. A doutrina mais abalizada sugere que essa limitação temporal se justifica porque apenas um órgão de soberania, a Assembleia da República, participa do processo de eleição dos juízes constitucionais, excluindo do processo o Presidente da República e tribunais. Notadamente, porque a Assembleia da República também possui legitimidade democrática limitada no tempo e sujeita a constantes renovações⁸⁶.

Exige-se, dada a importância das funções jurídico-políticas do Tribunal Constitucional, quórum qualificado para eleição de seus membros por parte da Assembleia da República. A Assembleia da República deve funcionar em pleno e cuja aprovação do nome depende de quórum dois terços dos Deputados presentes desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efetividade de funções (art. 163.º/h da CRP)⁸⁷.

A CRP prevê, ainda, o regime de prerrogativas institucionais dos juízes do Tribunal Constitucional, atribuindo-lhes as garantias da independência, inamovibilidade, imparcialidade e irresponsabilidade, remetendo-os ao mesmo regime de incompatibilidades dos restantes dos juízes dos tribunais (art. 222.º/5 da CRP).

2.3.4. A competência.

Tema de especial interesse ao presente estudo remete à competência do Tribunal Constitucional. O regime jurídico das competências do Tribunal Constitucional encontra-se especialmente na própria CRP (art. 223.º/1. e 2.), além da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional – LTC Lei n.º 28/82, por força da norma de remissão do art. 223.º/3.).

Note-se que, além da competência para exercer a jurisdição constitucional propriamente dita, são atribuídas outras funções ao Tribunal Constitucional: a) o exercício de jurisdição eleitoral (julgar, em última instância, a regularidade e a validade dos atos de

⁸⁵ Ibidem.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5. p. 683.

⁸⁷ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

processo eleitoral e verificar a morte e declarar a incapacidade dos candidatos a Presidente da República – alíneas *c* e *d* do n.º 2 do art. 223.º da CRP)⁸⁸; b) atividades certificatórias de natureza político-institucional (verificar a perda do cargo de Presidente da República, verificar a sua morte, declarar a sua impossibilidade física e os impedimentos temporários ao exercício do mandato – alíneas *b* e *a* do n.º 2 do art. 223.º da CRP); c) competência para reprimir organizações contrárias à ordem constitucional (declarar a extinção de organização que tenha por objeto a ideologia fascista – n.º 1 do art. 104.º da LTC); e, por fim, d) competências exercidas na qualidade de jurisdição em matéria político-partidária (verificar a legalidade de constituição de partidos políticos, bem como ordenar a respectiva extinção – alínea *c* do n.º 2 do art. 223.º da CRP)⁸⁹.

Parte da doutrina designa esse agigantamento das competências dos Tribunais Constitucionais, agregando funções diversas do controle de constitucionalidade, de processo de "engrandecimento" das competências, justificando-o na necessidade de delegar funções cujo exercício exigem extrema neutralidade a órgão com estatuto de independência⁹⁰.

Entretanto, a competência primordial do Tribunal Constitucional diz respeito ao controle jurisdicional de constitucionalidade e legalidade de normas jurídicas, no qual desempenha importante papel de garantidor da Constituição e do próprio regime democrático.

Aquela porque assegura a superioridade e efetividade de suas normas jurídicas, fulminando de invalidez eventuais normas inferiores que estejam em confronto seja pelo aspecto formal ou material. E esse porque o Tribunal Constitucional assegura o respeito aos direitos e garantias fundamentais plasmados pelo constituinte frente ao poder político circunstancialmente constituído, evitando a erosão de princípios de justiça frente ao princípio da maioria.

Convém ingressar, a essa altura do estudo, no exame do procedimento de fiscalização abstrata de constitucionalidade, previsto pela Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional – LTC. Isso porque o objeto central do trabalho busca perquirir a existência (ou não) de mecanismos de acesso popular ao TC, sobretudo tendentes a provocar a instauração do processo de fiscalização de constitucionalidade (poder de iniciativa a organismos não estatais) ou, ao menos, possibilitar o exercício do direito de participação no

88 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

89 MORAIS, Carlos Blanco de – **JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. TOMO I. GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 978-972-32-1438-3. p. 336-337.

90 Ibidem. p. 335.

debate constitucional (figura do *amicus curiae*, a realização de *audiência pública*) em ordem a concretizar o princípio da democracia participativa.

Portanto, analisaremos, a seguir, o rito previsto na LTC para o processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

2.4. O PROCEDIMENTO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA SUCESSIVA DE CONSTITUCIONALIDADE NA LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – LTC (Lei n.º 28/82).

2.4.1. Aspectos gerais.

A Lei n.º 28/82⁹¹, e suas sucessivas alterações, conhecida como Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional, designada pela sigla LTC, disciplina elementos estatutários e funcionais da corte (composição, método de eleição dos juízes, serviços auxiliares e etc.) e normatiza o rito de todos os processos de competência do tribunal, sejam os de interesse da jurisdição constitucional, sejam os de interesse de outras matérias (eleitorais, entre outras).

Entre os processos de controle de constitucionalidade, restringir-se-á a análise do rito previsto pela LTC para a *fiscalização abstrata sucessiva* de constitucionalidade e legalidade, porque é o rito com maior interesse ao objeto do presente estudo, sobretudo a análise do rol de legitimados ao pedido de inconstitucionalidade frente ao princípio da democracia participativa.

O artigo 51.º da LTC inaugura seção com disposições comuns aos processos de fiscalização em abstrato, aplicáveis ao método preventivo e sucessivo (por ação ou omissão). Fixa-se a regra de que o pedido de inconstitucionalidade deve ser dirigido ao presidente do Tribunal, a quem compete exercer juízo prévio de admissibilidade (n.ºs 1 e 2). Havendo a necessidade de complementar o pedido, o requerente será notificado a emendá-lo, sob pena de não ser admitido (n.º 3). A decisão de admissibilidade pelo presidente não prejudica a possibilidade de o Tribunal posteriormente rejeitá-la em definitivo (n.º 4). Já o art. 53.º

91 Lei do Tribunal Constitucional: lei n.º 28/82, de 15 de novembro. [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=423&nversao=&tabela=leis

autoriza a desistência do pedido apenas quando se tratar de fiscalização preventiva.

Nesse momento preambular do rito, a LTC adotou dois princípios basilares do processo de fiscalização de constitucionalidade, quais sejam: o princípio da individualização da norma objeto de controle (n.º 1 do art. 50.º) e o princípio da correlação entre o pedido e a sentença (n.º 5 do art. 50.º). Enquanto aquele impõe ao requerente a adequada individualização da norma objeto de controle e respectiva fundamentação, este prescreve que o Tribunal está adstrito ao exame da inconstitucionalidade *apenas* da(s) norma(s) objeto do pedido e não outra, ainda que o fundamento da inconstitucionalidade/ilegalidade reconhecido pelo Tribunal seja diverso.

Superada a fase da admissibilidade, a LTC prescreve a necessidade de audição do autor da norma impugnada, fixando o prazo para manifestação em 30 (trinta) dias, reduzindo-o a 03 (três) dias se tratar de fiscalização preventiva (art. 54.º). As disposições gerais encerram-se com a disciplina de forma de realização de notificações por parte do Tribunal (art. 55.º) e acerca do regime de contagem de prazos processuais (art. 56.º).

O regime próprio da fiscalização abstrata sucessiva inicia-se no art. 62.º da LTC, que prescreve que os pedidos de inconstitucionalidade desta natureza podem ser apresentados a todo tempo.

Instruído os autos, após a apresentação de informações por parte do órgão autor da norma objeto do pedido ou exaurido o prazo para tanto, a LTC prevê a distribuição de cópias do processo a todos juízes, as quais serão acompanhadas de um memorando onde o presidente do Tribunal fixará as questões prévias e de fundo a que o TC deverá se manifestar⁹².

Após quinze dias, pelo menos, da entrega do memorando aos juízes, o Tribunal debaterá os seus termos e fixará o seu entendimento sobre os pontos preliminares e de mérito do pedido de inconstitucionalidade ou ilegalidade. A LTC denomina essa fase procedimental de fase de *debate preliminar*. Encerrado o *debate preliminar*, o processo é distribuído a um relator que será designado por sorteio ou, se o Tribunal decidir, pelo presidente.

Na sequência, o rito da LTC prevê que, uma vez distribuído o processo, caberá ao relator, no prazo de quarenta dias, elaborar um projeto de acórdão que estejam em harmonia com a orientação adotada pelo Tribunal. Elaborado o projeto de acórdão, caberá à secretaria do Tribunal distribuir cópias do projeto a todos os juízes e levar o processo concluso ao

92 PORTUGAL. Lei do Tribunal Constitucional: lei n.º 28/82, de 15 de novembro. [Em linha]. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=423&nversao=&tabela=leis

presidente, a quem incumbirá inscrevê-lo em tabela na sessão do Tribunal que se realize decorridos quinze dias, pelo menos, desde a distribuição das cópias (Art. 65.º/1 a 4 da Lei n.º 28/82)⁹³. A essa fase a LTC denomina de fase de *formação da decisão*.

Por fim, em outros dispositivos, a LTC prevê disposições ancilares ao processamento do pedido de inconstitucionalidade, dispondo sobre o poder instrutório do relator, do presidente ou do próprio Tribunal ao prescrever que eles "podem requisitar a quaisquer órgãos ou entidades os elementos que julguem necessários ou convenientes para a apreciação do pedido e a decisão do processo" (art. 64.º-A); além de estabelecer dispositivos que regulam eventual ocorrência de múltiplos pedidos de inconstitucionalidade sobre a mesma norma, buscando otimizar o processamento de um único feito (art. 64.º)⁹⁴.

Note-se que a LTC, na disciplina da fiscalização abstrata sucessiva, não prevê um único dispositivo de abertura do procedimento à participação de outros atores processuais que não aqueles legitimados ao pedido. Não há previsão de intervenção de terceiros, tais como a figura do *amicus curiae*, ou mesmo a possibilidade de realização de audiências públicas, a juízo do relator, a depender da natureza da questão levada ao julgamento.

O rito revela-se expedito, sem a previsão de fases processuais de debates, tampouco a abertura expressa à participação de *amicus curiae* e a realização de audiência pública. Veremos adiante, em capítulo próprio, que o Tribunal Constitucional tem se valido dos poderes instrutórios dos juízes constitucionais, atribuídos pelo art. 64 da LTC, para convocar a atuação de *amicus curiae*, cuja *práxis* tem se restringido à convocação do Ministério Público, contudo. Não há, como veremos, atuação de *amicus curiae* por parte de entidade representativa da sociedade civil.

Adiante, problematizaremos a necessidade de abertura procedimental do controle de normas português, como manifestação concreta do princípio da democracia participativa, além de contribuir para o cumprimento da tarefa constitucional da República portuguesa de “incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais” (art. 9.º/c da CRP de 1976)⁹⁵.

A seguir, observaremos outro elemento fundamental do rito da fiscalização abstrata, ainda que num momento pré-processual: a legitimidade ativa. Voltaremos à

93 Ibidem.

94 Ibidem.

95 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

problemática central do trabalho para analisarmos se *o rol de legitimados* a formular o pedido de inconstitucionalidade encontra-se em harmonia com a conformação democrática da República Portuguesa, sobretudo com aquela tarefa, revelada há pouco, de assegurar a participação popular na *resolução dos problemas nacionais*.

2.4.2. O estreito rol de entidades e autoridades com o poder de iniciativa.

Para avançarmos na análise do rol de legitimados, devemos transportar nossas reflexões ao âmbito da normatividade constitucional. Como se trata de regular uma forma de acesso ao poder político constituído (leia-se Tribunal Constitucional), a própria Constituição de 1976 regulou, em seu artigo 281.º/2, o rol de entidades com poder de iniciativa para formular, em sede de controle abstrato, o pedido de inconstitucionalidade ou ilegalidade perante a jurisdição constitucional.

Pela importância do dispositivo para este estudo e para fins de ilustração, reproduzimo-lo na íntegra⁹⁶:

"Artigo 281.º

(Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

(...)

2. Podem requerer ao Tribunal Constitucional a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, com força obrigatória geral:

- a) O Presidente da República;
- b) O Presidente da Assembleia da República;
- c) O Primeiro-Ministro;
- d) O Provedor de Justiça;
- e) O Procurador-Geral da República;
- f) Um décimo dos Deputados à Assembleia da República;
- g) Os Representantes da República, as Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes das Assembleias Legislativas das regiões autónomas, os presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembleia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autónomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto."

Como se vê, o Constituinte de 1976 restringiu o acesso à jurisdição constitucional

96 Ibidem.

apenas a entidades que integram o próprio poder constituído. As alíneas *a* a *e* consagram a legitimidade ativa de autoridades que representam órgãos de soberania da República: a) o Presidente da República; b) o Presidente da Assembleia da República; c) o Primeiro-Ministro; d) o Provedor de Justiça e e) O Procurador-Geral da República. Todos, em maior ou menor expressão, representam a maioria parlamentar e integram órgãos regidos pelo princípio da representatividade⁹⁷.

Mais adiante, as alíneas *f* e *g* fazem concessão às minorias parlamentares, autorizando o pedido de inconstitucionalidade ao grupo de *um décimo* dos Deputados à Assembleia da República e ao grupo de *um décimo* dos Deputados à Assembleia Legislativa da respectiva Região Autónoma (neste caso quando se tratar de violação de direito da região ou quando contrariar norma de seu estatuto).

Num e noutro caso, observa-se que a legitimidade ativa foi reservada a entidades que, em alguma medida, integram o Poder Público. O constituinte de 1976 anulou a possibilidade de grupos organizados da sociedade civil (associações de classe, organizações de defesa dos direitos dos consumidores e etc.) participar do processo de controle abstrato de constitucionalidade.

Embora haja concessão aos grupos minoritários no parlamento, a legitimidade ativa para formulação do pedido não se estende a organismos situados fora do Poder Público, os quais também representam a sociedade civil. O comando constitucional que erigiu o princípio da democracia participativa como um dos objetivos da República portuguesa sugere a abertura do rito do controle de constitucionalidade a entidades não estatais (art. 2.º da CRP).

Em mais um dispositivo, o constituinte de 1976 realçou a importância da democracia participativa na República portuguesa. A Constituição é explícita ao prescrever como tarefa fundamental do Estado "defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais" (art. 9.º/c)⁹⁸, revelando que o exercício da plena democracia não se resume ao âmbito de atuação dos órgãos de representação política, mas designadamente pela efetiva *participação dos cidadãos* na resolução dos problemas nacionais.

As questões constitucionais levadas ao Tribunal Constitucional são, seguramente,

97 O Procurador-Geral da República expressa a vontade da maioria porque sua nomeação e exoneração ocorre por ato do Presidente da República, eleito por maioria de votos (Arts. 126.º/1 e 133.º/m da CRP de 1976). Já a nomeação do Provedor de Justiça pela Assembleia da República expressa temperamento à regra da maioria, porque exige quórum qualificado de votação para eleição do nome (art. 162.º/h da CRP de 1976).

98 PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Marc. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

problemas nacionais, de cuja solução a cidadania está alijada.

Nesse particular, nota-se que a 1ª Revisão Constitucional procurou aproximar o sistema português de controle de normas dos valores do Estado de Direito Democrático, mediante, entre outras medidas, a substituição do Conselho da Revolução (órgão militar) pelo Tribunal Constitucional. A cidadania, entretanto, viu-se excluída do acesso ao novo órgão de controle de normas, pouco alterando o quadro de legitimados que vigia durante as atividades do extinto Conselho da Revolução.

Vejam-se os termos da redação original do art. 281.º da CRP de 1976⁹⁹:

“Artigo 281.º

(Declaração de inconstitucionalidade)

1. O Conselho da Revolução aprecia e declara, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade de quaisquer normas, precedendo solicitação do Presidente da República, do Presidente da Assembleia da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República ou, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 229.º, das assembleias das regiões autónomas.”

Observa-se, portanto, que, no período anterior à 1ª Revisão Constitucional (1976-1982), no qual a jurisdição constitucional era reservada a órgãos de composição militar (Conselho da Revolução e Comissão Constitucional), o rol de legitimados à propositura da ação de fiscalização abstrata era substancialmente o mesmo do atual, restrito a autoridades públicas e órgãos de representação da maioria partidária. A mudança mais significativa operada pela 1ª Revisão Constitucional foi reconhecer a legitimidade aos grupos minoritários no Parlamento (alíneas *f* e *g* da redação atual do art. 281.º).

O constituinte reformador da 1ª Revisão buscou superar o anacronismo daqueles órgãos militares, reminiscências do período ditatorial, mediante a substituição pelo Tribunal Constitucional, mas descuidou de ampliar o poder de iniciativa para atender aos reclamos de participação popular no seio de um Estado de Direito Democrático. Entidades representativas da sociedade civil ficaram fora do jogo democrático perante o Tribunal Constitucional.

As questões de inconstitucionalidade, não há dúvida, inserem-se entre aquelas com conotação de *problemas nacionais*, recomendando a adoção de medidas que estimulem a participação popular no processo de resolução. A questão de inconstitucionalidade ganha

99 Constituições Portuguesas In CONGRESSO “Constituição da Europa, Constituições da Europa Europeísmo e Nacionalismo na História Constitucional Europeia – Lisboa, 14 a 17 de julho de 1992. Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições, 1992. ISBN 972-556-112-0. p. 454-455.

conotação de *problema nacional*, sobretudo porque é de interesse de todos que a Constituição seja observada e respeitada pelos poderes públicos.

A efetividade das normas constitucionais e a instauração da jurisdição constitucional não pode ser reservada à iniciativa das autoridades públicas circunstancialmente estabelecidas no poder político. A imperatividade e supremacia normativa da Constituição interessa a todos no Estado de Direito Democrático, sejam autoridades públicas, sejam os próprios cidadãos.

Fato é que o atual regime jurídico do sistema de fiscalização de constitucionalidade português desconhece a participação direta de cidadãos ou, ao menos, de organismos representativos não estatais. A problemática envolvendo a conveniência e consequências de adotar regime que autorize todos os cidadãos (legitimidade universal) ou de regime que amplie o rol de legitimados para abranger organismos não estatais será desenvolvida com maior profundidade em capítulo específico do presente estudo.

Por enquanto, fica o registro de que ao cidadão, seja individualmente, seja por meio de associações e outros grupos, não é autorizado formular pedido de fiscalização abstrata de constitucionalidade ou legalidade no sistema português.

3 – A DEMOCRACIA E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO DIREITO COMPARADO.

3.1. GENERALIDADES.

Neste capítulo, ingressaremos na análise do Direito Comparado acerca das imbricações do princípio democrático e a jurisdição constitucional. É fundamental ampliarmos o horizonte de pesquisa para além do ordenamento jurídico português, porque a experiência estrangeira pode despertar o interesse pela adoção de novas práticas, com vista ao aprimoramento do sistema interno de controle de normas.

A diversidade de regimes jurídicos sobre o tema, justificada pelas peculiaridades regionais, seja pelo aspecto cultural, social, seja pela matriz jurídica a que pertence cada sistema jurídico, é um convite ao intérprete ao aprofundamento da reflexão sobre a

completude (ou não) do sistema interno de controle de normas aos olhos dos princípios que informam o respectivo ordenamento jurídico.

Vale dizer, a configuração da jurisdição constitucional e os respectivos meios procedimentais atendem ao princípio democrático nos moldes delineados pela Constituição?

Os principais ordenamentos jurídicos que inscreveram em sua Constituição o princípio democrático serão examinados sob a perspectiva da influência da democracia sobre a formatação da jurisdição constitucional, sobretudo a existência (ou não) de mecanismo de acesso popular ao Tribunal Constitucional, ou outro órgão com competência para aquele mister.

Esse fustigante caminho será trilhado à luz das experiências latino-americanas, europeia e também sob os auspícios dos sistemas supra-nacionais de controle de normas, designadamente os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (europeu, americano e africano) e o mecanismo comunitário europeu.

3.2. A EXPERIÊNCIA LATINO-AMERICANA.

3.2.1. O Brasil.

A experiência brasileira acerca do controle jurisdicional de constitucionalidade inicia-se no período republicano (1891). A Constituição do Império de 1824 não previu mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, sendo introduzidos no sistema brasileiro com a Constituição de 1891. A Constituição Republicana de 1891, fortemente influenciada pelo modelo americano, previu expressamente a possibilidade de as Justiças da União e dos Estados procederem ao controle de constitucionalidade das normas, sob a modalidade incidental e concreta, apenas (arts. 59 e 60)¹⁰⁰.

Durante boa parte do período Republicano, o sistema incidental e difuso de controle de constitucionalidade dominou a configuração da jurisdição constitucional brasileira. Apenas em 1965, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 16 ao texto da Constituição de 1946 (art. 101, I, *k*), agregou-se ao sistema de controle de constitucionalidade

100 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 62.

o modelo principal e concentrado, atribuindo-se ao Supremo Tribunal Federal a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato federal pela via principal, em abstrato, com efeito geral, mediante apreciação de ação genérica de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República¹⁰¹.

Desde então, o sistema brasileiro de controle judicial de constitucionalidade de normas apresenta configuração eclética, conjugando elementos do sistema americano (com a previsão de controle incidental, pela via difusa e com efeitos entre as partes) e componentes do sistema continental europeu (com a previsão de ação direta de inconstitucionalidade, pela via direta, principal, concentrada e com efeito geral, perante um Tribunal específico).

Com o advento da Constituição brasileira em vigor em 1988, houve substanciais inovações no sistema de controle judicial de constitucionalidade, embora mantida a natureza híbrida do sistema (concentrado/direto e difuso/incidental). O Constituinte de 1988 ampliou o número de ações diretas de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal, passando a prever a ação declaratória de constitucionalidade, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental, cujos contornos gerais veremos abaixo.

Além disso, outra inovação que tem sido atribuída pela doutrina como a responsável pela ampliação do exercício da jurisdição constitucional no Brasil diz respeito à ampliação do rol de legitimados ativos à propositura das ações de controle direto e concentrado. O Constituinte de 1988 encerrou o monopólio que era atribuído ao Procurador-Geral da República, reconhecendo legitimidade ativa a outras entidades representativas do sistema majoritário, tais como o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e das Assembleias Legislativas, o Governador do Estado; além de entidades que se encontram fora da esfera do Poder Público, tais como o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a Confederação Sindical e Entidade de Classe de âmbito nacional¹⁰².

Essa ampliação do rol de legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade e suas nuances serão abordadas no último capítulo do presente estudo, onde se pretende transportar para o sistema português a experiência brasileira de abertura procedimental aos influxos da participação da sociedade civil no processo de controle de

¹⁰¹ Ibidem, p. 63.

¹⁰² BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 66.

constitucionalidade, sobretudo mediante o reconhecimento da legitimidade ativa a entidades que não integram o Poder Público. Lá também serão abordados outros métodos de abertura procedimental, os quais contribuem para a pluralidade do debate sobre as questões constitucionais, traduzindo mecanismos de concretização da democracia participativa perante a Corte Constitucional, designadamente as figuras do *Amicus Curiae* e a realização de Audiências Públicas.

Para os fins de conhecimento global do sistema brasileiro, convém, por ora, analisarmos as características dos principais mecanismos de controle principal e concentrado de normas perante o Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988 previu basicamente as seguintes ações: a) ação direta de inconstitucionalidade (genérica – art. 102, I, a); b) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2.º); c) ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a); d) ação direta interventiva (art. 36, III) e e) arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1.º).

Pois bem. As ações diretas de inconstitucionalidade tem uma característica comum de traduzirem processos objetivos, onde não se fala de tutela de posições jurídicas subjetivas, mas na defesa da supremacia e autoridade da própria Constituição. Assim, não há que se falar em lide ou conflito de interesses propriamente ditos, não convindo transportar acriticamente figuras do direito processual para essa seara. Apenas sob a perspectiva formal pode-se falar em partes e legitimidade para tais ações. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem optado por se referir às figuras do sujeito ativo e passivo como requerente e requerido para designar o autor do pedido de inconstitucionalidade e ao órgão responsável pela norma, respectivamente¹⁰³.

Ação direta de inconstitucionalidade, denominada de ação genérica, tem por objeto declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que conflite com a Constituição, nos termos do seu art. 102, I, a). Como dito, a principal inovação do regime de 1988 foi ampliar o rol de legitimados à propositura da ação direta, reconhecendo a legitimidade a outras entidades que não apenas o Procurador-Geral da República, ampliando o horizonte de atuação da jurisdição constitucional brasileira. Isso porque, no regime anterior à Constituição de 1988, o Procurador-Geral da República exercia cargo de confiança do Presidente da República, podendo ser demitido *ad nutum*, o que restringia a sua atuação às

103 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 159.

questões constitucionais que não causassem embaraços ao Poder Executivo¹⁰⁴. A ampliação do rol de legitimados tornou mais plural o debate sobre a constitucionalidade das leis, portanto.

Como mecanismo de controle concentrado e abstrato de normas, os efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, adotada pelo Supremo Tribunal Federal, são gerais e com força de lei, operando-se a retirada da norma do sistema jurídico (atuação como legislador negativo).

Além dos órgãos e autoridades legitimados à ação direta, outros personagens atuam durante o processo de controle de constitucionalidade, destacando-se a figura do Advogado-Geral da União (a quem cabe promover a defesa de todo ato normativo impugnado) e o Procurador-Geral da República (a quem cabe emitir parecer sobre a constitucionalidade das normas, independente de ser ou não o autor da ação).

Outra peculiaridade do sistema brasileiro diz respeito à previsão de figura processual semelhante ao *amicus curiae* do direito norte-americano como interveniente no processo de controle de constitucionalidade. A Lei n.º 9.868, de 11 de outubro de 1999, previu a possibilidade de determinados órgãos ou entidades manifestarem acerca da matéria constitucional posta sob julgamento, mediante apresentação de memórias escritos ou sustentação oral. A admissão da entidade como interveniente está sujeita à decisão discricionária do relator do processo que ponderará a relevância da matéria discutida e a representatividade do postulante¹⁰⁵.

A seu turno, a ação direta de *constitucionalidade* não foi prevista pelo texto original da Constituição de 1988. A Emenda Constitucional n.º 3, de 17 de março de 1993, incluiu no sistema brasileiro ação direta que não encontra correspondente no direito comparado, porque justamente visa à declaração da *constitucionalidade* da norma, ratificando a presunção de constitucionalidade característica de todos os atos do Poder Público. A ação declaratória possui, contudo, âmbito mais restrito do que a ação de inconstitucionalidade, possibilitando o controle de normas federais, excluindo as normas estaduais.

Por conta disso, exige-se como requisito de admissibilidade que o autor da ação declaratória de constitucionalidade comprove *relevante controvérsia acerca da aplicação da lei* ou do ato normativo por parte dos órgãos do Poder Judiciário. Assim, é fundamental que haja fundada controvérsia sobre a validade da lei ou do ato normativo, apresentando-se

¹⁰⁴ Ibidem, p. 160.

¹⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 170.

divergência jurisprudencial acerca de sua constitucionalidade, apresentando decisões, no controle difuso, ora pela constitucionalidade e ora pela inconstitucionalidade. Controvérsia doutrinária sobre a aplicação da norma não justifica a propositura de ação declaratória, portanto. A atuação da Corte Constitucional, no caso da ação declaratória de constitucionalidade, visa a assegurar segurança jurídica e estabilidade na aplicação da norma¹⁰⁶.

Inicialmente, os legitimados à propositura da ação declaratória estavam restritos ao Presidente da República, à Mesa do Senado, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República, traduzindo-se em mecanismo de atuação de órgãos estatais, instrumento de governo de não da sociedade. Entretanto, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, ampliou-se o rol de legitimados para a ação declaratória, igualando-os aos mesmos da ação direta de inconstitucionalidade¹⁰⁷.

Como o objeto da ação declaratória é cancelar a presunção de constitucionalidade da norma sobre a qual haja fundada controvérsia, não faz sentido a intervenção do Advogado-Geral da União, que atuaria em favor da mesma presunção de constitucionalidade. Do mesmo modo, não faz sentido a intimação do órgão prolator da norma para prestar informações, porque o objeto da ação é justamente o reconhecimento da constitucionalidade. Entretanto, a atuação do Procurador-Geral da República, como *custos legis*, permanece imperativa¹⁰⁸.

Em relação aos efeitos, a decisão de constitucionalidade possui efeito geral e vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário, bem como, em relação aos órgãos da Administração Pública federal, estadual e municipal.

O sistema brasileiro prevê, também, mecanismo de combate à mora legislativa. Isso ocorre quando a inação do poder legislativo competente para edição da norma torna inexecutável um dispositivo constitucional, de modo que se caracteriza essa ausência de norma como *inconstitucionalidade por omissão*.

São legitimados à propositura da ação de inconstitucionalidade por omissão as mesmas autoridades e órgãos legitimados para a propositura da ação de inconstitucionalidade por ação (art. 103), não havendo distinção por parte do constituinte quanto ao objeto: se se

106 LEAL, Saul Tourinho – **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010. ISBN 978-85-7626-394-4. p. 240.

107 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 232.

108 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 234.

trata de ato que viola a Constituição ou da falta de ato que também viola a Constituição, porque a torna inexecutável. Em breves palavras, o que justificou a criação da ação de inconstitucionalidade por omissão foi a necessidade de zelar pela supremacia da Constituição, cuja autoridade pode ser desrespeitada por comportamentos omissivos, inclusive.

Quanto aos efeitos, a ação de inconstitucionalidade por omissão diferencia-se quanto à natureza do órgão a quem é imputada a inconstitucionalidade por omissão. Quando se tratar de órgão legislativo, o reconhecimento da omissão inconstitucional se presta apenas a comunicar e constituir em mora o Poder Legislativo, sem poder coercitivo, traduzindo-se em medida de cunho meramente político. Entretanto, quando a omissão for imputada a órgão administrativo, o próprio texto constitucional prescreve que, uma vez cientificado, o órgão administrativo terá o prazo de trinta dias para editar a norma, revelando sua natureza mandamental (art. 103, § 2.º).

Por fim, merecem registro dois mecanismos especiais do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade pela via concentrada e abstrata, quais sejam: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e a Ação Direta Interventiva – ADI.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental constitui instrumento a salvaguardar os ditos preceitos fundamentais decorrentes da Constituição brasileira contra ameaça de lesão ou lesão por parte de atos do Poder Público (art. 102, § 1.º da CRFB/88). O objeto da ADPF é mais abrangente do que o das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (por ação ou omissão) e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, pois abrange não só o direito federal e estadual, mas também o direito municipal e o direito pré-constitucional, além de atos que não detêm conteúdo normativo (atos do Poder Público).

A conformação legal do instituto da ADPF foi veiculado pela Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999¹⁰⁹, cujo artigo 1.º, § único, inciso I, prescreve que, além do questionamento a atos do Poder Público, caberá a arguição de descumprimento de preceito fundamental "quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". Assim, percebe-se que a ADPF alargou o campo de atuação da jurisdição constitucional para alcançar a legislação municipal e os atos anteriores à própria Constituição.

Por outro lado, percebe-se que o paradigma de controle pela via da ADPF é restrito a um universo determinado de normas na Constituição: os denominados preceitos

109 Lei n.º 9.882/99, de 03 de dezembro. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm

constitucionais fundamentais. Não é qualquer norma constitucional que enseja a propositura da ADPF, portanto. Apesar de não haver definição legal (Lei n.º 9.882/99) ou mesmo constitucional do que se entende por "preceito fundamental", a doutrina brasileira chegou a relativo consenso acerca de quais normas estariam abrangidas pelo conceito de "preceito fundamental", identificando-os com as normas que prescrevem: os fundamentos da República, os objetivos do Estado, os direitos e garantias fundamentais, as cláusulas pétreas que impedem a reforma constitucional e os princípios constitucionais sensíveis, cuja violação enseja a ADI Interventiva, como veremos adiante¹¹⁰.

Note-se que a demonstração de ameaça de lesão ou mesmo lesão ao preceito fundamental constitui pressuposto de admissibilidade de cabimento da ADPF, ao lado da regra de subsidiariedade da medida, que fora prevista pela Lei n.º 9.882/99. O pressuposto da subsidiariedade aproxima a ADPF de institutos correlatos no direito comparado, como o recurso de amparo do direito espanhol e do recurso constitucional do direito alemão¹¹¹.

Entretanto, a doutrina brasileira adverte que a correta interpretação desse requisito deve temporizar a exigência de prévio esgotamento dos demais mecanismos no complexo sistema brasileiro, sob pena de inviabilizar o instituto, porque sempre haverá, em tese, algum instrumento idôneo a salvaguarda da questão constitucional. Dessa forma, o melhor entendimento pontua que a análise da subsidiariedade da ADPF deve ocorrer em relação aos demais mecanismos de controle concentrado e objetivo (ADI e ADC). Portanto, estará preenchido o requisito da subsidiariedade quando a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade não forem suficientes para assegurar a proteção à Constituição¹¹².

A Lei n.º 9.882/99 previu duas espécies de ADPF. A ADPF autônoma que é proposta independentemente de um caso concreto e a ADPF incidental, cuja relevância da discussão constitucional surge no âmbito de um processo subjetivo, mas deve ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Ambas espécies de ADPF (autônoma e incidental) constituem mecanismos de controle concentrado e abstrato e devem ser propostas perante a Corte Constitucional. Note-se que, em ambas, a exemplo dos demais mecanismos de controle concentrado, os efeitos da decisão são gerais e vinculantes ao Poder Público, em todas as suas

110 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 279.

111 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 285.

112 Ibidem. p. 288.

esferas¹¹³.

Em relação à legitimidade ativa, a Lei n.º 9.882/99, após o veto presidencial, tolheu a participação popular na propositura da ADPF, cujo exercício poderia ocorrer sobretudo na modalidade incidental a partir de um processo subjetivo. O veto presidencial ao art. 2.º, inciso II, retirou a possibilidade de *qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público* propor a ADPF, reconhecendo a legitimidade ativa apenas aos mesmos atores legitimados à propositura da ADI e ADC, nos termos do art. 2.º, inciso I, da mesma lei.

As razões do veto deixam extrema de dúvidas de que o acesso individual e irrestrito a ADPF poderia provocar o acréscimo descontrolado de demandas perante o Supremo Tribunal Federal, prejudicando a funcionalidade da Corte Constitucional. Vejamô-las na íntegra¹¹⁴:

"Inciso II do art. 2o

Art. 2o.....

.....

II - qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público.

....."

Razões do veto

A disposição insere um mecanismo de acesso direto, irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal sob a alegação de descumprimento de preceito fundamental por "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público". A admissão de um acesso individual e irrestrito é incompatível com o controle concentrado de legitimidade dos atos estatais – modalidade em que se insere o instituto regulado pelo projeto de lei sob exame. A inexistência de qualquer requisito específico a ser ostentado pelo proponente da arguição e a generalidade do objeto da impugnação fazem presumir a elevação excessiva do número de feitos a reclamar apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, sem a correlata exigência de relevância social e consistência jurídica das arguições propostas. Dúvida não há de que a viabilidade funcional do Supremo Tribunal Federal consubstancia um objetivo ou princípio implícito da ordem constitucional, para cuja máxima eficácia devem zelar os demais poderes e as normas infraconstitucionais. De resto, o amplo rol de entes legitimados para a promoção do controle abstrato de normas inscrito no art. 103 da Constituição Federal assegura a veiculação e a seleção qualificada das questões constitucionais de maior relevância e consistência, atuando como verdadeiros agentes de representação social e de assistência à cidadania. Cabe igualmente ao Procurador-Geral da República, em sua função precípua de Advogado da Constituição, a formalização das questões constitucionais carentes de decisão e socialmente relevantes. Afigura-se correto supor, portanto, que a existência de uma pluralidade de entes social e juridicamente legitimados para a promoção de controle de constitucionalidade – sem prejuízo do acesso individual ao controle difuso – torna desnecessário e pouco eficiente admitir-se o excesso de feitos a processar e julgar certamente decorrentes de um acesso irrestrito e individual ao Supremo Tribunal Federal. Na medida em que se multiplicam os feitos a examinar sem que se assegure sua relevância e transcendência social, o comprometimento

113 Ibidem, p. 276-277.

114 MENSAGEM DE VETO. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/Mensagem_Veto/1999/Mv1807-99.htm

adicional da capacidade funcional do Supremo Tribunal Federal constitui inequívoca ofensa ao interesse público. Impõe-se, portanto, seja vetada a disposição em comento."

O veto presidencial retirou a possibilidade de acesso popular à ADPF, afastando-a, portanto, de suas congêneres no direito espanhol (recurso de amparo) e no direito alemão (recurso constitucional). Resta, portanto, aos cidadãos, diante de uma ameaça de lesão ou lesão aos preceitos fundamentais, o direito de petição perante os legitimados aos mecanismos de controle concentrado e abstrato (ADI e ADC), em ordem a representá-los pela propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante a Corte Constitucional.

Por fim, outro mecanismo especial de controle concentrado de constitucionalidade refere-se à Ação Direta Interventiva. Ela foi o primeiro mecanismo de controle concentrado do direito brasileiro, prevista inicialmente pela Constituição de 1934. A Ação Direta Interventiva relaciona-se a hipótese específica em que o ordenamento constitucional autoriza a intervenção da União em Estado-membro da federação (intervenção federal), com vista a zelar pelo respeito aos princípios constitucionais sensíveis, tais como a forma republicana, o sistema representativo, o regime democrático, os direitos da pessoa humana, a autonomia municipal, entre outros (art. 34, VII, da CRFB/88)¹¹⁵.

Pela gravidade da intervenção federal, porque cerceia a autonomia do Estado-membro, ela deve ser adotada como medida excepcional. A Ação Direta Interventiva comporta-se como pressuposto da intervenção federal nas hipóteses de violação aos princípios constitucionais sensíveis por parte do Estado-membro. Cabe ao Supremo Tribunal Federal, portanto, apenas decidir se do conflito federativo entre União e Estado resulta a violação daqueles princípios constitucionais. A execução efetiva da medida reserva-se ao juízo de conveniência do chefe do Poder Executivo¹¹⁶.

Assim, o deferimento da Ação Direta Interventiva visa à resolução de conflito federativo entre União e Estado-membro, não tendo o condão de retirar do sistema o ato dito como inconstitucional¹¹⁷. Após a procedência da Ação Direta Interventiva, caberá ao chefe do Poder Executivo federal deliberar sobre a efetiva execução da medida e deliberação sobre o alcance e tempo das medidas da intervenção federal. O único legitimado a propor a Ação Direta Interventiva é o Procurador-Geral da República (art. 36, III, da CRFB/88).

115 BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5. p. 317/318.

116 Ibidem. p. 322.

117 Ibidem. p. 326.

Bem se vê que, pela excepcionalidade da medida e por envolver conflito entre entidades da federação brasileira, não faria sentido algum o reconhecimento de legitimidade ativa aos cidadãos, mesmo porque a Ação Direta Interventiva instaura processo de apuração *in concreto* de (in)constitucionalidade de ato do Estado-membro, impossibilitando o reconhecimento da invalidade da norma com efeitos gerais, a despeito de se tratar de mecanismo de controle concentrado perante a Corte Constitucional.

3.2.2. O México.

Tradicionalmente, o sistema de controle de constitucionalidade no México situou o *Amparo* como principal mecanismo de defesa da Constituição. Tendo como referencial jurídico-constitucional a conhecida Constituição mexicana de 1917, percebe-se que o seu texto originalmente previu apenas o pedido de *Amparo* (arts. 103 e 107) como instrumento para tutelar os direitos e garantias individuais contra atos inconstitucionais do Poder Público, inexistindo, por longo período (até a reforma de 1995), a previsão de ação de inconstitucionalidade com efeito geral.

No vértice do sistema constitucional mexicano, encontra-se o princípio democrático como elemento estruturante do sistema político, reconhecendo expressamente ao *pueblo* a fonte do poder político e reconduzindo toda ação pública ao benefício do titular do poder, a quem cabe o direito inalienável de alterar a forma de governo a qualquer tempo. Vejamos o texto dos artigos 39 e 40¹¹⁸ da Constituição mexicana, os quais encerram os contornos democráticos daquele sistema político:

"TÍTULO SEGUNDO

Capítulo I

DE LA SOBERANÍA NACIONAL Y DE LA FORMA DE GOBIERNO

Art. 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Art. 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

¹¹⁸NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume III**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 712 p. ISBN 978-85-7631-234-5. p. 454.

O *Amparo* encontra disciplina constitucional nos artigos 103 e 107 da Constituição de 1917, os quais imprimem as suas principais características, entre outras, como ação voltada à defesa de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos contra atos do Poder Público, devendo ser proposto pela parte prejudicada, restringindo os seus efeitos ao caso concreto.

Característica fundamental do *Amparo* é a sua natureza subsidiária, isto é, exige-se o prévio exaurimento de todos os mecanismos previstos pelo ordenamento jurídico antes de sua propositura, traduzindo instrumento de *ultima ratio*. Vejamos os termos daqueles artigos da Constituição Mexicana¹¹⁹:

"Art. 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales.

II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por leyes o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Art. 107. Todas las controversias de que habla el Artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley, de acuerdo a las bases siguientes:

I. El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;

II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de esta Constitución."

Como vimos, o instituto do *Amparo* traduz-se mais numa espécie de garantia individual do cidadão contra os atos do Poder Público violadores aos seus direitos fundamentais do que efetivo mecanismo de garantia do respeito à supremacia da Constituição. Isso porque, a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma depende da provocação de um particular que tenha sua esfera jurídica violada por ação do Poder Público e cujos efeitos se encontram restritos ao caso concreto, não aproveitando aos demais cidadãos.

A doutrina costuma justificar essa ausência de mecanismos de controle de constitucionalidade com efeito geral no México ao receio de o Constituinte de 1917 provocar abalo na separação de poderes, com o risco de o Poder Judiciário passar a promover sua

119 Ibidem, p. 506 e 510.

atuação influenciado por propósitos políticos. Por isso, por muito tempo, até a reforma de 1995, previu-se apenas o *Amparo* como remédio de efeitos restritos ao caso concreto e perante a esfera jurídica do proponente, permanecendo válido perante terceiros a norma ou ato reconhecidos inconstitucionais¹²⁰.

Com o amadurecimento do sistema mexicano e após forte crítica da doutrina, houve a instituição de mecanismo de controle de constitucionalidade com efeito geral, mediante previsão da ação de inconstitucionalidade pela reforma de 1995.

A Emenda Constitucional de 1995 alterou a redação do artigo 105¹²¹ da Constituição mexicana, que veicula o atual regime jurídico do controle abstrato de constitucionalidade. Interessa-nos o art. 105, inciso II, que prevê expressamente a ação de declaração de inconstitucionalidade, cujos termos atribuem à Suprema Corte de Justiça da Nação a competência para processar "las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución."

Nota-se que a ação de inconstitucionalidade pode ter por objeto qualquer espécie de norma jurídica, seja ela de âmbito nacional, regional ou local. Não se exige também a referência a um caso concreto a ensejar a instauração do controle de constitucionalidade, o que revela a sua essência abstrata e caráter geral.

Peculiaridade do sistema mexicano é a previsão de prazo máximo para propositura da ação de inconstitucionalidade. O art. 105, II, parte final¹²², estipula o prazo de trinta dias desde a publicação da norma como requisito de procedibilidade da ação de inconstitucionalidade, nos seguintes termos: "Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma (...)".

A doutrina critica severamente esse dispositivo da reforma de 1995, porque previu restrição temporal ao manejo da ação de inconstitucionalidade, autorizando a permanência de normas inconstitucionais no sistema pelo simples decurso do prazo. Assim, passados os trinta dias desde a publicação da norma tida como inconstitucional, restaria apenas o recurso ao

120 DIAS, Maria Rita Rebello Pinho – O controle de constitucionalidade no México – breve histórico e contornos atuais. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. V, p. 249-290.

121 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume III**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 712 p. ISBN 978-85-7631-234-5. p. 508.

122 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume III**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 712 p. ISBN 978-85-7631-234-5. p. 508.

juízo de amparo, com as suas conhecidas limitações, seja pela necessidade verificação em caso concreto, seja pela limitação de efeitos entre as partes da demanda judicial¹²³.

Digno de nota é o dispositivo da Constituição mexicana que regulamenta a legitimidade ativa para propositura da ação de inconstitucionalidade, cujo rol de entidades restringe-se a representantes da esfera pública, excluindo a participação direta do povo. Vejamos as alíneas do item II do artigo 105¹²⁴:

"Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- a) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión;
- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- d) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de alguno de los órganos legislativos estatales, en contra de leyes expedidas por el propio órgano, y
- e) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, en contra de leyes expedidas por la propia Asamblea.
- f) Los partidos políticos con registro ante el Instituto Federal Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro estatal, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro.
- g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal."

Como se vê, o sistema mexicano de controle de constitucionalidade excluiu a possibilidade de participação popular no controle abstrato de normas, restringindo-o a representantes da esfera pública, mormente autoridades do Estado. Curiosamente, o sistema de controle iniciou sua trajetória reservando ao cidadão o protagonismo no exercício de remédios jurídicos para correção da inconstitucionalidade, ainda que com base em demanda concreta e limitando os efeitos às partes da ação de amparo.

123 DIAS, Maria Rita Rebello Pinho – O controle de constitucionalidade no México – breve histórico e contornos atuais. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. V, p. 249-290.

124 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume III**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 712 p. ISBN 978-85-7631-234-5. p. 508-509.

Entretanto, a despeito de a Constituição de 1917 eleger entre os seus princípios reitores o "democrático", percebe-se comportamento refratário à possibilidade de o povo provocar diretamente o exercício da jurisdição constitucional, encontrando-se alijado da legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade com efeitos gerais, como vimos.

A reforma de 1995 não avançou nesse campo de ampliar a participação popular no controle de constitucionalidade, criando uma disfuncionalidade no sistema com a previsão de prazo para propositura da ação com efeito geral. Isso porque, ao invés de reforçar o sistema de garantia da Constituição, ampliando o universo de ações e legitimados, estendendo à participação popular, ela criou injustificável limitação temporal e gerou situação em que o *amparo* continuará sendo o principal mecanismo de controle.

3.2.3. O Peru.

A exemplo de outros países latino-americanos, o Peru experimentou intensa convulsão institucional no século XX, prejudicando o amadurecimento das instituições democráticas, em especial a consolidação de uma Justiça Constitucional efetiva. O histórico de rupturas constitucionais contribuiu para a demora no surgimento de mecanismos de proteção da Constituição, sendo o Peru o último país do continente a implantar um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade, fato ocorrido apenas com a Constituição de 1979¹²⁵.

Sem delongas, o texto constitucional que interessa ao nosso estudo é o atualmente vigente, consubstanciado na Constituição de 1993, aprovada sob o regime ditatorial de Alberto Fujimori. Curiosamente, Fujimori aceitou ao poder de forma democrática, mediante eleição em 1990, mas comandou golpe de Estado em 1992, mediante dissolução do Congresso e aprovação de uma Constituição em 1993. Embora submetida à aprovação popular mediante o referendo, a doutrina guarda extremas reservas ao conteúdo democrático da Constituição de 1993, porque são apontadas fraudes naquele procedimento de consulta popular¹²⁶.

O artigo 43 da Constituição de 1993 deixa extrema de dúvidas que, ao menos sob

125 LOUREIRO, Caio de Souza – Democracia e justiça constitucional no Peru. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. VI, p. 293-314.

126 Ibidem. p. 293-314.

a perspectiva formal, a República do Peru traduz-se num Estado democrático, social e independente. Como não poderia ser diferente, a Constituição reconduz a origem do poder político ao povo, que o exerce nos termos da Constituição e das Leis (art. 45.º).

Interessante notar que, mesmo aprovada sob o jugo do regime Fujimorista, a Constituição de 1993 previu expressamente o princípio da supremacia da Constituição frente às demais normas jurídicas, cujo art. 138.^{o127}, § 1º prescreve que: "en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.". Note-se que, além do princípio da supremacia constitucional, o dispositivo abre espaço para o reconhecimento do controle difuso, no qual "en todo proceso" os juízes devem referir a aplicação da norma constitucional no caso de conflito normativo.

O Peru conta, em seu arcabouço institucional, com a presença de um Tribunal Constitucional, a quem compete, em única instância, processar a ação de inconstitucionalidade (art. 202.º, 1). Peculiaridade do sistema peruano, entretanto, diz respeito ao alargamento das entidades legitimadas a propor a ação de inconstitucionalidade, abrangendo entes que estão fora da esfera pública.

O art. 203.º traz o rol de legitimados a propor a ação de inconstitucionalidade. Vejamos¹²⁸:

"Artículo 203º. Están facultados para interponer acción de inconstitucionalidad:

1. El Presidente de la República.
2. El Fiscal de la Nación.
3. El Defensor del Pueblo.
4. El veinticinco por ciento del número legal de congresistas.
5. Cinco mil ciudadanos con firmas comprobadas por el Jurado Nacional de Elecciones. Si la norma es una ordenanza municipal, está facultado para impugnarla el uno por ciento de los ciudadanos del respectivo ámbito territorial, siempre que este porcentaje no exceda del número de firmas anteriormente señalado.
6. Los presidentes de Región con acuerdo del Consejo de Coordinación Regional, o los alcaldes provinciales con acuerdo de su Concejo, en materias de su competencia.
7. Los colegios profesionales, en materias de su especialidad."

127 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume II.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 588p. ISBN 978-85-7631-233-8. p. 282.

128 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume II.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 588p. ISBN 978-85-7631-233-8. p. 301-302.

Como se vê, os itens 5 e 7 do art. 203.º criaram a possibilidade de participação popular perante a Justiça Constitucional. O reconhecimento de legitimidade ativa aos cidadãos (ainda que em quórum elevado: cinco mil eleitores no caso de norma de âmbito nacional ou regional) e aos conselhos profissionais (enquanto representantes da sociedade civil) sinaliza para abertura do procedimento de controle jurisdicional de constitucionalidade ao influxo da participação popular.

Não podemos deixar de reconhecer que, mesmo gestada no âmbito de um regime ditatorial, a Constituição de 1993 adotou postura favorável à participação popular na Justiça Constitucional, criando mecanismo de aproximação entre o poder político, exercido pelos magistrados, e o povo.

Passemos, agora, ao estudo de outro país que também sofre pelo histórico de instabilidade política e apresenta dificuldades na consolidação da democracia: a Venezuela.

3.2.4. A Venezuela.

Como é sabido, a história constitucional venezuelana é pródiga em sucessivos golpes políticos e rupturas institucionais, os quais impulsionaram a aprovação de inúmeras constituições (1819, 1830, 1864, 1881, 1904, 1909, 1914, 1922, 1925, 1928, 1929, 1931, 1936, 1947, 1953, 1961 e 1999) desde aquela que sucedeu a declaração de independência perante a Espanha em 1811¹²⁹.

A convulsão política experimentada pela Venezuela entre os séculos XIX e XX não prejudicou o reconhecimento da importância que os seus textos constitucionais trouxeram para a disciplina e enriquecimento da garantia jurisdicional da Constituição, porque congregaram elementos democráticos em torno da composição e funcionamento da Justiça Constitucional.

Como referência de nosso estudo, analisaremos os elementos democráticos estipulados pela atual Constituição Venezuelana, aprovada em 1999. A Constituição de 1999 almejou, desde o seu preâmbulo, a criação de uma República Bolivariana voltada à constituição de uma sociedade democrática, participativa e protagonista, dando especial

129 PEDRA, Anderson Sant'Ana – A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. VII, p. 319-362.

atenção aos direitos de liberdade, igualdade, não discriminação, aos direitos humanos, à proteção de bens ambientais, entre outros.

O constituinte de 1999 não deixa dúvidas de que o princípio democrático figura entre aqueles fundamentais de organização da República Bolivariana da Venezuela. Os artigos 2º e 3º configuram o Estado Venezuelano com o cariz democrático e social de Direito, impondo-lhe deveres de respeito aos direitos fundamentais e promoção de políticas de bem estar social. Vejamos¹³⁰:

"Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y, en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Artículo 3. El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

La educación y el trabajo son los procesos fundamentales para alcanzar dichos fines."

Entretanto, especial destaque merece o artigo 5º¹³¹ da Constituição de 1999, que prescreve a forma em que o regime democrático será exercido pelo povo venezuelano. Diversamente do que ocorre nos principais regimes democráticos de viés representativo, o constituinte venezuelano alterou a topografia textual dos mecanismos de democracia participativa, arrolando-os primeiramente à tradicional cláusula representativa de que o "poder é exercido por intermédio de representantes eleitos". Vejamos:

"Artículo 5. La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.

Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos."

Esse deslocamento espacial da cláusula de que o "povo exercer o poder diretamente nos termos da Constituição e das leis" antes do tradicional mecanismo de democracia representativa é eloquente. Enfatiza o propósito de incentivar a adoção de

130 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume II.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 588p. ISBN 978-85-7631-233-8. p. 468.

131 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume II.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 588p. ISBN 978-85-7631-233-8. p. 469.

mecanismos de participação popular no poder político, sobretudo na configuração do próprio sistema de controle de constitucionalidade.

O sistema de controle de constitucionalidade na Venezuela pode ser considerado do tipo misto. Ele congrega o controle difuso e concreto de constitucionalidade, por forte influência do direito estadunidense desde a primeira Constituição de 1811, cabendo a todos os juízes zelar pela autoridade da Constituição nos casos em que tiverem de decidir, podendo recusar a aplicação de normas tidas como inconstitucionais.

O sistema venezuelano conhece também a figura da ação de *amparo*, como mecanismo de proteção dos cidadãos frente aos atos do Poder Público que violarem os seus interesses e direitos de índole constitucional (art. 27¹³²). Trata-se de importante mecanismo de proteção dos cidadãos contra o abuso do Poder Público.

Entretanto, o elemento democrático que mais desperta interesse aos estudiosos situa-se na composição e funcionamento da Justiça Constitucional em sede de controle concentrado e abstrato: a previsão de ação popular de inconstitucionalidade.

A Constituição de 1999 atribuiu a uma câmara ou setor específico do Tribunal Supremo de Justiça – TSJ a competência para o controle concentrado e abstrato de normas, isto é, a Sala Constitucional. A Sala Constitucional detém a última palavra em termos de interpretação dos princípios e normas constitucionais, cujos entendimentos são vinculantes em relação às demais salas do TSJ (Sala Plena, Político-Administrativa, Eleitoral, de Cassação Civil, de Cassação Penal de Cassação Social – art. 262¹³³) e aos demais Tribunais da República Venezuelana (art. 335¹³⁴).

Como visto, a peculiaridade do sistema venezuelano de controle abstrato de normas é a previsão de ação popular de inconstitucionalidade. O artigo 336¹³⁵ veicula a competência da Sala Constitucional do TSJ de exercer o controle concentrado de

132 **Artículo 27.** Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales. La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona; y el detenido o detenida será puesto o puesta bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna.

133 **Artículo 262.** El Tribunal Supremo de Justicia funcionará en Sala Plena y en las Salas Constitucional, Politicoadministrativa, Electoral, de Casación Civil, de Casación Penal y de Casación Social, cuyas integraciones y competencias serán determinadas por su ley orgánica.

134 **Artículo 335.** El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

135 NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume II.** Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 588p. ISBN 978-85-7631-233-8. p. 573.

constitucionalidade das normas, deixando de arrolar um rol dos entes legitimados à propositura da ação de inconstitucionalidade, revelando a natureza universal do mecanismo. Isto é, o regime venezuelano adotou o reconhecimento de legitimidade universal para provocar o controle de constitucionalidade. Vejamos:

"Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.
2. Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estatales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.
3. Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.
4. Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.
5. Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de los tratados internacionales suscritos por la República, antes de su ratificación.
6. Revisar en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.
7. Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.
8. Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer.
9. Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.
10. Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.
11. Las demás que establezcan esta Constitución y la ley."

A Lei Orgânica do Tribunal Supremo de Justiça – TSJ foi mais explícita ao prever a possibilidade de ação popular de inconstitucionalidade. O artigo 21, § 9.º, da Lei Orgânica do TSJ é vazado nos seguintes termos¹³⁶:

"Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los

¹³⁶ Lei Orgânica do Supremo Tribunal de Justiça da Venezuela. [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_44_sp.pdf.

órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando éste afecte un interés general."

Embora o dispositivo pareça transparecer que a ação popular depende de verificação do interesse concreto do proponente, a doutrina anuncia que o próprio TSJ construiu jurisprudência no sentido de suavizar a interpretação acerca do termo "afectada en sus derechos o intereses por una ley...", em ordem a reafirmar que a ação popular volta-se efetivamente à defesa objetiva da supremacia e autoridade da Constituição Venezuelana¹³⁷.

Embora não se desconheça críticas ao instituto da ação popular frente ao controle concentrado, sobretudo o risco de congestionamento das atividades do Tribunal Constitucional, não se pode deixar de reconhecer que a legitimação universal nas ações de inconstitucionalidade constitui importante elemento democrático de aproximação entre o povo e a Justiça Constitucional.

Os riscos de ações temerárias e entorses ao funcionamento do Tribunal poderão ser contornados mediante adoção de rigorosos requisitos de admissibilidade, tais como relevância da demanda, pertinência temática (no caso de demandas propostas por pessoas coletivas) e etc.

Outro elemento democrático destacado pela doutrina acerca do sistema venezuelano diz respeito à composição do Tribunal Supremo de Justiça. Na realidade, destaca-se o modo de investidura dos magistrados do TSJ, cuja conclusão depende da convergência de vontade de três órgãos da República: o Comitê de Postulações Judiciais, o Poder Cidadão e a Assembleia Nacional¹³⁸.

Em apertada síntese, a investidura inicia-se pela formulação de candidaturas pelo interessado (diretamente ou por intermédio de entidades vinculadas à atividade jurídica) perante o Comitê de Postulações Judiciais, que, por sua vez, ouvirá a comunidade e formulará uma pré-seleção e submeterá ao Poder Cidadão que, a seu turno, realizará uma segunda pré-seleção e submeterá a lista à Assembleia Nacional, a quem incumbe decidir definitivamente

137 PEDRA, Anderson Sant'Ana – A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. VII, p. 319-362.

138 PEDRA, Anderson Sant'Ana – A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. VII, p. 319-362.

sobre o candidato eleito (art. 264¹³⁹).

Nota-se, portanto, que o processo de escolha dos magistrados é bastante transparente e demanda a conjugação de uma tríade de órgãos representantes da vontade popular.

Por fim, especial destaque ao limite temporal ao mandato dos magistrados do TSJ, que terá duração por um único período de doze anos (art. 264), não sendo vitalício. A doutrina elogia essa característica temporal do mandato dos magistrados pelo fato de que a permanente alteração nos quadros da Justiça Constitucional possibilita a mudança e evolução de entendimento sobre os temas constitucionais, aproximando-o aos anseios da sociedade contemporânea¹⁴⁰.

3.3. A EXPERIÊNCIA EUROPEIA.

3.3.1. A Áustria.

O modelo austríaco de controle de constitucionalidade é paradigmático no continente europeu. Contrapondo-se ao sistema norte-americano, onde todos os órgãos jurisdicionais detêm competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis, o sistema austríaco delegou tal função a um órgão especialmente concebido para o controle jurisdicional de constitucionalidade, qual seja o Tribunal Constitucional. O sistema austríaco é reconhecido como o padrão básico do modelo europeu.

A Constituição Austríaca de 1920, fortemente influenciada pelo pensamento kelseniano, estabeleceu sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade de leis onde competia, com exclusividade, ao Tribunal Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*) exercer o controle concentrado e abstrato de normas, excluindo dessa função os demais órgãos

139 **Artículo 264.** Los magistrados o magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos o elegidas por un único período de doce años. La ley determinará el procedimiento de elección. En todo caso, podrán postularse candidatos o candidatas ante el Comité de Postulaciones Judiciales, por iniciativa propia o por organizaciones vinculadas con la actividad jurídica. El Comité, oída la opinión de la comunidad, efectuará una preselección para su presentación al Poder Ciudadano, el cual efectuará una segunda preselección que será presentada a la Asamblea Nacional, la cual hará la selección definitiva. Los ciudadanos y ciudadanas podrán ejercer fundadamente objeciones a cualquiera de los postulados o postuladas ante el Comité de Postulaciones Judiciales o ante la Asamblea Nacional.

140 PEDRA, Anderson Sant'Ana – A justiça constitucional e seus elementos democráticos na Venezuela. In TAVARES, André Ramos, coord. - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2. pt. VII, p. 319-362.

jurisdicionais, contrariando nota característica do sistema norte-americano¹⁴¹.

O controle concentrado de constitucionalidade em abstrato é provocado mediante formulação de pedido especial (*Antrag*) por parte de apenas duas entidades legitimadas: Governo Federal (*Bundesregierung*) e Governos Estaduais (*Landesregierungen*). A legitimidade do Governo Federal restringe-se ao questionamento de constitucionalidade de leis estaduais, enquanto a do Governo Estadual volta-se à controvérsia acerca das leis federais¹⁴². Vejamos o que prescreve o art. 140, § 1.º da Constituição Austríaca¹⁴³:

"Art. 140. [exame da lei]

(1) O tribunal constitucional julga sobre anticonstitucionalidade de uma lei federal ou estadual, por solicitação do tribunal administrativo, do tribunal supremo, de um tribunal chamado à decisão em segunda instância, de um tribunal administrativo independente ou da secretaria de adjudicação federal, contanto que, porém, o tribunal constitucional tivesse de aplicar uma tal lei em um assunto judicial pendente, de ofício. **Ele julga sobre anticonstitucionalidade de leis estaduais, também por solicitação do governo federal e sobre inconstitucionalidade de leis federais, também por solicitação de um governo estadual**, de um terço dos membros do conselho nacional ou de um terço dos membros do conselho federal. Por lei constitucional federal pode ser determinado que um tal direito de solicitar, com respeito à anticonstitucionalidade de leis estaduais, também compete a um terço dos membros do parlamento estadual. O tribunal constitucional julga, ademais, sobre anticonstitucionalidade de leis, por solicitação de uma pessoa, que afirma estar violada imediatamente por essa anticonstitucionalidade em seus direitos, à medida que a lei entrou em vigor para essa pessoa sem pronunciamento de uma decisão judicial ou sem expedição de uma notificação; para tais solicitações, o artigo 89, alínea 3, vale conforme o sentido." (Sem grifo no original)

Posteriormente, com a reforma de 1929, o sistema austríaco agregou ao controle concentrado de constitucionalidade (vocacionado ao controle abstrato) a possibilidade de *controle concreto* de normas, enquanto pressuposto de julgamento pendente nas instâncias inferiores. Assim, o sistema austríaco passou a contar com a possibilidade de órgãos jurisdicionais de instâncias superiores levar ao Tribunal Constitucional a controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma em um caso concreto. Cabe, portanto, ao Tribunal Superior (*Oberster Gerichtshof*) e a Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) submeter, com exclusividade, ao Tribunal Constitucional a controvérsia sobre a constitucionalidade de uma norma no caso concreto. No exercício do controle concreto, as decisões de inconstitucionalidade do Tribunal Constitucional possuem eficácia retroativa¹⁴⁴.

141 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999**. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 15.

142 Ibidem. p. 15.

143 HECK, Luís Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 141 p. ISBN 85-7348-425-X. p. 123-124.

144 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999**. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 16.

A configuração do controle concreto de constitucionalidade do sistema austríaco é objeto de severas críticas por parte da doutrina, sobretudo pelo fato de apenas dois órgãos jurisdicionais poderem levar ao Tribunal Constitucional a controvérsia suscitada no caso concreto. Excluindo os demais órgãos jurisdicionais daquela faculdade, o sistema austríaco enseja a possibilidade de juízes terem de "irremediavelmente aplicar leis aos casos concretos submetidos a julgamento, sem a possibilidade de se abster da aplicação, tampouco daquelas leis que sejam consideradas manifestamente ou macroscopicamente inconstitucionais"¹⁴⁵.

A revisão constitucional de 1975 introduziu dois importantes mecanismos no sistema austríaco. O primeiro deles diz respeito à ampliação do rol de legitimados a propor o controle de constitucionalidade em abstrato perante o Tribunal Constitucional, incluindo a possibilidade de a minoria parlamentar qualificada suscitar o controle de lei federal, mediante formulação de pedido de inconstitucionalidade por parte de um terço dos membros do Parlamento¹⁴⁶.

E a segunda diz respeito à possibilidade de um *recurso individual* ao Tribunal Constitucional, possibilitando a impugnação de lei ou regulamento que viole diretamente direitos individuais. A doutrina pontua, entretanto, que o manejo desse recurso individual encontra-se sujeito à cláusula de subsidiariedade, sendo cabível se não houver outra medida judicial adequada à proteção do direito violado¹⁴⁷. Vejamos, agora, apenas o fragmento do art. 140, § 1.º que prevê o recurso individual¹⁴⁸:

"O tribunal constitucional julga, ademais, sobre anticonstitucionalidade de leis, por solicitação de uma pessoa, que afirma estar violada imediatamente por essa anticonstitucionalidade em seus direitos, à medida que a lei entrou em vigor para essa pessoa sem pronunciamento de uma decisão judicial ou sem expedição de uma notificação; para tais solicitações, o artigo 89, alínea 3, vale conforme o sentido."

Em poucas palavras, podemos concluir que o sistema austríaco de controle de constitucionalidade é extremamente refratário à participação popular, porque restringe o acesso ao controle abstrato apenas a dois organismos integrantes do Poder Público (Governo Federal – *Bundesregierung* e Governos Estaduais - *Landesregierungen*) e porque o recurso

145 CAPPELLETTI, Mauro – **O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO COMPARADO**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. - reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992. p. 108.

146 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999**. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 16.

147 Ibidem. p. 17.

148 HECK, Luís Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 141 p. ISBN 85-7348-425-X. p. 123-124.

individual exige a comprovação de afetação a esfera jurídica individual como pressuposto do controle de normas.

3.3.2. A Alemanha.

O sistema alemão de controle de constitucionalidade recebeu porte influência do paradigma austríaco. Ele também concebeu a primazia do controle concentrado de constitucionalidade, delegando-o ao Tribunal Constitucional, mas desde o início superou as deficiências do modelo austríaco, notadamente mediante o reconhecimento do controle concreto de constitucionalidade¹⁴⁹. Desde os seus primórdios, o sistema alemão previu não só o controle abstrato, mas também o controle concreto de normas, ambos sujeitos, com exclusividade, à jurisdição do Tribunal Constitucional. Assim, como no sistema austríaco, o alemão desconhece o controle difuso.

A Lei Fundamental da República Federal Alemã (1949) previu a competência do Tribunal Constitucional para o exercício do controle abstrato e concreto de normas. Ao lado do Tribunal Constitucional, a Lei Fundamental facultou aos Estados (*Länders*) a possibilidade de estabelecer tribunais constitucionais para zelar pela garantia das Constituições estaduais¹⁵⁰. O artigo 93, § 1.º, n. 2., da Lei Fundamental disciplina, entre outras funções, o controle abstrato de normas e o seu artigo 100 prescreve o regime do controle concreto de normas, ambos perante o Tribunal Constitucional Federal. Vejamos o conteúdo de ambos dispositivos¹⁵¹:

"Art. 93 [Competência do Tribunal Constitucional]

(1) O tribunal constitucional federal decide:

(...)

2. em divergência de opiniões ou dúvidas sobre a compatibilidade formal e material de direito federal ou direito estadual com esta lei fundamental ou a compatibilidade de direito estadual com outro direito federal, por solicitação do governo federal, de um governo estadual ou de um terço dos membros do parlamento federal;

(...)

149 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999**. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 20.

150 STRECK, Lenio Luiz – **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDICA**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 974 p. ISBN 978-85-203-5296-0. p. 414.

151 HECK, Luís Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 141 p. ISBN 85-7348-425-X. p. 135-136 e 140.

Art. 100. [Controle normativo]

(1) Se um tribunal considera uma lei, de cuja validade trata-se na decisão, inconstitucional, então o procedimento deve ser suspenso e, se se trata da violação da constituição de um estado, ser pedida a decisão do tribunal do estado competente para litígios constitucionais, se se trata da violação desta lei fundamental, a decisão do tribunal constitucional federal. Isso também vale quando se trata da violação desta lei fundamental pelo direito estadual ou da incompatibilidade de uma lei estadual com uma lei federal."

Como se vê, semelhante ao sistema austríaco, o regime alemão contempla a ação de inconstitucionalidade como principal mecanismo de controle abstrato de normas, voltada à verificação de compatibilidade do direito federal e estadual à Lei Fundamental. Do mesmo modo, o sistema alemão revela-se refratário à participação popular no processo de controle de normas, com efeito geral, porque restringe o poder de iniciativa no controle abstrato a entidades ligadas ao aparato estatal, limitando-o ao Governo Federal, ao Governo Estadual e a um terço dos membros do Parlamento Federal (esta retratando a proteção da minoria qualificada).

De outro giro, diversamente do sistema austríaco, o sistema alemão prevê a possibilidade de todos os tribunais suscitarem a questão de inconstitucionalidade perante o Tribunal Constitucional, não se limitando aos Tribunais de Instâncias Superiores, como no sistema coirmão. Assim, no exercício de sua atividade jurisdicional, todo Tribunal deve submeter a controvérsia constitucional ao Tribunal Constitucional, paralisando o processamento do feito, quando considerar inconstitucional a lei de que dependa o julgamento do caso¹⁵².

Noutras palavras, o sistema alemão ampliou a possibilidade de o controle concreto ser suscitado perante o Tribunal Constitucional, mediante ampliação dos órgãos jurisdicionais legitimados. Decidida a controvérsia constitucional pelo Tribunal Constitucional, o processo deve retornar ao Tribunal que suscitou o controle concreto para decidir o caso de acordo com o entendimento firmado pela corte constitucional.

Por fim, semelhante ao sistema austríaco, o regime alemão prevê mecanismo de acesso de indivíduos ao Tribunal Constitucional. O mesmo artigo 93.º da Lei Fundamental prevê o manejo dos *recursos constitucionais* (*Verfassungsbeschwerde*), nos quais qualquer cidadão pode submeter ao julgamento do Tribunal Constitucional alegação de violação a um direito fundamental. O recurso constitucional encontra limitações nas cláusulas da

152 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999**. 3ª edição. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 23.

subsidiariedade, no sentido de que somente é cabível quando inadequados os demais mecanismos de garantia, e pela cláusula de exaurimento das instâncias inferiores, caracterizando-o como mecanismo de última instância¹⁵³. Vejamos a disciplina do recurso constitucional, prevista na Lei Fundamental, art. 93, § 1.º, n. 4a¹⁵⁴:

"4a. sobre recursos constitucionais, que podem ser promovidos por cada um com a afirmação de estar violado pelo poder público em um de seus direitos fundamentais ou em um de seus direitos contidos no artigo 20, alínea 4, artigos 33, 38, 101, 103 e 104 da lei fundamental;"

Enfim, como visto, o sistema alemão apresenta inúmeras semelhanças ao sistema austríaco, avançando apenas na ampliação do rol de organismos legitimados a provocar o controle concreto perante o Tribunal Constitucional, mas mantendo-se igualmente refratário ao acesso direto do povo ao controle abstrato de normas, cujas decisões possuem eficácia geral, relegando o poder de iniciativa apenas a entidades integrantes do poder público.

3.4. A EXPERIÊNCIA DAS CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

3.4.1. Aspectos gerais.

Ao arremate do estudo da democracia e a jurisdição constitucional no direito comparado, convém transportarmos nossas reflexões para o âmbito do Direito Internacional, em ordem a verificar a (in)existência de canais de participação popular no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, sobretudo a verificação da possibilidade de o indivíduo (ou entidades não estatais) iniciar o processo de apuração de violação aos direitos humanos perante as cortes internacionais.

Como é sabido, o sistema internacional de proteção aos direitos humanos é formado por mecanismos de índole global (sistema onuziano¹⁵⁵) e instrumentos de dimensão regional (sistema regional). O mecanismo global de proteção aos direitos humanos tem por fundamento as declarações e tratados internacionais de direitos humanos celebrados no

¹⁵³ Ibidem, p. 23.

¹⁵⁴ HECK, Luís Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 141 p. ISBN 85-7348-425-X. p. 136.

¹⁵⁵ Expressão cunhada pelo professor André de Carvalho Ramos para adjetivar os mecanismos e órgãos integrantes da Organização das Nações Unidas – ONU na obra "Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014. 656 p. ISBN 978-85-02-20812-4".

âmbito da Organização das Nações Unidas, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Político de 1966, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, além de convenções temáticas como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1966.

O sistema global de proteção aos direitos humanos atua sob a conjugação de três órgãos da Organização das Nações Unidas: o Conselho de Direitos Humanos, os Relatores Especiais de Direitos Humanos e o Alto Comissariado de Direitos Humanos. Além dessa tríade onuziana, o sistema global conta com a atuação dos Comitês instituídos pelos respectivos tratados de direitos humanos, com vista a implementar a realização desses direitos nos Estados-Partes, a exemplo do Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, o Comitê contra a Tortura, o Comitê para os Direitos da Criança e etc. A doutrina costuma incluir a figura do Tribunal Penal Internacional – TPI como mecanismo do sistema global de proteção aos direitos humanos¹⁵⁶.

Não avançaremos no estudo dos mecanismos do sistema global, porque não há aí propriamente um Tribunal Internacional de Direitos Humanos, competente para o exercício de jurisdição internacional para a apuração de violações aos direitos humanos por parte dos Estados. Esclareça-se, desde logo, que não há Tribunal com competência civil para a apuração da matéria, não se desconhecendo, como dito, a jurisdição do Tribunal Penal Internacional em matéria penal. Por isso, não desenvolveremos os principais mecanismos de proteção do sistema global, porque resta prejudicada, na órbita global, a problematização dos temas "democracia", "participação" e "jurisdição internacional dos direitos humanos".

Entretanto, a par do sistema global de proteção, verifica-se a construção de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, representados atualmente pelos sistemas Europeu, Interamericano e Africano. A doutrina tem atribuído a esse processo de consolidação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, em complemento ao sistema global, a denominação de *justicialização* da proteção aos direitos humanos, isto é, o fortalecimento da proteção àqueles direitos mediante a criação de órgãos com natureza jurisdicional, contribuindo para a transposição do paradigma internacional do "Direito da força" para o referencial da "força do Direito"¹⁵⁷.

156 RAMOS, André de Carvalho – **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. 656 p. ISBN 978-85-02-20812-4. p. 283.

157 PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 56.

Assim, desenvolveremos os temas centrais de nosso estudo em torno dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, em ordem a apurar a abertura procedimental (ou não) à participação popular nos processos de verificação de violações aos direitos humanos.

3.4.2. O Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

Entre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o sistema europeu é o mais antigo, apresentando substancial amadurecimento no processo de justicialização dos direitos humanos ao longo de mais de meio século de existência. O sistema europeu possui como base jurídica a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que foi elaborada no âmbito do Conselho da Europa em 04 de novembro de 1950, além de seus Protocolos. A Convenção Europeia apresenta precipuamente amplo rol de direitos civis e políticos, os quais expressavam o pensamento liberal e individualista da Europa ocidental. Posteriormente, com a adoção da Carta Social Europeia em 1965, passaram a integrar, no catálogo de direitos do sistema europeu, os direitos econômicos sociais e culturais, prescrevendo sua implementação progressiva por parte dos Estados integrantes do Conselho da Europa¹⁵⁸.

Em relação ao organograma dos mecanismos de proteção, pode-se dividir o sistema regional europeu entre os períodos pré e pós Protocolo 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, adotado em 1.º de novembro de 1998. Antes do Protocolo 11, o sistema europeu era integrado pela Comissão Europeia e pela Corte Europeia de Direitos Humanos, cabendo à primeira receber e processar as denúncias de violação de direitos previstos pela Convenção (sendo objeto de cláusula facultativa o reconhecimento de direito de petição aos indivíduos e organizações não governamentais) e, caso procedentes, submetê-las à jurisdição da Corte; enquanto àquela cabia exercer a jurisdição nos casos em que houvesse o reconhecimento e sujeição dos Estados partes à autoridade de suas decisões¹⁵⁹.

Enfim, no regime pré Protocolo 11, o sistema regional europeu contava com duas cláusulas facultativas no âmbito da Convenção Europeia: o direito de petição individual perante a Comissão Europeia e a jurisdição facultativa da Corte Europeia que dependia de expressa aquiescência por parte do Estado parte.

158 PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 65 e 67.

159 Ibidem. p. 72-73.

A seu turno, com o Protocolo 11, o sistema regional europeu extinguiu a antiga Comissão Europeia de Direitos Humanos, concentrando todas as atividades de reconhecimento de violações e adoção de medidas de implementação dos direitos humanos perante uma *nova Corte Europeia*, a quem foi reconhecida jurisdição obrigatória e perante a qual indivíduos, grupos de indivíduos e organizações não governamentais detêm *direito de petição*, além dos Estados partes, evidentemente¹⁶⁰.

Assim, o Protocolo 11 condensou os mecanismos e procedimentos de proteção perante a Corte Europeia, fortalecendo sua atuação com o reconhecimento de jurisdição obrigatória e direito de petição individual. Essa característica do sistema europeu tem sido apontada pela doutrina como caminho tendente à democratização do acesso à jurisdição da corte internacional de proteção aos direitos humanos¹⁶¹.

A Corte Europeia desenvolve competência consultiva e contenciosa. A sua competência consultiva recebe forte restrição por parte da Convenção Europeia (art. 47, § 2.º), no sentido de que as "opiniões consultivas não devam referir-se a qualquer questão afeta ao conteúdo ou ao alcance dos direitos e liberdades enunciados na Convenção e em seus Protocolos, ou mesmo a qualquer outra questão que a Corte ou o Comitê de Ministros possa levar em consideração em decorrência de sua competência"¹⁶².

Assim, retirou-se do âmbito da competência consultiva a possibilidade de a Corte promover a evolução da interpretação do sentido e alcance dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Europeia e respectivos protocolos. Diversamente, como veremos, os sistemas interamericano e africano não apresentam tais restrições à atividade consultiva de suas cortes, o que tem possibilitado o desenvolvimento de rico processo hermenêutico sobre o catálogo de direitos humanos naquelas regiões.

A despeito disso, a atividade contenciosa da Corte Europeia tem contribuído para o amadurecimento e uniformização do conteúdo e extensão dos direitos humanos no continente. A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos tem consolidado importantes princípios de interpretação da Convenção Europeia, destacando-se os princípios da interpretação teleológica da Convenção, o da interpretação efetiva, o da interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção e o princípio da proporcionalidade¹⁶³.

¹⁶⁰ Ibidem. p. 73.

¹⁶¹ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 57.

¹⁶² Ibidem. p. 75-76.

¹⁶³ Ibidem. p. 69-71.

A composição da Corte Europeia zela pela representação equitativa dos Estados partes, perfazendo o número de juízes equivalente ao número de Estados partes (art. 20). Os juízes são eleitos pela Assembleia do Parlamento, a partir de uma lista tríplice enviada por cada Estado parte, para um mandato de 06 (seis) anos. Eles devem possuir reconhecida idoneidade moral e expertise nos temas de direitos humanos (art. 21), atuando de modo independente, a título pessoal, e não como representantes dos Estados de origem. Duas são as línguas oficiais do Tribunal: o inglês e o francês¹⁶⁴.

O art. 35 da Convenção arrola como requisitos de admissibilidade da petição perante a Corte: a) esgotamento prévio dos recursos internos; b) observância do prazo de 6 meses, a contar da data da decisão definitiva; c) não ser anônima; d) inexistência de litispendência internacional; e) não ser manifestamente infundada; e f) não constituir um abuso de direito de petição. Após o recebimento da petição inicial, a Corte comunicará as partes e atuará de modo a lograr a conciliação entre as partes. Caso a solução amistosa não seja obtida, a Corte intimará as partes para apresentação de memoriais e decidirá se houve ou não violação à Convenção. Ao final, reconhecendo a existência de violação, a Corte declarará a violação ao direito previsto na Convenção Europeia e determinará ao Estado demandado a reparação da vítima¹⁶⁵.

Ao final, reitere-se que o sistema europeu é aquele mais maduro no trato da proteção aos direitos humanos, o qual experimentou substancial evolução em sua jurisprudência sobre o sentido e alcance do catálogo de direitos humanos, merecendo também reconhecimento pela sua aproximação democrática aos indivíduos e organizações não governamentais pela abertura procedimental ao direito de petição individual e jurisdição obrigatória da Corte Europeia, os quais foram introduzidos pela reforma de 1998 com o Protocolo 11.

Passemos, em linha cronológica, ao estudo do sistema interamericano.

3.4.3. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

O sistema interamericano de proteção aos direitos humanos tem por base jurídica

¹⁶⁴ Ibidem, p. 75.

¹⁶⁵ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 77.

a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA (e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, denominada de Pacto de San Jose da Costa Rica. Ambas bases jurídicas preveem a atuação de importante órgão de proteção aos direitos humanos, denominada de Comissão Interamericana de Direitos Humanos, cuja competência abrange tanto os Estados partes da OEA, como os Estados partes da Convenção Americana, relativamente aos direitos previstos nos respectivos instrumentos internacionais.

Aos interesses desse estudo focar-nos-emos aos mecanismos previstos pela Convenção Americana de Direitos Humanos, precipuamente porque ela criou órgão jurisdicional para a tutela e efetiva aplicação dos direitos humanos pelos Estados partes, qual seja: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, podemos resumir que a Convenção Americana estabeleceu dois organismos de monitoramento e proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema regional: a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana é composta por 07 (sete) membros "de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos", os quais devem ser nacionais dos Estados partes da OEA e são eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral da OEA para um mandato de 04 (quatro) anos, podendo ser reeleitos por um único período. A competência da Comissão abrange todos os Estados partes da Convenção Americana e volta-se ao cumprimento dos direitos previstos naquele instrumento convencional. Os Estados partes reconhecem, desde a adesão aos termos da Convenção Americana, a autoridade da Comissão para receber e apurar denúncias de desrespeito aos direitos humanos, independentemente de manifestação complementar e posterior à assinatura da convenção¹⁶⁶.

À disposição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, encontram-se vários mecanismos de atuação em ordem a promover o respeito e a efetividade dos direitos humanos na América. São eles: a) a elaboração de *Recomendações* aos Governos dos Estados partes, prescrevendo a adoção de medidas idôneas ao respeito a esses direitos; b) a elaboração de *estudos e relatórios* para o amadurecimento de temas relacionados aos direitos humanos; c) a solicitação de informações aos Estados partes acerca das medidas adotadas para a implementação dos direitos previstos na Convenção Americana e d) submissão de um

166 PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 91.

relatório geral à Assembleia da OEA retratando a situação dos direitos humanos na América¹⁶⁷.

Interessante observar que, no sistema regional interamericano, o acesso popular aos mecanismos de proteção dos direitos humanos restringe-se à Comissão Interamericana, mediante recebimento e apuração de representações formuladas por indivíduos, grupos de indivíduos ou entidades não estatais. O direito de petição individual não foi reconhecido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, diversamente do que se verifica no sistema regional europeu, como visto. Desse modo, a atuação da Comissão revela-se sobremaneira importante como portal de acesso às demandas formuladas por indivíduos e organismos não estatais no sistema regional interamericano, cujo acesso ao órgão jurisdicional está restrito aos Estados partes da convenção e à própria Comissão Interamericana (art. 61).

Em apertada síntese¹⁶⁸, o trâmite do procedimento perante a Comissão segue os seguintes termos: a) análise dos requisitos da petição inicial, sobretudo a necessidade de prévio esgotamento dos recursos internos e a inexistência de litispendência internacional; b) preenchidos tais requisitos e recebida a petição inicial, a Comissão requisitará informações ao Estado demandado; c) com a resposta, ou o caso será arquivado, porque não verificada ou superada a violação comunicada; ou a Comissão adotará diligência para conhecimento do caso; d) após instrução do procedimento, abre-se a possibilidade de conciliação entre o demandante e o Estado-parte, resultando na elaboração de um informe que cristalice a conciliação ou, não havendo composição, na elaboração de um relatório, onde a Comissão exporá seu entendimento se houve (ou não) a violação a direito previsto na Convenção; e) verificada a violação a direitos, a Comissão expedirá recomendação, com as medidas a serem adotadas pelo Estado-parte, fixando-lhe o prazo de 03 (três) meses para cumprimento; f) ao final do prazo e não havendo o cumprimento da recomendação, a Comissão submeterá o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, salvo decisão fundada da maioria absoluta dos membros da Comissão (art. 44 do novo regulamento da Comissão, de 1º de maio de 2001).

Como visto, o acesso popular ao sistema regional interamericano é realizado por intermédio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Destaca-se, entre as funções da Comissão, aquela de natureza conciliatória, com o objetivo de solucionar de modo mais expedito as comunicações de violação aos direitos humanos, mediante aproximação entre as

¹⁶⁷ Ibidem, p. 91.

¹⁶⁸ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 95-96.

partes da controvérsia. O encaminhamento, como regra, dos casos de recomendações não atendidas pelos Estados partes à Corte Interamericana também temporiza o déficit de acesso popular ao órgão jurisdicional do sistema regional americano. Isso porque, ao impor quórum qualificado para não submeter o caso perante a Corte, o novo regulamento reduz a possibilidade de atuação política da Comissão Interamericana¹⁶⁹.

A seu turno, como já referido, o sistema regional interamericano é integrado por um órgão jurisdicional: a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte é composta por 07 (sete) juízes, os quais são eleitos, a título pessoal, entre nacionais dos Estados da OEA por parte dos Estados partes da Convenção Americana. A Corte desenvolve competências de natureza consultiva e contenciosa.

No desempenho da competência consultiva, a Corte Interamericana contribui para o aprimoramento do sistema de proteção, mediante uniformização da interpretação dos termos da Convenção Americana e outros instrumentos regionais de Direitos Humanos, mediante apuração da compatibilidade de dispositivos do Direito interno aos princípios e normas da Convenção, denominado de controle de convencionalidade. Enfim, a competência consultiva da Corte contribui para o amadurecimento dos princípios e normas do sistema regional, provocando mudança de comportamento nos Estados partes da Convenção¹⁷⁰.

A seu turno, a competência contenciosa reconduz à natureza jurisdicional da Corte, cujas decisões possuem caráter imperativo e visam impor aos Estados obrigações de reparar o dano provocado pela violação ao direito previsto na Convenção ou adotar medidas para restaurar a situação anterior à violação. Entretanto, frise-se que, ao contrário da competência da Comissão Interamericana, a jurisdição da Corte deve ser objeto de aquiescência expressa por parte dos Estados partes da Convenção, não havendo sujeição automática pelo ato de adesão.

Essa característica de voluntariedade da jurisdição e inexistência de petição inicial perante a Corte Interamericana tem sido objeto de severas críticas por parte da doutrina internacional, porque considera ambos institutos (petição individual e jurisdição obrigatória) como "cláusulas pétreas de proteção internacional dos direitos da pessoa humana"¹⁷¹.

169 Ibidem, p. 97.

170 PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 100.

171 CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto – **El Futuro de La Corte Interamericana de Derechos Humanos** *apud* PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 103.

Por fim, refira-se que, em 2001, a Corte promoveu substancial alteração em seu estatuto e criou pequena abertura ao acesso popular aos processos de sua competência. Trata-se do direito de vítimas, parentes ou seus representantes apresentarem, de forma autônoma, seus argumentos arrazoados e provas perante a Corte na hipótese de o caso for submetido pela Comissão ou algum Estado parte da Convenção (art. 23 do Novo Regulamento da Corte)¹⁷². Assim, embora não tenha sido reconhecido o direito de petição individual, como no sistema regional europeu, a reforma de 2001 abriu a possibilidade de os indivíduos participarem do processo e influírem na decisão da Corte. Não se pode deixar de reconhecer essa avanço, portanto.

3.4.4. O Sistema Africano de Proteção aos Direitos Humanos.

Por fim, o sistema regional de proteção aos direitos humanos é integrado pelo modelo africano. Se de um lado, o sistema europeu é o modelo mais maduro e consolidado de proteção regional dos direitos humanos (inaugurado na década de 50, como visto) e o sistema americano ocupa posição intermediária nesse processo (iniciado na década de 70, como estudado); de outro lado, o sistema regional africano é o sistema mais recente e apresenta-se em fase de consolidação, cuja concepção ocorreu na década de 80, com a adoção da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, de 1981.

A Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos foi elaborada no âmbito da Organização da Unidade Africana (atualmente União Africana) em Banjul no Gâmbia em 1981. Ela entrou em vigor em 1986, nos termos do seu art. 63, contando, desde 1995, com ampla adesão dos Estados Africanos. A Carta ocupa o epicentro normativo do sistema regional africano, prevendo direitos civis e políticos e também direitos econômicos, sociais e culturais, além de disciplinar mecanismo de salvaguarda dos direitos e deveres previstos¹⁷³.

Em relação à gramática de direitos previstos, a Carta Africana destaca-se pelo fato de incluir no catálogo de direitos não só os tradicionais direitos civis e políticos reconhecidos pelos diplomas internacional, mas também introduzir o reconhecimento de direitos de índole coletiva, notadamente os direitos econômicos sociais e culturais. A doutrina pontua que,

172 PIOVESAN, Flávia – DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 103-104.

173 PIOVESAN, Flávia – DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 121.

diversamente dos diplomas regionais europeu e americano, influenciados pela concepção liberal e individualista de direitos humanos, a Carta Africana foi influenciada concepção coletivista dos direitos humanos, reconhecendo que os direitos de natureza transindividual devem compor, ao lado dos direitos civis e políticos, o catálogo de direitos humanos, notadamente os direitos econômicos, sociais e culturais¹⁷⁴.

Aliás, a doutrina enfatiza que a conotação coletivista encarnada pela Carta Africana é retratada desde o seu preâmbulo, o qual marca o reconhecimento dos valores das tradições históricas e culturais dos povos africanos, sobretudo pela influência do processo de descolonização e afirmação da autodeterminação dos povos por que passou os Estados daquele continente¹⁷⁵.

Chama atenção, também, o fato de a Carta Africana prever um rol não só de direitos, mas também de dever a serem observados pelos indivíduos. Entre os seus artigos 27 a 29, a Carta prevê deveres a cada indivíduo para com sua família, sociedade e Estado, destacando-se os deveres de "preservar o desenvolvimento harmonioso da família e de atuar em favor de sua coesão, bem como o de zelar pela preservação e reforço dos valores culturais africanos, em um espírito de tolerância, diálogo e respeito."¹⁷⁶

Enfim, a Carta Africana apresenta singularidades em relação aos instrumentos regionais europeu e americano, pelo fato de prever amplo rol de direitos econômicos, sociais e culturais no próprio texto, prescindindo de protocolos adicionais, além de associar a observância de deveres por parte dos indivíduos perante a comunidade ao catálogo de direitos, reforçando sua concepção coletivista da proteção aos direitos humanos.

Como dito, a Carta Africana prevê mecanismos de salvaguarda dos direitos previstos. O texto original da Carta previa apenas a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos como mecanismo de promoção e proteção aos direitos, agregando-se, posteriormente, ao sistema africano a figura de uma Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, mediante adoção de Protocolo à Carta Africana em 1998.

A Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos iniciou suas atividades em 1987, com sede em Gâmbia, sendo composta por 11 (onze) membros, os quais são escolhidos mediante eleição por escrutínio secreto da Conferência dos Chefes de Estado de

¹⁷⁴ Ibidem. p. 122.

¹⁷⁵ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 119.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 124.

Governo, a partir de uma lista formada pelos Estados partes. O mandato é de 06 (seis) anos, podendo ser renovado, exigindo-se que os membros sejam escolhidos entre pessoas de reconhecida integridade moral e detentora de plena imparcialidade, na medida em que os membros exercem seus mandatos a título pessoal e não como representantes do país de origem (art. 31)¹⁷⁷.

Entre as atribuições que compõem a competência da Comissão Africana, destacam-se a promoção dos direitos humanos e dos povos; a elaboração de estudos e pesquisas temáticas; formulação de princípios e regras; criação de relatórias temáticas específicas; adoção de resoluções no campo dos direitos humanos; realização de processo hermenêutico dos dispositivos da Carta Africana, entre outras. A Comissão atua mediante provocação de comunicações interestatais e mediante recebimento de representações de ONGs e de indivíduos acerca da violação de direitos humanos e dos povos previstos na Carta¹⁷⁸.

Como nos sistemas europeu e americano, exigem-se requisitos de admissibilidade para o processamento do direito de petição, sendo eles: o prévio esgotamento dos recursos internos, salvo o caso de demora desarrazoada; a espera de um prazo adequado entre a decisão final no âmbito interno e a apresentação da petição perante o órgão internacional e a inexistência de litispendência internacional. Pontue-se que a Comissão atua em ordem a promover a resolução amistosa do conflito, mas suas resoluções, em caso de reconhecer a ocorrência de violação aos direitos humanos e dos povos, não detêm caráter imperativo¹⁷⁹.

Por força dessa falta de imperatividade das decisões da Comissão, o que fragilizava a proteção aos direitos reconhecidos pela Carta, houve intensa pressão por parte de ONGs e setores internos da sociedade civil dos Estados partes para a criação de um órgão com característica jurisdicional no sistema africano.

Assim, em 1998, foi adotado o Protocolo à Carta Africana em Addis na Etiópia, com o objetivo de criar a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, entrando em vigor em janeiro de 2004, com o depósito de 15 (quinze) instrumentos de ratificação. Entretanto, note-se que a Corte Africana somente é imperativa em relação aos Estados que assim reconhecerem a sujeição à sua jurisdição, os quais ainda são poucos em relação ao total de Estados partes da Carta Africana. O acréscimo de Estados partes que reconheçam a jurisdição

¹⁷⁷ Ibidem. p. 125.

¹⁷⁸ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 125.

¹⁷⁹ Ibidem. p. 126.

da Corte constitui, atualmente, um dos principais desafios ao fortalecimento do sistema regional africano¹⁸⁰.

Quanto à composição, a Corte Africana é integrada por 11 (onze) membros, os quais são eleitos, em escrutínio secreto, pela Assembleia dos Estados, a partir de uma lista enviada pelos Estados partes do Protocolo, para um mandato de 06 (seis) anos, podendo ser renovado uma vez. Exige-se que os membros da Corte sejam escolhidos entre pessoas de reconhecida autoridade moral e competência em matéria de direitos humanos, devendo a composição do Tribunal guardar adequado equilíbrio entre os gêneros, assegurar a representação das principais regiões africanas e de suas tradições legais¹⁸¹.

A Corte exerce competência consultiva e contenciosa nos mesmos moldes dos órgãos jurisdicionais dos sistemas europeu e americano, em vista sempre a obter a resolução amistosa dos conflitos nos casos contenciosos. Merece destaque, pela peculiaridade, o regime de acesso ao Tribunal. Tradicionalmente, são legitimados a apresentar demandas perante a Corte os Estados partes, as organizações intergovernamentais e a própria Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (art. 5.º). Entretanto, com o Protocolo à Carta, previu-se a possibilidade de indivíduos e ONGs apresentarem casos diretamente à Corte, desde que os Estados partes expressamente reconhecessem essa faculdade (art. 5.º, § 3.º, e 34, § 6.º). Até 2005, apenas um país reconheceu a legitimidade ativa de indivíduos e ONGs perante a Corte Africana: Burkina Faso¹⁸².

Assim, apesar da criação da Corte Africana, o sistema regional africano apresenta importantes desafios no processo de consolidação institucional, sobretudo a necessidade de reconhecimento não só da jurisdição da Corte por parte dos Estados, como também do reconhecimento autônomo (mediante adesão a cláusula facultativa) de legitimidade ativa aos indivíduos e ONGs, os quais são reconhecidos atores de fortalecimento e promoção dos direitos humanos.

Por fim, percebe-se que, entre os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, o caso europeu é aquele que se encontra institucionalmente mais consolidado e cuja jurisprudência contribui fortemente para a interpretação e aplicação das normas protetivas de direitos humanos no direito interno dos Estados partes. Isso se deve não só pela precedência histórica do sistema europeu, mas principalmente pelo fato de ter respaldo de Estados onde há

¹⁸⁰ Ibidem. p. 129.

¹⁸¹ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 129-130.

¹⁸² Ibidem. p. 130.

tradição de respeito aos direitos humanos e cujos sistemas políticos são estruturados no regime democrático e na forma de Estado de Direito¹⁸³.

Diversamente, os sistemas regionais interamericano e africano tem por substrato fático a vivência de Estados em processo de consolidação de regime democráticos, com forte legado de desrespeito aos direitos humanos e cultura de violência praticados nos regimes ditatoriais totalitários¹⁸⁴.

Bem por isso, o sistema europeu é o único a possibilitar efetivamente o acesso de indivíduos, grupos de indivíduos e ONGs à jurisdição internacional de Tribunal de Direitos Humanos, retratando o seu conteúdo democrático e tradição de respeito aos direitos humanos. Como vimos, o sistema interamericano possibilita o acesso de indivíduos e ONGs apenas perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e não perante a respectiva Corte; e o sistema africano faz depender esse acesso popular à adesão pelos Estados partes de cláusula facultativa ao Protocolo à Carta Africana, o que fragiliza ambos sistemas de proteção.

Logo, nos sistemas interamericano e africano, a atuação das ONGs perante as respectivas Comissões de Direitos Humanos constitui importante contributo para o processo de consolidação da justicialidade daquelas Cortes regionais, provocando o exercício da jurisdição desses tribunais internacionais e colaborando no processo de fiscalização do cumprimento de suas decisões no âmbito interno¹⁸⁵.

3.5. O MECANISMO JURISDICIONAL DO SISTEMA COMUNITÁRIO EUROPEU: O TRIBUNAL GERAL E O TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O Tribunal Geral e o Tribunal de Justiça constituem as instituições jurisdicionais da Comunidade Europeia. O Tribunal Geral funciona como órgão de primeira instância com competência, entre outros temas, para apurar recursos de anulação interpostos pelas pessoas singulares ou coletivas contra os atos das instituições, dos órgãos ou dos organismos da União Europeia de que sejam destinatária ou que lhes digam direta e individualmente respeito. Já o Tribunal de Justiça é a instância de revisão por excelência, mas detém competência para o processamento de outras medidas que não os recursos, tais como o reenvio prejudicial, a ação

¹⁸³ Ibidem. p. 135.

¹⁸⁴ PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano.** São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4. p. 139-140.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 146.

por incumprimento, recurso de anulação e a ação por omissão.

O Tribunal Geral é composto por, ao menos, um juiz por Estado membro, retratando atualmente 45 juízes. A investidura dos juízes ocorre em comum acordo entre os Governos dos Estados membros, precedida de uma consulta por um comitê encarregado de emitir parecer sobre compatibilidade dos candidatos à função de magistrado. O mandato de juiz é de seis anos, renovável. O Tribunal Geral conta com um Presidente, escolhido entre os seus pares para um período de três anos; e um Secretário, escolhido pelo mesmo método para um período de seis anos. Aos juízes do Tribunal Geral é reconhecido regime de estrita imparcialidade e independência no exercício das funções, os quais, entretanto, não têm à disposição advogados gerais permanentes, como ocorre com o Tribunal de Justiça¹⁸⁶.

A seu turno, o Tribunal de Justiça é composto por 28 juízes e 11 advogados gerais. A investidura dos magistrados e dos advogados gerais ocorre em comum acordo entre os Governos dos Estados Membros, precedida de uma consulta a comitê designado para elaborar parecer sobre a compatibilidade dos candidatos com a função de juiz, notadamente entre pessoas que ostentem garantias de independência e gozem de reputação e conhecimentos próprios das altas funções jurisdicionais dos respectivos países. O presidente e vice-presidente do Tribunal de Justiça também são escolhidos pelos juízes para mandato de três anos renováveis. Por fim cabem aos advogados gerais apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, pareceres jurídicos, denominados “conclusões” nos processos para os quais tenham sido nomeados¹⁸⁷.

Note-se que aos particulares é facultado o acesso direto ao Tribunal Geral. A legitimidade conferida aos entes não estatais reforça a influência do princípio democrático sobre o funcionamento do mecanismo jurisdicional da Comunidade Europeia.

Além do Tribunal Geral, os particulares têm acesso também ao Tribunal de Justiça. O Estatuto do Tribunal de Justiça contém vários dispositivos que promovem a abertura do procedimento ao acesso popular perante aquela Corte, não o restringindo aos Estados-Membros e aos organismos internacionais, como poderia ocorrer em se tratando de mecanismo supranacional.

A título ilustrativo, o Estatuto do Tribunal de Justiça prevê, em seu artigo 19.º, § 3.º, o direito de petição, reconhecendo legitimidade aos particulares para apresentar recursos

186 [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7033/pt/#compet

187 [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/pt/

ou outras medidas perante a Corte. Mais adiante, no artigo 20.º, § 2.º, o estatuto abre a possibilidade de atuação da figura do *amicus curiae* durante a fase escrita do processo perante o Tribunal. Do mesmo modo, o artigo 40.º do Estatuto prevê a possibilidade de *qualquer pessoa* atuar na “condição de assistente” de uma das partes perante a Corte. Por fim, outro dispositivo digno de nota diz respeito ao artigo 42.º que prevê o direito de “recurso de terceiro interessado” a *qualquer pessoa singular ou coletiva* que não haja intervindo no feito e cujo acórdão prejudique seus direitos¹⁸⁸.

Enfim, seja o direito de petição, a possibilidade de atuar como assistente, como *amicus curiae* ou o direito de recurso de terceiro interessado, todas as medidas constituem porta de abertura ao acesso popular perante o Tribunal de Justiça.

Importante destacar que, ao longo dos anos de atuação do Tribunal de Justiça, a sua jurisprudência acabou por criar a obrigatoriedade de as administrações e os juízes nacionais aplicarem plenamente as disposições do direito comunitário no âmbito das competências que lhes são reconhecidas pelo direito interno e de protegerem os direitos reconhecidos aos cidadãos pela norma supra nacional, sobretudo deixando de aplicar as normas internas que fossem contrárias ao direito comunitário¹⁸⁹.

Essa aplicabilidade imediata da norma comunitária e sua primazia sobre o direito nacional é objeto de muito debate por parte da doutrina no âmbito do que se convencionou denominar de “controle de convencionalidade”. Sem ingressar no estudo acerca dos meandros do “controle de convencionalidade”, sobretudo paradigma de controle e efeitos da decisão, o fato é que o reconhecimento do acesso popular ao Tribunal de Justiça constitui medida de abertura procedimental e reforça a influência do princípio democrático no procedimento de controle de normas, com a peculiaridade de se tratar de mecanismo supra nacional, mas que desempenha, nesse tópico, função semelhante às das Cortes constitucionais.

4 – O (IN)ACESSO POPULAR AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS.

4.1. A HERMETICIDADE DO PROCEDIMENTO DA LEI DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – LTC (LEI N.º 28/82) AO ACESSO POPULAR. A INSUFICIÊNCIA

188 [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-08/tra-doc-pt-div-c-0000-2016-201606984-05_00.pdf

189 BISCH, Isabel da Cunha – **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 91.

DO DIREITO DE PETIÇÃO PERANTE OS ÓRGÃOS PÚBLICOS COM PODER DE INICIATIVA (ART. 52.º/1. DA CRP).

Atualmente, o regime jurídico português de controle jurisdicional de normas é altamente refratário à participação popular. A Constituição de 1976 pouco inovou na composição do rol de legitimados ativos para instaurar o processo de fiscalização de constitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional (art. 281.º), comparadamente ao regime que vigorava no período pré-revolucionário.

Continuam a povoar as fileiras da legitimidade ativa apenas autoridades públicas ou órgãos integrantes do aparelho estatal, havendo pouca inovação nessa seara, tampouco a previsão de entidades da sociedade civil, apesar do surgimento de um Estado de Direito Democrático, com a nota do pluralismo político (art. 2.º da CRP).

No plano legal, não é diferente. A Lei n.º 28/82, conhecida como a lei de organização e procedimento do Tribunal Constitucional – LTC, previu procedimento de apuração das ações de inconstitucionalidade que desconhece uma única cláusula de abertura à participação do povo na resolução da questão constitucional posta a julgamento.

Não há previsão explícita da possibilidade de atuação de *amicus curiae*, figura apta a tornar a discussão acerca da constitucionalidade mais plural, cujo ingresso depende de exercício hermenêutico acerca dos poderes instrutórios dos juízes constitucionais (art. 64-A), como veremos. A inexistência de previsão legal expressa tem conduzido, na *praxis* do Tribunal Constitucional, à ocorrência de confusão entre a figura do *amicus curiae* e a posição desempenhada pelo Ministério Público nas ações de inconstitucionalidade, *custos legis*.

Tampouco, o sistema da LTC previu expressamente, como o fez o sistema brasileiro, a possibilidade de realização de *audiências públicas*, possibilitando a colheita de informações por parte de entidades representativas de setores da sociedade com conhecimento técnico sobre temas de alta complexidade, contribuindo para o acréscimo de qualidade e legitimidade das decisões. Mais uma vez, a realização dessa medida depende de exercício hermenêutico a partir das potencialidades dos poderes instrutórios dos juízes constitucionais (art. 64-A).

Enfim, nesse panorama, o *locus* de participação popular nos processos de fiscalização de constitucionalidade de normas reside, à primeira vista, apenas no comezinho direito de petição, consagrado no artigo 52.º/1. da CRP. O dispositivo reconhece o direito de petição a todos os cidadãos, seja individual ou coletivamente, para apresentar aos “órgãos de

soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para a defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral (...)”.

Remanesce, portanto, ao cidadão, o direito de representar aos órgãos de soberania e outras autoridades da República portuguesa para *a defesa da Constituição*. Isto é, o acesso popular à jurisdição constitucional em Portugal é *mediado* pelos órgãos e autoridades da estrutura do Estado que circunstancialmente exercem o poder político.

Os temas eventualmente levantados pelas representações populares dependerão previamente de juízo positivo daquelas autoridades destinatárias do direito de petição. Há nesse ponto, evidente distanciamento entre os cidadãos portugueses e o Tribunal Constitucional.

Acreditamos que o direito de petição, em sua formatação mais simples, não é medida suficiente a garantir a participação popular no âmbito da jurisdição constitucional, sobretudo no regime jurídico instaurado pela CRP de 1976, que posicionou em seu vértice o princípio da democracia participativa.

Não é suficiente àquele fim porque temas de interesse da sociedade civil, mas colidentes aos interesses do grupo político circunstancialmente no poder, poderão ser prematuramente coartados da apreciação do Tribunal Constitucional, mediante simples, e talvez imotivado, indeferimento da representação pela autoridade que monopoliza o poder de iniciativa.

Esse ambiente de monopólio estatal do poder de iniciativa é completamente incompatível com a necessidade de se respeitar o pluralismo político na República Portuguesa, sobretudo na jurisdição constitucional. O pluralismo é suplantado, de vez, quando são inexistentes canais mínimos de participação popular nos processos de controle de normas, tais como as figuras do *amicus curiae* e da medida da audiência pública.

Como veremos adiante, os horizontes do direito comparado e do próprio direito interno português carregam a experiência de medidas que podem oxigenar com ares democráticos o procedimento de fiscalização de constitucionalidade de normas e retirá-lo desse déficit de legitimidade indisfarçável.

4.2. PRECEDENTES DO PODER DE REVISÃO SOBRE PROPOSTAS DE ACESSO POPULAR AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Entre os processos de revisão constitucional desde a promulgação do texto original da Constituição de 1976, a 4ª Revisão Constitucional de 1997 destacou-se pela deliberação de temas de interesse da jurisdição constitucional.

Ela, em síntese, alongou o mandato dos juízes do Tribunal Constitucional para nove anos, não podendo ser renovado (art. 222.º, n.º 3); suprimiu a proibição de seções especializadas, salvo para efeito da fiscalização abstrata (art. 224.º, n.º 2); além de atribuir novas competências ao Tribunal, tais como, aquelas referentes à apreciação dos requisitos relativos ao universo de cidadãos eleitores chamados a participar em referendos (art. 223.º, n.º 2.º, alínea f) e as demandas envolvendo perda de mandato e a eleições realizadas na Assembleia da República e nas assembleias legislativas regionais (art. 223.º, n.º 2, alínea g)¹⁹⁰.

Entre as várias propostas apresentadas no processo da 4ª Revisão, guardam interesse ao presente trabalho aquelas que tinham por objeto introduzir o instituto do *recurso de amparo* no sistema português e as que buscavam atribuir legitimidade ativa aos cidadãos ou grupo de cidadãos no processo de fiscalização de inconstitucionalidade. Essas propostas foram objeto de deliberação por parte da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional, ocorrida no dia 09 de julho de 1997¹⁹¹.

O PS apresentou proposta de alteração ao artigo 280.º da Constituição, em ordem a reconhecer a figura do recurso de amparo no sistema de garantia de direitos fundamentais. Entretanto, na reunião da Comissão de Revisão do dia 09 de julho de 1997, a proposta do PS restou prejudicada por falta de apoio do PSD, que havia sinalizado positivamente, mas acabou retirando-o¹⁹².

A análise do debate legislativo, ocorrido na reunião da Comissão Eventual do dia 09 de julho de 1997, revela que o instituto do *recurso de amparo* não teve o necessário apoio do PSD, porque os deputados dessa legenda estavam receosos de que o amparo, especialmente pela amplitude de seu objeto e generalizada de hipóteses de cabimento, poderia introduzir insegurança jurídica ao sistema de proteção aos direitos.

Os motivos de objeção ao *recurso de amparo* por parte do PSD foram expostos pelo Deputado Luís Marques Guedes em outro momento da sessão nos seguintes termos¹⁹³:

190 MIRANDA, Jorge – **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. TOMO VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2118-3. p. 177-179.

191 IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II Série-RC**. [Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>

192 Ibidem.

193 IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II**

“O Senhor Luís Marques Guedes (PSD): - Sr. Presidente, o PSD não concorda, genericamente pela mesma ordem de razões com que não concordou com o chamado recurso de amparo ou, melhor dito, pela mesma ordem de algumas das razões pelas quais, não só o PSD, como na sequência das audições que foram feitas nessa Comissão, acabou por se recusar o recurso de amparo. **Ou seja, uma norma desse tipo, pela sua indefinição e pela sua amplitude, teria sempre muito mais efeitos perversos e de insegurança da própria ordem jurídica do que efeitos positivos.**

Compreendo a bondade- ainda por cima, vinda de um ilustre académico como é o Professor Jorge Miranda – da preocupação, só que, como ficou (e é esse o paralelismo que o PSD faz) claramente verificado das amplas consultas que tivemos a propósito do mecanismo de recurso constitucional ou de recurso de amparo, **os efeitos perversos de normas desse tipo tendem a sobrepor-se aos potenciais benefícios que, aqui e acolá, reconhecamos, poderiam trazer para a protecção de direitos e de garantias dos cidadãos.** Por essa razão, o PSD não concorda com normas desse tipo, Sr. Presidente.” (sem ênfase no original)

Nota-se, portanto, que o *recurso de amparo* não teve apoio dos integrantes da Comissão de Revisão Constitucional, porque receosos dos efeitos prejudiciais que o mecanismo poderia acarretar ao sistema de defesa dos direitos fundamentais, sobretudo o risco de aumento descontrolado de ações dessa natureza perante o Tribunal Constitucional.

Infelizmente, pelo que se lê dos debates legislativos, os deputados da Assembleia da República não ponderaram a possibilitar de instituir requisitos rígidos de admissibilidade perante o Tribunal e deixaram de ressaltar a natureza subsidiária do mecanismo, os quais poderiam ser auridos da experiência espanhola no trato das potenciais disfuncionalidades do amparo, conforme veremos em item subsequente do trabalho. Além disso, deixaram de observar a experiência brasileira acerca dos requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário, os quais inibem o acesso descontrolado ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

Melhor sorte não assistiu ao debate sobre as propostas de reconhecimento de legitimidade ativa aos cidadãos para a declaração de inconstitucionalidade. Três agremiações partidárias (PCP, Os Verdes e PSD) apresentaram propostas, cada uma a seu modo, que visavam ampliar o rol de legitimados ao poder de iniciativa nas ações de inconstitucionalidade, possibilitando a participação popular perante a jurisdição constitucional. Houve, também, proposta de reconhecimento de legitimidade a Ordem dos Advogados, apresentada pelo Deputado Guilherme Silva (PSD), inclusive¹⁹⁴.

Série-RC.[Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>

194 IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II** Série-RC.[Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>

O PCP apresentou proposta de introduzir uma nova alínea (*h*) ao artigo 281.º, no sentido de reconhecer legitimidade ativa para a ação de inconstitucionalidade a “cidadãos eleitores em número não inferior a 10.000”. A proposta, como visto, não exigia o preenchimento de requisito especial de admissibilidade, tampouco a congregação dos cidadãos por meio de entidades representativas, bastando a confluência numérica 10.000 cidadãos eleitores. Talvez por isso, a proposta do PCP foi peremptoriamente rejeitada na reunião da Comissão de Revisão do dia 09 de julho de 1997, com votos contrários do PS, PSD e CDS-PP¹⁹⁵.

A proposta apresentada pelo partido Os Verdes propunha alteração do n.º 3 do artigo 281.º, mediante introdução de cláusula de abertura da legitimidade popular nas ações de inconstitucionalidade e ilegalidade, remetendo à legislação infraconstitucional a regulamentação da matéria. A proposta de Os Verdes foi vazada nos seguintes termos: “a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pode ainda ser requerida por grupos de cidadãos, nos termos a definir por lei.”¹⁹⁶.

A despeito de remeter a regulamentação da matéria ao legislador ordinário e congregar os cidadãos em grupos representativos, a proposta de Os Verdes também foi rejeitada na reunião do dia 09 de julho de 1997 da Comissão de Revisão, com votos contrários do PSD, com votos a favor do PCP e abstenções do PS e CDS-PP¹⁹⁷.

O resultado eclético da votação da proposta de Os Verdes, com votos favoráveis de outra agremiação (PCP) e comportamento absenteísta de outras (PS e CDS-PP), sugere que o tema não foi suficientemente debatido no âmbito da Comissão de Revisão. A análise do debate legislativo não traz os fundamentos políticos e/ou jurídicos que conduziram à rejeição da proposta de legitimidade popular nas ações de inconstitucionalidade. Os representantes de Os Verdes não se manifestaram antes de proceder à votação.

O fato é que a rejeição da proposta de Os Verdes ensejou a prejudicialidade de proposta semelhante apresentada pelo partido PS, que se absteve na votação da proposta de Os Verdes. A proposta do PS também remetia ao legislador ordinário a regulamentação da matéria, contendo a cláusula “um número de cidadãos eleitores nos termos da lei”¹⁹⁸. Enfim, o comportamento absenteísta do PS provocou não só a rejeição da proposta de Os Verdes, como

195 IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II Série-RC**, [Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>

196 Ibidem.

197 Ibidem.

198 Ibidem.

também prejudicou a análise de sua proposta.

Outra proposta digna de nota, no âmbito dos trabalhos da Comissão da 4ª Revisão Constitucional, diz respeito àquela apresentada pelo Deputado Guilherme Silva (PSD), que propunha nova alínea ao artigo 281.º e reconhecia legitimidade ativa ao “Bastonário da Ordem dos Advogados, mediante deliberação do Conselho Geral da Ordem”. Ela também foi rejeitada peremptoriamente, com votos contra por parte do PS, PSD, CDS-PP e PCP¹⁹⁹.

Entre as propostas apresentadas, e rejeitadas pela Comissão, destacam-se a de Os Verdes e a do Deputado Guilherme Silva (PSD), porque visavam introduzir novos atores no sistema de defesa da Constituição. A primeira abria a possibilidade de reconhecimento de legitimidade a entidades representativas da sociedade civil, “grupos de cidadãos”, as quais deveriam ser conceituadas e delimitadas pela legislação infraconstitucional. A segunda proposta autorizava a participação de importante entidade representativa de classe no âmbito da jurisdição constitucional: a Ordem dos Advogados.

Caso fossem aprovadas, ambas propostas tornariam mais plural e aberto a novos intérpretes o debate sobre a constitucionalidade das leis perante o Tribunal Constitucional Português. Curiosamente, já no longínquo ano de 1975, foi publicada importante obra do autor alemão Peter Häberle, como vimos alhures, problematizando a necessidade de abertura do procedimento de controle de normas, tornando-o mais pluralista. A despeito de a obra ser contemporânea à Constituição portuguesa de 1976, o pensamento de Häberle não ecoou em solo lusitano a ponto de influenciar o debate dos deputados da Assembleia da República durante os trabalhos da Comissão da 4ª Revisão Constitucional.

Do mesmo modo, não se viu, nos debates legislativos sobre aquelas propostas, a discussão sobre eventuais medidas de contenção ao excesso de demandas perante o Tribunal Constitucional, tido como potencial risco ao sistema pelos opositores ao reconhecimento da legitimidade popular. Não houve uma voz a levantar a experiência espanhola quanto ao recurso de amparo, tampouco emissário da experiência brasileira acerca da atuação das entidades de classe no controle de constitucionalidade, sobretudo a exigência da pertinência temática. Temas que serão adiante estudados.

Enfim, a despeito de o tema da participação popular na jurisdição constitucional ter sido objeto de proposta no âmbito da 4ª Revisão Constitucional, observa-se que a rejeição

199 IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II Série-RC**. [Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>.

da matéria não foi precedida de ampla discussão e debate por parte dos deputados da Assembleia da República, adiando oportunidade de materializar o princípio da democracia participativa perante o Tribunal Constitucional.

4.3. AUSÊNCIA DE INSTRUMENTOS DE ACESSO DIRETO DO CIDADÃO AO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PARA PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. O RECURSO DE AMPARO²⁰⁰.

O regime português revela-se tão refratário ao acesso popular no âmbito do sistema de garantia da Constituição, a ponto de não haver previsão de mecanismo de proteção a direitos fundamentais direcionados a Corte Constitucional, mediante provocação do próprio indivíduo.

O cidadão não só foi excluído da participação nas ações de controle de constitucionalidade, seja diretamente ou por meio de entidades representativas da sociedade civil, como também não lhe é reconhecido instrumento de acesso direto ao Tribunal Constitucional, em ordem a garantir o respeito a direitos fundamentais contra atos do Poder Público.

Vale dizer, o regime de garantia a direitos constitucionais dos portugueses, sob a égide da Constituição de 1976, não conta com instrumento de controle de atos inconstitucionais do Poder Público, cuja repressão competiria ao Tribunal Constitucional mediante iniciativa do cidadão. A esse instrumento de proteção a direitos fundamentais do cidadão perante a Corte Constitucional costuma-se designar de *recurso de amparo*.

A par dos mecanismos tradicionais de controle de constitucionalidade de leis em sentido amplo, alguns sistemas jurídicos preveem mecanismos que autorizam o particular acessar diretamente o Tribunal Constitucional (ou outro órgão que faça as vezes de Corte Constitucional) e obter a declaração de inconstitucionalidade de um ato do poder público (ou, indiretamente, de outro particular) e, conseqüentemente, a proteção jurídica de direitos fundamentais.

O Recurso de Amparo é contextualizado no âmbito das garantias de acesso à tutela jurisdicional efetiva e em tempo razoável. Ele pode ser encarado também como meio de

²⁰⁰ O tema *recurso de amparo* foi desenvolvido em maior profundidade pelo autor em relatório sob o título "O RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL", apresentado para conclusão da unidade curricular "Direito Constitucional", ministrada pelo Professor Doutor Pedro Trovão do Rosário, no âmbito do mestrado em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, Turma IBEA 2014.2.

facilitar o acesso democrático à jurisdição constitucional, na medida em que o rol de legitimados ativos refoge ao estreito âmbito de entidades públicas ou autoridades, tradicionalmente previsto para instaurar a fiscalização de constitucionalidade, e recai sobre a figura de qualquer particular que procura tutelar um direito fundamental violado ou na iminência de violação.

Em linhas gerais, conceitua-se o Recurso de Amparo como remédio jurídico que autoriza o acesso de particular à jurisdição constitucional, com vista a obter tutela a direito subjetivo fundamental contra ato do Poder Público ou, em alguns sistemas, contra, indiretamente, ato de particulares. Característica fundamental que marca o Recurso de Amparo nos sistemas jurídicos que o disciplinam diz respeito à sua *subsidiariedade*. O Recurso de Amparo somente poderá ser manejado após o esgotamento de todos os outros remédios jurídicos previstos para proteção aos direitos.

Ele não deve retirar da jurisdição ordinária a prerrogativa de, inicialmente, conhecer dos litígios que envolvam lesão a direitos fundamentais, cabendo sua utilização apenas quando todos os outros mecanismos foram utilizados e revelaram-se malsucedidos²⁰¹.

Outra nota fundamental do Recurso de Amparo diz respeito ao seu âmbito de proteção. Esse âmbito de proteção pode ser enfocado sob dois aspectos: a) o objeto da tutela jurisdicional, retratando qual categoria de direitos subjetivos seria passível de proteção e b) a natureza do ato (público ou privado) contra o qual a tutela jurisdicional é invocada.

Em relação ao objeto da tutela jurisdicional, observa-se que há sistemas jurídicos que autorizam o manejo do Recurso de Amparo para tutelar rol amplo de direitos (notadamente aqueles de viés Latino-Americano), enquanto outros restringem-no à tutela de categoria restrita de direitos tidos como fundamentais (marcadamente aqueles de viés Europeu)²⁰².

Quanto à natureza do ato impugnado via Recurso de Amparo, há sistemas que preveem o seu manejo apenas contra atos do poder público (a exemplo do sistema Alemão e Espanhol) e outros ordenamentos que autorizam a utilização do RA não só para impugnar atos do poder público, mas também, indiretamente, atos praticados por particulares²⁰³.

201 AMARAL, Karina Almeida do - O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá. ISSN 1510-4974. Ano XVIII, 2012, pp. 13-35.

202 Vide levantamento dos dispositivos constitucionais que preveem o recurso de amparo no Direito Europeu e no Direito Latino-Americano in ROSÁRIO, Pedro Trovão do - O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 43-63.

203 AMARAL, Karina Almeida do - O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá. ISSN 1510-4974. Ano XVIII, 2012, pp. 13-35.

Note-se, nesse passo, que o Recurso de Amparo Espanhol tem sido o parâmetro de análise do instituto no Direito Comparado. Isso ocorre principalmente pela formação de farta jurisprudência do Tribunal Constitucional Espanhol acerca de sua utilização como mecanismo de tutela de direitos fundamentais.

O recurso de amparo constitucional nasceu em Espanha com a Constituição de 1978, caracterizando-se como instrumento necessário à tutela de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e às liberdades públicas²⁰⁴.

Atualmente, ele vem disciplinado pelo artigo 53.2²⁰⁵ da Constituição espanhola nos seguintes termos:

“2.Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.”

O processamento do recurso de amparo constitucional ocorre perante o Tribunal Constitucional Espanhol. A Constituição Espanhola prescreve em seu artigo 161²⁰⁶ que:

“1. El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a esta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada.

b) del recurso de amparo por violación de los derechos y libertades referidos en el artículo 53, 2, de esta constitución, en los casos y formas que la ley establezca.

c) de los conflictos de competencia entre el estado y las comunidades autónomas o de los de estas entre si.

d) de las demás materias que le atribuyan la constitución o las leyes orgánicas.

2. El gobierno podrá impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las comunidades autónomas. La impugnación producirá la suspensión de la disposición o resolución recurrida, pero el Tribunal, en su caso, deberá ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses”.

204 FERREIRA, Emanuel de Melo – La correlación entre la especial transcendencia constitucional del recurso de amparo español y la repercusión general del recurso extraordinario brasileño. **Debates em Direito Público**. [Em linha]. Belo horizonte. Ano 10, n.º 10, outubro de 2011. p. 2. [Consult. em 18 de novembro de 2014]. Disponível em http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/titulo/correlacion-especial-trascendencia-constitucional-recurso-amparo-espa%C3%B1ol-repercusion-general-recurso/id/56556996.html.

205 Constituição Espanhola. [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&tipo=2>

206 Ibidem.

O Recurso de Amparo Constitucional espanhol constitui manifesto instrumento de proteção a direitos fundamentais contra atos do Poder Público. Ele é caracterizado pela subsidiariedade em relação aos demais instrumentos previstos no ordenamento jurídico, podendo ser manejado após o esgotamento destes últimos²⁰⁷.

Ao lado da subsidiariedade, previu-se também a característica da definitividade, no sentido de que não basta o esgotamento dos mecanismos previstos perante a jurisdição ordinária, mas que eles tenham sido utilizados na forma e tempo previstos. Assim, exige-se, para fins de admissibilidade do recurso de amparo espanhol, um esgotamento dito “reforçado” das vias ordinárias, isto é, que sejam previamente utilizados *na forma e tempo adequados* os mecanismos processuais, sob pena de não haver cumprido o requisito da definitividade²⁰⁸.

Atualmente, encontra-se em debate na comunidade jurídica espanhola a repercussão da reforma do procedimento previsto para os processos de competência no Tribunal Constitucional, sobretudo aquele atinente ao recurso de amparo.

Houve alteração da *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (Ley Orgánica 6/1985)* pela *Ley Orgánica 6/2007*.

Merece destaque o item II²⁰⁹ da exposição de motivos da *Ley Orgánica 6/2007*, que revela as razões para reforma do processamento do recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional.

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

(...)

II

La experiencia acumulada tras más de 25 años de actividad del Tribunal Constitucional desde su creación ha puesto de manifiesto la existencia de una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal. **Entre ellas destaca, por un lado, el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal.** Por otro lado, la realidad de los hechos ha permitido también constatar la lentitud de los procedimientos que se desarrollan ante este Alto Tribunal, cuestiones todas ellas respecto de las que es el momento de dar respuesta legislativa. **En este sentido, esta ley orgánica intenta dar solución a todo este conjunto de problemas, y para ello procede a adecuar la normativa para dar respuesta a los problemas y exigencias que se derivan de la realidad práctica del funcionamiento y organización del Tribunal**

207 FERREIRA, Emanuel de Melo – La correlación entre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo español y la repercusión general del recurso extraordinario brasileño. *Debates em Direito Público*. [Em linha]. Belo horizonte. Ano 10, n.º 10, outubro de 2011. p. 6. [Consult em 18 de novembro de 2014]. Disponível em http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/correlacion-especial-trascendencia-constitucional-recurso-amparo-espa%C3%B1ol-repercusion-general-recurso/id/56556996.html.

208 Ibidem.

209 *Ley Orgánica n.º 6/2007*. [Consult. 18 nov. 2014]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483>.

Constitucional.

Así, respecto al mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la ley procede a establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. **Se trata de medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria.**” (grifamos)

Observa-se que as razões expostas para reforma do procedimento do TC espanhol invocam a necessidade de estabelecer requisitos de admissibilidade ao recurso de amparo, com vista a preservar a sua natureza subsidiária e acautelar o funcionamento da própria Corte Constitucional.

Ferreira²¹⁰ observa que os pilares da reforma na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional referem-se à restrição ao acesso ao recurso de amparo, tornando-o mais seletivo e à ampliação de um mecanismo excepcional de proteção à violação de aspectos concretos de do direito processual à tutela jurisdicional efetiva, denominado “incidente de nulidad de actuaciones”.

No Direito Alemão, a seu turno, o Recurso de Amparo carrega também em seu “DNA” o propósito de possibilitar o acesso direto do cidadão ao Tribunal Constitucional. A exemplo dos regimes espanhol e latino-americanos, o Recurso de Amparo no Direito Alemão detém natureza subsidiária em relação aos demais remédios de proteção aos direitos previstos pelo ordenamento jurídico interno.

O Recurso de Amparo foi introduzido na LTCFA em 1951 e, posteriormente, em 1969, foi enraizado na Constituição Alemã (GG), funcionando como mecanismo de proteção a direitos fundamentais quando qualquer pessoa considere que o poder público lesou um dos seus direitos fundamentais ou um dos direitos previstos nos arts. 20º.4, 33º, 38º, 101º, 103º e 104º, todos da Constituição Alemã.

Häberle²¹¹ defende que a criação do Recurso de Amparo e a utilização desse

210 FERREIRA, Emanuel de Melo – La correlación entre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo español y la repercusión general del recurso extraordinario brasileño. **Debates em Direito Público**. [Em linha]. Belo horizonte. Ano 10, n.º 10, outubro de 2011. p. 13. [Consult em 18 de novembro de 2014]. Disponível em http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/correlacion-especial-trascendencia-constitucional-recurso-amparo-espa%C3%B1ol-repercusion-general-recurso/id/56556996.html.

211 HÄBERLE, Peter – O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. In GÁRCIA BELAUNDE e F. FERNANDEZ SEGADO, coord. - *La jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 225 ss.

instrumento de proteção a direitos fundamentais transformou o Tribunal Constitucional Federal Alemão em um verdadeiro “Tribunal Cívico”, justamente pela ampla possibilidade de acesso popular à Corte Constitucional. O jurista sustenta que:

“Daqui se depreende que a função da Constituição na protecção dos direitos fundamentais *individuais* (subjectivos) é apenas *uma* faceta do recurso de amparo. Este tem uma *dupla função*, subjectiva e objectiva, consistindo esta última em “assegurar o Direito Constitucional objectivo” (E 33, 247 [258 e seguinte], ver também E 85, 109 [113]). Por esta razão, o recurso de amparo pode ser considerado como extraordinário, como “o último e subsidiário auxílio jurídico” dos cidadãos, graças ao qual podem defender-se dos ataques do poder público aos seus direitos fundamentais (E 18, 315 [325]). Depois do esgotamento de todas as possibilidades, resta ao cidadão o caminho para o TCFA como “último asilo” (W. BÖHMER). Daí que se tenha feito um uso considerável deste por parte dos requerentes. Deste modo, o TCFA funciona como um ‘tribunal cívico’”.

Regressando ao sistema português, nota-se que a doutrina procura encontrar cláusulas de abertura no sistema de proteção de direitos fundamentais, em ordem a possibilitar o ingresso do recurso de amparo.

A despeito da falta de dispositivo específico sobre o recurso constitucional de amparo, a CRP de 1976 veicula dispositivos que sinalizam como *porta de entrada*²¹² ao sistema daquele mecanismo de proteção a direitos fundamentais. Cite-se, a título de exemplo, o dispositivo constitucional que prevê a garantia do *acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva* (art. 20º, 1 a 5). Vejamos²¹³:

Artigo 20.º

Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

212 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 43-63.

213 Constituição Portuguesa. [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

O artigo 20º da CRP de 1976 possui nítida inspiração no artigo 6º/1 da Convenção para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 04 de novembro de 1950, conhecida como Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cujos termos prescrevem que²¹⁴:

“Artigo 6.º (Direito a um processo equitativo)

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

Rosário²¹⁵ alerta, entretanto, acerca da necessidade de se acautelar os requisitos de conhecimento *do recurso de amparo* pelo Tribunal Constitucional, sob pena de sobrecarregar as atividades do tribunal e inviabilizar o devido processamento do remédio constitucional. Ele cita a experiência espanhola, cujo Tribunal Constitucional passou a promover a imposição de multa aos recorrentes em amparo que litigam de má-fé, utilizando do poder conferido pelo número 4 do artigo 95 da Lei Orgânica deste Tribunal Constitucional.

Verifica-se também tendência à consolidação de outro requisito de admissibilidade do recurso de amparo no Tribunal Constitucional Espanhol, consistente na exigência de que o

214 ROSÁRIO, Pedro Trovão do – O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 43-63.

215 Ibidem.

recorrente demonstre a especial transcendência constitucional da demanda objeto de julgamento.

Araújo²¹⁶ informa que essa tendência aponta para o aprofundamento dos mecanismos de “filtragem” ou seleção dos ampargos, relatando a existência de anteprojeto de reforma da LOTC, apresentado pelo Governo espanhol, que impõe ao recorrente comprovar que “[...] que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el mismo, dada su especial transcendencia constitucional.”.

Como vimos, o sistema de controle de constitucionalidade português revela-se hermético ao acesso popular, seja para participação nas ações de inconstitucionalidade, seja para a proteção de direitos fundamentais individuais. Entretanto, a doutrina tem se esforçado em processo hermenêutico para reconhecer elemento de abertura no sistema ao recurso de amparo, sem deixar de apontar requisitos de admissibilidade desse instrumento de proteção, impedindo seu uso abusivo e, prejuízo à própria funcionalidade da Corte Constitucional.

4.4. CONTRIBUTO DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA SOBRE A ABERTURA PROCEDIMENTAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDAS MITIGADORAS AO USO ABUSIVO DO PODER DE INICIATIVA.

4.4.1. Os legitimados integrantes da sociedade civil.

No capítulo III do presente estudo, em sede de direito comparado, abordamos as principais características do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade em abstrato de normas. Ali, referiu-se que o constituinte de 1988 estabeleceu amplo rol de legitimados ativos à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, extinguindo o monopólio que era reservado no regime anterior ao Procurador-Geral da República.

De fato, a Constituição de 1988 reconheceu legitimidade ativa, além do tradicional Procurador-Geral da República, ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados, à Mesa de Assembleia Legislativa, à Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao Governador de Estado ou do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ao

216 ARAÚJO, António de; TELES PEREIRA, J.A. - A Justiça Constitucional nos 30 anos da Constituição Portuguesa: notas para uma aproximação ibérica. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*. RBDC n.º 10, jul./dez. 2007.

partido político com representação no Congresso Nacional, à confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103)²¹⁷.

Agora, ao interesse de nosso estudo, convém aprofundarmos as principais características daqueles legitimados ativos que não integram o aparelho estatal, porque o reconhecimento de seu direito de ação retrata a abertura do procedimento de controle de constitucionalidade ao princípio da participação da sociedade civil. São eles designadamente: a) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB; b) as Confederações Sindicais e c) as Entidades de Classe de Âmbito Nacional.

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, conselho de classe dos advogados brasileiros, inaugura o rol de entidades não estatais com poder de propositura de ação de inconstitucionalidade. Ao Conselho Federal é reconhecida legitimidade universal para o controle de constitucionalidade, a exemplo do PGR, Presidente da República e outros órgãos legitimados, podendo levar ao conhecido do Supremo Tribunal Federal qualquer tipo de impugnação de inconstitucionalidade, não sendo necessariamente relacionadas aos interesses da classe de advogados.

O reconhecimento de legitimidade ativa ao Conselho profissional dos advogados brasileiros guarda coerência com a importância institucional que a Constituição guardou em relação à própria função da advocacia no ordenamento brasileiro, reconhecendo expressamente que "o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei" (art. 133). A advocacia é ombreada nesse quadro de essencialidade à administração da justiça pelo Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública (arts. 127 a 135).

A jurisprudência²¹⁸ do Supremo Tribunal Federal reconhece legitimidade universal ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, de modo que não lhe são exigidos requisitos especiais de admissibilidade da petição inicial no processo de controle, tal como ocorre em relação aos demais legitimados oriundos da sociedade civil.

Como veremos adiante, a jurisprudência²¹⁹ do STF, com vista a preservar o regular funcionamento da corte e impedir demandas temerárias, consolidou entendimento de que as *confederações sindicais* e as *entidades de classe de âmbito nacional* precisam demonstrar

217 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

218 ADI 3, Rel. Min. Moreira Alves. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

219 ADI 202-BA, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; ADI 159-PA, Rel. Min. Octavio Gallotti; ADI 893-PR, Rel. Min. Carlos Velloso. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

vinculação mínima entre o objeto da impugnação e os interesses que essas entidades visam tutelar, o que se denomina de *pertinência temática*.

Pois bem. Começemos pela análise das principais características da legitimidade reconhecida às *confederações sindicais*. O conceito de confederação sindical é delimitado pela legislação trabalhista, cujo texto prescreve que as "confederações sindicais organizar-se-ão com o mínimo de 03 (três) federações e terão sede na Capital da República" (art. 535 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT)²²⁰. Assim, percebe-se que o constituinte brasileiro reservou a legitimidade ativa apenas às organizações de maior estatura e dimensão no quadro da representatividade das atividades profissionais.

Ao lado das *confederações sindicais*, figuram, como vimos, as *entidades de classe*.

Não há conceituação legal do que seja *entidade de classe* para os fins de reconhecimento de legitimidade ativa, de modo que coube à jurisprudência do STF e à doutrina brasileira identificar um denominador comum que pudesse individualizá-las frente à panóplia de organismos sociais que vicejam no sistema brasileiro.

O critério reitor da diferenciação entre outros organismos sociais é que as *entidades de classe* têm por base um *interesse comum essencial* de determinada categoria, devendo ser integradas por pessoas pertencentes à mesma categoria. Excluem-se, portanto, os grupos formados circunstancialmente para a defesa de interesses comuns, tais como a associação de empregados de uma empresa²²¹.

Logo, em regra, não se reconhece legitimidade a entidades constituídas por indivíduos pertencentes a categorias sociais, profissionais ou econômicas distintas (cujos interesses individualmente considerados podem ser conflitantes), nem mesmos às entidades que congregam pessoas jurídicas de direito privado, porque a *entidade de classe* reclama "a participação dos indivíduos que integram a categoria, e não apenas as entidades privadas constituídas para representá-los"²²².

Superada a conceituação das *confederações sindicais* e das *entidades de classe*, importante referir que ambas estão sujeitas a dois requisitos condicionadores de sua legitimidade, quais sejam: a) a dimensão nacional desses entes e b) a *pertinência temática*.

220 Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei n.º 5452/43, 1.º de maio. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

221 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999. 3ª edição. 2ª tiragem.** São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p. 170.

222 Ibidem. p. 171.

O requisito da dimensão nacional foi previsto pelo próprio texto constitucional, que qualificou aqueles legitimados oriundos da sociedade civil como entidades de "âmbito nacional" (art. 103, IX, parte final). Embora prescreva a dimensão nacional das *confederações sindicais* e das *entidades de classe*, o constituinte de 1988 não traçou o conteúdo dessa qualificadora, reservando o seu preenchimento ao exercício da jurisprudência da Corte Constitucional brasileira.

Não havendo legislação específica sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento (ADI 386-ES, Rel. Min. Sidney Sanches; ADI 108-DF, Rel. Min. Celso de Mello) de que o conteúdo do conceito de "âmbito nacional" deve ser recolhido da legislação que disciplina a criação dos partidos políticos, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos, Lei n.º 9.096/95, que prescreve que tais entidades devem ter representação em pelo menos 09 (nove) Estados da Federação brasileira. Assim, não é suficiente que esses organismos proclamem em seus atos constitutivos simples declaração formal de atuação com performance nacional, exigindo a efetiva presença de membros naquele número mínimo de Estados²²³.

De outro lado, com o propósito de zelar pelo regular funcionamento da Corte, o Supremo Tribunal Federal adotou o requisito da *pertinência temática* em relação às confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional. É certo que parte da doutrina critica seriamente essa criação jurisprudencial porque não há previsão desse limitador no texto constitucional.

Entretanto, a adoção do requisito da *pertinência temática*, como veremos, dificulta a ocorrência de acréscimo descontrolado de ações de inconstitucionalidade, congestionando o fluxo de atividades da Corte Constitucional e acarretando, conseqüentemente, o risco de conversão daquele mecanismo de controle abstrato de normas em ação popular individual de inconstitucionalidade.

Entende-se por *pertinência temática* a relação de pertinência entre o objeto da ação de inconstitucionalidade e as atividades de representação da confederação sindical ou da entidade de classe de âmbito nacional²²⁴. Ou seja, é fundamental que a norma objeto de impugnação guarde relação de pertinência com os interesses sociais que subjazem àqueles entidades representativas.

223 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999. 3ª edição. 2ª tiragem.** São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p.172-173.

224 MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9868, de 10/11/1999. 3ª edição. 2ª tiragem.** São Paulo: Saraiva, 2009. 637 p. ISBN 978-85-02-07197-1. p.175.

Volta-se a dizer que parte da doutrina brasileira, não sem razão, critica severamente essa restrição que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impôs àquelas entidades da sociedade civil. Isso por dos simples fundamentos: um porque o processo de controle abstrato de normas é processo objetivo e não há que se falar em interesse de agir do legitimado e dois porque o próprio texto constitucional não previu tal restrição, vedando-se, inclusive, previsão nesse sentido por parte do legislador ordinário, quiçá da Corte Constitucional²²⁵.

Cremos, como dito, que se trata de jurisprudência defensiva da Corte Constitucional (*self-restraint*), em ordem a zelar pelo seu regular funcionamento, impedindo a propositura desenfreada de ações de inconstitucionalidade, convertendo-a em ação popular individual de inconstitucionalidade.

Esse requisito, portanto, temporiza os riscos de abuso do direito de propositura das ações de inconstitucionalidade por parte das *confederações sindicais* e *entidades de classe de âmbito nacional*. Ele exclui, também, a possibilidade de surgimento, na *praxis*, de uma ação popular individual de inconstitucionalidade que não foi prevista expressamente pelo texto constitucional.

Por fim, vimos que a experiência brasileira traz importante contributo ao estudo do princípio da participação no processo de controle de constitucionalidade. Ela amadureceu, após a Constituição de 1988, a ponto de migrar de cenário em que havia legitimação exclusiva do Procurador-Geral da República para ambiente no qual convivem inúmeros legitimados à ação de inconstitucionalidade, destacando-se entidades não integrantes do sistema político.

Essa evolução no sentido de fortalecer a participação popular no controle abstrato de normas ocorreu em ordenamento constitucional que não prevê expressamente o princípio da democracia participativa, tal como o sistema português instituído em 1976. Note-se que o princípio democrático aparece no texto constitucional brasileiro de modo indireto, como modelo do regime político do Estado de Direito (art. 1.º, *caput* e § único), não havendo tampouco referência explícita ao objetivo de proceder ao *aprofundamento da democracia participativa* e incentivar *a participação dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais*, como faz o congênere português (art. 2.º e 9.º/c da CRP).

Nos tópicos seguintes, observaremos outros mecanismos de abertura do processo de constitucionalidade ao princípio democrático.

225 Ibidem. p.185-186.

4.4.2. O *Amicus Curiae*.

Nesse tópico, importante observar a prática do mecanismo do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, porque este sistema jurídico pertence à mesma família do sistema português, qual seja, a tradição romano-germânica ou da *civil law*.

É sabido que o *amicus curiae*, designando como o "amigo da Corte", tem sua origem nos sistemas jurídicos da *common law*, inicialmente no direito inglês e posteriormente desenvolvido no direito norte-americano. Em poucas palavras, a tradição do *common law* situa os precedentes judiciais como a fonte principal do direito, cabendo à lei apenas consolidar o entendimento jurisprudencial sobre os costumes jurídicos²²⁶.

No sistema da *common law*, os juízes têm primazia em relação ao legislador no processo de explicitação das normas jurídicas, afirmando-se, inclusive, que a lei somente passa a traduzir norma jurídica após a sua aplicação pelo poder judiciário. Nesse ambiente de precedência judicial, o sistema confere a todos os integrantes do Poder Judiciário o poder-dever de exercer o controle de constitucionalidade das leis, podendo recusar aplicação, no julgamento de casos concretos, a normas infraconstitucionais que se revelam contrárias à Constituição²²⁷.

Esse modelo de jurisdição constitucional, no qual todos os juízes estão habilitados ao controle de normas, é denominado pela doutrina de modelo da cumulação ou unitário, na medida em que o Poder Judiciário exerce tanto a jurisdição sobre demandas ordinárias como sobre demandas que tenham por objeto a questão de constitucionalidade.

Como visto, o modelo da jurisdição unitária, típico da tradição da *common law*, atribui a todos os juízes o poder-dever de controlar as normas, mas limita os efeitos da decisão de inconstitucionalidade ao caso concreto. A doutrina do *judicial review* postula que, havendo reconhecimento de inconstitucionalidade de uma norma como questão prejudicial ao exame de mérito de uma demanda, o juiz pode afastá-la e proceder ao julgamento de acordo com esse entendimento, cujos efeitos estarão limitados às partes da controvérsia – *inter partes*²²⁸.

Entretanto, há a possibilidade de as partes recorrerem e a questão de

226 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 24.

227 Ibidem. p. 26.

228 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 43-44.

inconstitucionalidade ser submetida a julgamento pela Corte Superior, que, no caso americano, é a Suprema Corte. Quando o órgão de cúpula do Poder Judiciário no sistema da *common law* reconhece a inconstitucionalidade de uma lei, fixa-se importante precedente que tem aptidão para ultrapassar os limites do caso concreto e servir de referencial ao julgamento das demais demandas submetidas ao poder jurisdicional²²⁹.

Trata-se da conhecida regra do *stare decisis*, segundo a qual "no momento em que uma Corte Superior, em especial a Suprema Corte, afasta a aplicação de um *statute* por ser inválido, essa decisão adquire poder vinculante e, inevitavelmente, seus efeitos são irradiados para outras controvérsias judiciais análogas"²³⁰.

A regra do *stare decisis* é a chave para entender a introdução do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade americano. A partir do momento em que a regra do *stare decisis* atribui efeitos gerais ao tradicional controle concreto e difuso de constitucionalidade, a sociedade passar a reclamar a possibilidade de participar de lides de terceiros, porque justamente os efeitos das decisões podem constituir precedente a reger casos análogos. A doutrina aponta, nesse sentido, o mecanismo do *amicus curiae* "como instrumento jurídico para informar e convencer o Poder Judiciário das possíveis consequências de suas decisões, especialmente no âmbito do *judicial review*."²³¹.

A referência ao sistema da *common law* e suas características serve apenas para entendermos a origem do instituto do *amicus curiae*, que foi concebido como mecanismo a possibilitar a pluralidade do debate constitucional, mediante a participação de entidades não interessadas diretamente na demanda, diante da possibilidade de as decisões judiciais repercutirem para além da esfera jurídica dos litigantes.

De outro lado, maior interesse ao presente trabalho, é abordar o instituto do *amicus curiae* nos sistemas jurídicos de mesma matriz que o português, isto é, os de viés romano-germânico ou da *civil law*.

Diferentemente do *common law*, os sistemas da *civil law* transportam a lei para o eixo central do sistema jurídico, reconhecendo-a como fonte principal do direito, cabendo à jurisprudência apenas o dever de interpretação e aplicação. A formação do direito cabe, portanto, à atividade do legislador, mediante a produção legislativa, limitando sobremaneira a atividade dos juízes, a quem cabe apenas interpretar a vontade da lei e aplicá-la aos casos concretos sob julgamento.

229 Ibidem. p. 45.

230 Ibidem. p. 45.

231 Ibidem. p. 47.

Talvez por reconhecer o conteúdo político da jurisdição constitucional e pela necessidade de limitar a atividades dos juízes, os sistemas da *civil law* optaram pela concepção de um modelo dualista de jurisdição ou modelo da separação, onde são atribuídas as funções jurisdicionais ordinárias ao Poder Judiciário e a função jurisdicional constitucional a um órgão a parte do Poder Judiciário, cuja composição e funcionamento seguem regras próprias, designando-o de Corte Constitucional.

Assim, no direito de matriz romano-germânica, a função de defesa da Constituição é retirada dos juízes ordinários e atribuída, com exclusividade, às Cortes Constitucionais, a exemplo do que ocorre em Espanha, Áustria e Alemanha. Nesses países, o controle de constitucionalidade é exercido, com exclusividade, pelas Cortes Constitucionais, cujas decisões, no controle abstrato, possuem efeitos gerais e poder vinculante aos demais órgãos do poder político. O exame mais aprofundado do sistema de controle de constitucionalidade nos países de tradição romano-germânica fora realizado em outras passagens desse estudo para onde remetemos a leitura.

Aqui, convém apenas abordar como o mecanismo do *amicus curiae* tem ou não tem sido introduzido nos países da *civil law*. Nesses países, geralmente não se verifica referência ao *amicus curiae* nos textos constitucionais, havendo, entretanto, a previsão de dispositivos com conteúdo probatório (requisição de informações técnicas) nas leis orgânicas que disciplinam os respectivos Tribunais Constitucionais, os quais podem atribuir interpretação apta a autorizar a participação do *amicus curiae* ou não²³². Vejamos:

Na Espanha, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional prevê a possibilidade de a Corte requisitar informações a *experts* e proceder à colheita de provas quando se fizerem necessárias, mediante provocação da parte ou de ofício. É o que prescreve o artigo 89, 1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol, nos seguintes termos: "El Tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar la práctica de prueba cuando lo estimare necesario y resolverá libremente sobre la forma y el tiempo de su realización, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta días"²³³.

A prática do Tribunal não tem aproveitado as potencialidades do dispositivo, entretanto. Apesar da previsão de poder instrutório ao relator das ações de inconstitucionalidade, albergando, portanto, a possibilidade de diversos setores da sociedade

232 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 87-88.

233 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 87-88.

prestarem informações de interesse do julgamento, contribuindo para tornar o debate constitucional mais plural, a jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol tem se mostrado muito refratária à participação de entes não legitimados no controle de constitucionalidade, sobretudo porque sustenta que a natureza objetiva do controle abstrato não é compatível com a intervenção de terceiros. O Tribunal espanhol reforça também a barreira ao acesso do *amicus curiae* ao argumento de inexistência de previsão legal expressa²³⁴.

Na Alemanha, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional é mais explícita em autorizar o ingresso de terceiros no processo de controle de constitucionalidade, prevendo a possibilidade de convocação de terceiros para manifestar opinião sobre o tema sob julgamento (art. 27 *a*) e a faculdade instrutória ao juiz constitucional, nos moldes do sistema espanhol (art. 26). Logo, qualquer indivíduo ou entidade têm a faculdade de apresentar, na qualidade de *amicus curiae*, memoriais perante a Corte Constitucional²³⁵.

Entretanto, a doutrina pontua que se instalou a prática nesse procedimento de se exigir de tais entidades interessadas que elas submetam sua participação à prévia análise de um catedrático, que posteriormente acaba ajuizando a petição, o que evidentemente contraria a essência democrática do instituto do *amicus curiae*, transformando o que era para ser um debate plural em um debate dialético entre catedráticos²³⁶. Logo, a experiência alemã não tem muito a oferecer acerca da contribuição do *amicus curiae* enquanto mecanismo de democratização do controle de constitucionalidade.

Em Portugal, por sua vez, a Lei n.º 28/82, Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, também prevê o poder instrutório de os juízes constitucionais requisitarem informações a quaisquer entidades ou órgãos de interesse do julgamento da questão constitucional (art. 64-A). Entretanto, a doutrina observa que a jurisprudência do Tribunal Constitucional tem associado a atuação do Ministério Público à figura do *amicus curiae*, qualificando expressamente o Ministério Público como *amicus curiae* nos processos em que é chamado a apresentar parecer sobre a questão constitucional²³⁷.

234 Ibidem. p. 90-91.

235 Ibidem. p. 88.

236 GONTIJO, André; SILVA, Christine Oliveira Peter da. - O papel do *amicus curiae* no processo constitucional: a comparação com o decision-making como elemento de construção do processo constitucional no âmbito do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.16, n.64, jul./set. 2008, p. 61 *apud* BISCH, Isabel da Cunha – O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 88-89.

237 BISCH, Isabel da Cunha – O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 89.

A título de exemplo, Bisch cita os seguintes julgados²³⁸:

"No acórdão 345/99, foi feita a seguinte referência sobre a atuação do Ministério Público: 'o seu papel é, assim, o de um *conselheiro imparcial*, assemelhando-se a de um *amicus curiae*'. No acórdão 412/00, relativo a um caso de adoção, foi adotado similar posicionamento: '[...] o parecer elaborado [...] representa a defesa de um interesse público da protecção dos interesses do menor, não deixando o Ministério Público de agir como um *amicus curiae*'. Não difere, por fim, o entendimento da Corte no acórdão 582/00, em que ficou assentado que o Ministério Público 'funciona como órgão auxiliar de justiça, como *amicus curiae*, permitindo ao julgador uma reflexão mais esclarecida das razões expostas e uma decisão melhor ponderada'."

Com a devida vênia, não é imune a críticas o posicionamento do Tribunal Constitucional português acerca da conformação do *amicus curiae*, repousando-o sobre as atividades do Ministério Público.

Parece-nos que não é adequada a correlação do *amicus curiae* com a atuação do Ministério Público nos processos de constitucionalidade. Cabe ao Ministério Público representar o Estado português (art. 219.º/1 da CRP), o que não se coaduna com a natureza do *amicus curiae* que almeja autorizar o ingresso de novos sujeitos (entidades da sociedade) no processo de controle de constitucionalidade.

Além disso, o Ministério Público, na pessoa do Procurador-Geral da República, já possui legitimidade ativa para propor a ação de inconstitucionalidade, devendo-se reconhecer que a sua atuação ocorre a título de *custos legis* quando tiver de intervir nas ações propostas pelos demais legitimados. A atuação de *custos legis* é ônus da instituição do Ministério Público enquanto responsável por zelar pela legalidade democrática, sobretudo a supremacia da Constituição (art. 219.º/1, parte final, da CRP).

Diversamente, a função de *amicus curiae* visa tornar mais plural a discussão sobre o tema posto sob julgamento da Corte, o que somente poderá ser atingindo, mediante a inserção de outros atores no processo de controle de constitucionalidade, especialmente aqueles provenientes da sociedade civil. Não se pode confundir a missão de *custos legis* do Ministério Público com a missão do *amicus curiae*, portanto. Adiante, a experiência brasileira demonstrará como isso vem ocorrendo.

Transportar, nesse passo, a experiência brasileira sobre o *amicus curiae* é fundamental, não apenas porque ambos países pertencem à mesma tradição jurídica do direito romano-germânico, mas também porque em ambos há um sistema sincrético de controle de constitucionalidade, congregando-se elementos do sistema de controle incidental, concreto e difuso (modelo americano), com componentes do sistema direto, em abstrato e concentrado

238 Ibidem. p. 89.

(modelo europeu).

É dizer, tanto em Portugal, como no Brasil, verifica-se a presença de um controle misto de constitucionalidade, atribuindo a todos os juízes e a uma Corte Constitucional, cada um com características e efeitos próprios, a tarefa de defesa da Constituição.

No Brasil, a figura do *amicus curiae* foi introduzida, oficialmente, no controle de constitucionalidade, com a edição de legislação que disciplinou referidos procedimentos, quais sejam: as Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99. A primeira disciplinou o procedimento das ações diretas de inconstitucionalidade e das ações declaratórias, enquanto a segunda disciplinou o rito da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A doutrina refere que o legislador brasileiro de 1999 foi fortemente influenciado pelo pensamento do jurista alemão Peter Häberle, para quem o processo hermenêutico e a conformação da realidade constitucional devem contar com a participação de outros atores da sociedade que não apenas os órgãos do Poder Público. Com isso, a figura do *amicus curiae* passou a ser concebida como mecanismo de abertura procedimental no processo de controle de constitucionalidade²³⁹.

Para Häberle, como vimos, a interpretação da norma jurídica, seja ela de índole constitucional ou legal, está sujeita aos influxos das concepções de novos sujeitos, integrantes da sociedade, tornando o processo hermenêutico aberto e plural, resultando na configuração de uma "sociedade aberta de intérpretes". Com isso, segundo o pensamento do jurista alemão, o processo de controle de constitucionalidade das leis tornar-se-á mais democrático²⁴⁰.

As Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99 preveem expressamente a possibilidade de haver a participação de entidades, grupos e outros atores sociais no processo de constitucionalidade, ao lado dos tradicionais órgãos e autoridades legitimados. A disciplina legal prevê duas formas de ingresso desses sujeitos perante a Corte Constitucional, uma por força de requisição do relator do processo e outra mediante requerimento do interessado. Vejamos a disciplina legal:

"Lei n.º 9.868/99²⁴¹

Art. 7º Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá,

239 BISCH, Isabel da Cunha – **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 104.

240 Ibidem, p. 105.

241 Lei n.º 9.868/99, de 10 de novembro. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm

por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento.

§ 1º Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º O relator poderá, ainda, solicitar informações aos Tribunais Superiores, aos Tribunais federais e aos Tribunais estaduais acerca da aplicação da norma impugnada no âmbito de sua jurisdição.

§ 3º As informações, perícias e audiências a que se referem os parágrafos anteriores serão realizadas no prazo de trinta dias, contado da solicitação do relator.

Lei n.º 9.882/99²⁴²

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo."

O ingresso por requisição do relator ocorre sob o pálio do poder instrutório dos juízes constitucionais, a quem compete requisitar informações e documentos a quaisquer órgãos, autoridades ou entidades, com vista ao esclarecimento do objeto da demanda e julgamento da questão constitucional. Essa faculdade coincide, como vimos acima, com aquela reconhecida aos juízes do Tribunal Constitucional português (art. 64-A da LTC).

Já o ingresso mediante requerimento ocorre quando a entidade interessada postula perante o relator do processo o ingresso nos autos. Essa segunda modalidade de ingresso do *amicus curiae* tem ocorrido com frequência na experiência brasileira, contribuindo decisivamente para a democratização do processo de controle de constitucionalidade.

O legislador previu, contudo, limites aos pedidos de ingresso dessas entidades, exigindo a demonstração da relevância da matéria debatida e da representatividade da entidade postulante (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99). Assim, com o binômio relevância/representatividade, o legislador brasileiro freou a possibilidade de sobrecarga e tumulto no rito do procedimento de controle de constitucionalidade. Além disso, a legislação foi peremptória ao prescrever a irrecorribilidade da decisão do relator acerca do pedido de ingresso, evitando o prolongamento indefinido da ação de inconstitucionalidade (art. 7.º, § 2.º, da Lei 9.868/99).

Não há consenso entre a doutrina e jurisprudência brasileiras sobre a natureza

242 Lei n.º 9.882/99, de 03 de dezembro. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm

jurídica do *amicus curiae*. Partindo da própria vedação legal de intervenção de terceiros no processo de controle de constitucionalidade (art. 7.º da Lei 9.868/99), a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhece a existência de um mínimo de interesse no deslinde da questão por parte da entidade postulante, sob pena de indeferimento do ingresso como *amicus curiae*²⁴³.

Assim, a jurisprudência do STF tem exigido que a entidade postulante comprove relação de pertinência temática entre os seus objetivos institucionais e o tema objeto de julgamento, em ordem a comprovar adequada representação. Já a doutrina tem relativo consenso em atribuir a função de auxiliar técnico do *amicus curiae*, a quem cumpriria subsidiar a Corte Constitucional com elementos técnicos e posicionamentos diversos sobre a questão constitucional, contribuindo com o processo hermenêutico para tornar a decisão mais qualificada e legítima²⁴⁴.

A doutrina brasileira reconhece que, após a edição das Leis n.º 9.868/99 e 9.882/99, o Poder Judiciário passou a ser considerado terreno fértil para indivíduos, grupos de indivíduos e entidades representativas de vários setores da sociedade expressarem posicionamentos e interpretações sobre a constitucionalidade das normas perante a Corte Constitucional. A doutrina brasileira, para fins didáticos, aglutina esses novos atores sob três categorias: a) organizações privadas que representam amplos segmentos, em defesa de direitos fundamentais; b) organizações profissionais, com especial destaque às entidades defensoras de interesse do funcionalismo público e c) órgãos públicos e unidades governamentais²⁴⁵.

Importante precedente elucidativo da participação de *organizações privadas que representam amplos segmentos* diz respeito à ADPF n.º 54, na qual houve provocação ao Supremo Tribunal Federal para realizar interpretação conforme a dispositivos do Código Penal para excluir a criminalização da prática do aborto quando constatada a anencefalia do feto. Trata-se, evidentemente, de tema polêmico e controverso, para cujo debate a Corte Constitucional autorizou a participação de diversos setores da sociedade, os quais trouxeram diferentes posições filosóficas, técnicas e científicas sobre o tema²⁴⁶. Ao final do julgamento, o STF concluiu pela inconstitucionalidade da interpretação de dispositivos do Código Penal

243 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 119.

244 Ibidem. p. 121.

245 Ibidem. p. 122-123.

246 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 124.

brasileiro que criminalizava como “aborto” a interrupção da gestação de fetos anencéfalos²⁴⁷.

Nesse caso, ADPF n.º 54, houve a participação das seguintes entidades: Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Associação de Desenvolvimento da Família, Igreja Universal do Reino de Deus, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família, Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, Movimento Nacional da Cidadania, entre outros²⁴⁸.

Já em relação às *organizações profissionais*, há vários precedentes, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, realçando o interesse corporativo dessas entidades, destacando o julgamento da ADI 3.998/DF, cujo objeto era mudanças na aposentadoria de magistrados, na qual foi autorizada a participação, na qualidade de amigas da Corte, da Associação Paulista dos Magistrados e a Associação dos Magistrados Mineiros. Note-se que essa abertura às entidades profissionais como *amicus curiae* representou alternativa à participação daquelas entidades que não preenchem os requisitos rígidos de configuração das *entidades de classe de âmbito nacional*, para as quais o sistema brasileiro reconhece a legitimidade ativa no controle de constitucionalidade²⁴⁹.

Por fim, essa abertura ao *amicus curiae* incrementou a participação de organizações governamentais a esse título, as quais também não possuem legitimidade ativa. Exemplificativa dessa participação, cite-se a ADI 4102/RJ, na qual se questionava norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro acerca de imposição orçamentária de investimentos mínimos em certos ramos da educação, onde foi admitida a intervenção, como *amicus curiae*, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ), porque o resultado da ação impactaria nas expectativas de investimento no ensino superior no Estado do Rio de Janeiro²⁵⁰.

4.4.3. A Audiência Pública.

Outro mecanismo de abertura procedimental que a experiência brasileira tem introduzido no controle de normas é o da realização de *audiência pública*. A audiência pública significa a realização de uma espécie de "reunião aberta ao público" por parte do Tribunal Constitucional, na qual os juízes constitucionais ouviram especialistas, grupos de interesses e

247 [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>

248 BISCH, Isabel da Cunha – *O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Europeia e Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1. p. 124.

249 Ibidem. p. 127.

250 Ibidem. p. 128.

pessoas com reconhecida autoridade na matéria objeto de julgamento.

Usualmente, a audiência pública é adotada quando o tema de fundo da ação de constitucionalidade envolve matéria extremamente controvertida perante a sociedade (realização de aborto de feto anencéfalo²⁵¹, casamento homoafetivo²⁵², pesquisa científica com células-tronco embrionárias²⁵³) ou mesmo quando envolver matéria cuja complexidade demanda maiores subsídios para instrução dos juízes constitucionais (pesquisas científicas mediante manipulação de organismos geneticamente modificados²⁵⁴), possibilitando-lhes conhecer os reais efeitos jurídico-políticos de suas decisões.

Tanto a Lei n.º 9.868/99 (art. 9.º, § 1.º), como a Lei n.º 9.882/99 (art. 6.º, § 1º) preveem a faculdade de o relator do processo de controle de inconstitucionalidade determinar a realização de *audiência pública*, com o objetivo de "ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria". A audiência pública visa colher elementos técnicos e informações sobre temas que os juízes não tem familiaridade durante sua formação eminentemente jurídica.

Ao lado do poder de requisitar informações a quaisquer entidades e órgãos, o sistema brasileiro autoriza a adoção de mecanismo de evidente abertura ao acesso popular perante a Corte Constitucional, oportunizando a vários setores da sociedade contribuir com o esclarecimento da questão constitucional sob julgamento, mediante o aporte de diversas concepções político filosóficas debatidas.

É evidente a influência, mais uma vez, do pensamento de Peter Häberle sobre o legislador brasileiro, porque a abertura à participação popular em sessão pública do Tribunal Constitucional revela o reconhecimento de que todos os integrantes da sociedade participam do processo hermenêutico, configurando "sociedade aberta de intérpretes"²⁵⁵.

Note-se, entretanto, que a realização de *audiência pública* não se confunde com uma assembleia popular perante a Corte Constitucional. O objetivo da audiência pública é dar "voz" e não "voto"²⁵⁶ aos participantes, almejando precipuamente a coleta de informações e posicionamentos dos vários grupos sociais sobre o tema objeto de julgamento. Vale dizer, a audiência pública não constitui instância de deliberação popular e vinculativa aos juízes

251 ADPF 54/DF. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

252 ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

253 ADI 3510/DF. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

254 ADI 3035/PR. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/processo/listarProcesso.asp>

255 HÄBERLE, Peter – **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E "PROCEDIMENTAL" DA CONSTITUIÇÃO**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

256 RODRIGUES, Geisa – **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002 *apud* GAVRONSKI, Alexandre Amaral - TUTELA COLETIVA. PFDC. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006. ISBN 85-88652-06-4. p. 91.

constitucionais, antes atua como elemento informativo apto a tornar plural o debate sobre as normas constitucionais.

Entre os vários casos em que o Supremo Tribunal Federal adotou o mecanismo da audiência pública, registre-se, pela repercussão e engajamento da sociedade, aquela realizada no bojo da ADPF 54, em que se discutia a autorização de aborto de fetos anencéfalos, cuja duração totalizou três dias de debates nas duas salas de sessões do Supremo Tribunal Federal, com a transmissão, ao vivo, das apresentações dos especialistas pelos mais diversos meios de comunicação social, sobretudo pelas emissoras de rádio e TV da própria Corte²⁵⁷.

Enfim, nota-se que a *audiência pública* como a possibilidade de participação dos *amicus curiae* introduziram o colorido mais democrático à jurisdição constitucional brasileira. Isso porque ambas ferramentas contribuem para a pluralização do debate sobre os temas de índole constitucional, sobretudo diante de uma sociedade complexa e plural, colaborando para o prognóstico dos efeitos da decisão e reforçando a sua legitimidade democrática pela participação.

Assim, a experiência brasileira pode contribuir para o alargamento da participação popular no Tribunal Constitucional português, mediante ampliação da participação de *amicus curiae* e da realização de *audiência pública*.

Ambas medidas podem ser adotadas sob o manto do artigo 64-A da LTC, que prescreve o poder instrutório aos juízes constitucionais, bastando implementar a prática de realizar a *audiência pública*, especialmente nos casos em que o tema seja controvertido perante a sociedade ou cuja resolução demande conhecimento técnico; e de ampliar o chamamento de outros sujeitos para atuar como *amicus curiae*, sobretudo entidades representativas da sociedade civil, não restringindo a figura do “amigo da corte” na pessoa do Ministério Público, como tem ocorrido atualmente.

4.5. PROPOSTAS DE MUDANÇA AO REGIME JURÍDICO DO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE NO SISTEMA CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS: RECURSO DE AMPARO. NOVOS SUJEITOS COM PODER DE INICIATIVA PARA O CONTROLE ABSTRATO DE NORMAS. MEDIDAS DE ABERTURA PROCEDIMENTAL: *AMICUS CURIAE* E AUDIÊNCIA PÚBLICA. MEDIDAS MITIGADORAS AO USO ABUSIVO DAS AÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE.

257 LEAL, Saul Tourinho – *Controle de Constitucionalidade Moderno*. Niterói: Impetus, 2010. ISBN 978-85-7626-394-4. p. 173.

A essa altura de nosso estudo, podemos afirmar que o sistema de controle de constitucionalidade de normas em Portugal precisa introduzir medidas de acesso popular ao âmbito da jurisdição constitucional. Tais medidas visam a concretizar o princípio da democracia participativa no âmbito do Poder Judicial, tal como verificado nas esferas do Poder Legislativo e Executivo.

O cidadão português tem a possibilidade de influenciar diretamente as atividades legislativas da República portuguesa, seja por meio do referendo, seja pela via do plebiscito, seja pela via da iniciativa popular. Ele também tem condições de subsidiar e intervir na formação da ação administrativa, pelo exercício do direito de participação procedimental. Agora, no âmbito da jurisdição constitucional, não lhe são asseguradas condições mínimas de participação no procedimento de controle de normas e defesa da Constituição. Note-se que, nas outras instâncias, a participação popular tem a possibilidade de produzir atos de efeitos gerais e com poder vinculatório para além das esferas jurídicas individuais.

Não há dúvidas de que as questões constitucionais postas ao julgamento do Tribunal Constitucional traduzem, muitas das vezes, “problemas nacionais”, cuja resolução demanda a participação popular, nos termos do artigo 9.º c da CRP. O dispositivo prescreve o dever de a República incentivar e assegurar essa participação, nada menos.

Não há dúvidas, também, de que inúmeros temas constitucionais dificilmente chegarão às portas do Tribunal Constitucional pelas mãos dos tradicionais legitimados ao controle de normas, especialmente porque integram o Poder estatal e atuam no interesse de grupos que estão circunstancialmente no exercício do poder político.

Violações a valores caros ao ordenamento jurídico português podem passar despercebidas ao Tribunal Constitucional diante desse quadro de monopólio estatal da legitimidade para as ações de inconstitucionalidade. Esse risco, certamente, não foi ponderado pelos deputados da Assembleia da República no curso dos trabalhos da 4ª Revisão Constitucional.

Urge, portanto, seja reacendido o debate sobre a implementação de instrumentos de acesso popular à jurisdição constitucional portuguesa. Algumas medidas demandam alteração das normas constitucionais e legais e outras dependem apenas de mudança de postura dos juízes do Tribunal Constitucional acerca das potencialidades dos seus poderes instrutórios. Vejamos.

Entre as medidas que demandam alteração de normas constitucionais, situam-se o

recurso de amparo e a ampliação dos legitimados para as ações de inconstitucionalidade. Por ocasião da abertura de novo processo de revisão constitucional, poderão ser apresentadas propostas de introdução do recurso de amparo que colham da experiência espanhola as medidas de contenção ao uso abusivo da medida, tais como a aplicação de multa ao recorrente de má-fé e a adoção de requisitos rígidos de admissibilidade, ressaltando a sua natureza subsidiária.

O recurso de amparo português, nesse particular, poderia colher também da experiência brasileira acerca dos requisitos de admissibilidade do Recurso Extraordinário. Esse recurso visa submeter, a partir de um caso concreto, em grau de recurso, ao Supremo Tribunal Federal (Corte Constitucional brasileira) o julgamento de temas constitucionais, cuja admissão exige que o recorrente demonstre a repercussão geral da matéria discutida²⁵⁸, sua especial transcendência, tal como tem sido construído recentemente no amparo espanhol, como visto acima.

Ainda no âmbito de novo procedimento de revisão constitucional, seria salutar o surgimento de propostas de ampliação do rol de legitimados às ações de inconstitucionalidade, abrigando entidades representativas da sociedade civil. As propostas apresentadas pelos “Os Verdes” e “PS”, no âmbito da 4ª Revisão, que atribuíam legitimidade a grupos de cidadãos, poderiam ser aprimoradas com o contributo da experiência brasileira acerca dos requisitos da “abrangência nacional” e “pertinência temática” dessas entidades.

Os justos receios dos deputados da Assembleia da República nos trabalhos da 4ª Revisão, no sentido de o acesso popular provocar prejuízos ao bom funcionamento do Tribunal Constitucional, pelo excesso de demandas, e provocar potencial risco à segurança jurídica pela amplitude do objeto - este no caso do recurso de amparo, poderão ser superados pela adoção das medidas de contenção auridos da experiência brasileira. A adoção dos requisitos da “dimensão nacional” das entidades e o da “pertinência temática” entre os objetivos estatutários e o tema constitucional debatido diminuiriam sobremaneira os riscos de demandas temerárias e as suas consequências perversas para o funcionamento do Tribunal.

Vital Moreira, no célebre pronunciamento por ocasião de colóquio em comemoração ao décimo aniversário do Tribunal Constitucional português, trouxe resposta precisa aos riscos que os críticos visualizavam ao funcionamento do tribunal, no sentido de que “os remédios para essas situações devem procurar-se preferentemente em instrumentos de

258 Artigo 102, § 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil: “No recurso extraordinário, o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

filtragem dos recursos ou acções impertinentes e não no maltusianismo artificial de negar aos titulares de direitos ou prerrogativas constitucionalmente protegidos os instrumentos processuais adequados à sua defesa contra os poderes instituídos.”²⁵⁹.

Aliás, o sistema jurídico português conhece medidas de contenção com aquelas finalidades. A própria “pertinência temática”, criação jurisprudencial no Brasil, encontra previsão legal na disciplina da Ação Popular em Portugal, art. 3.º *b* da Lei 83/95. O dispositivo prescreve que a ação popular coletiva poderá ser formulada pelas entidades que comprovarem “incluir expressamente em suas atribuições ou objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa”. Isto é, o legislador português exige a comprovação da pertinência temática para fins de reconhecimento de legitimidade ativa às associações e fundações representativas dos interesses difusos *lato sensu*.

Além da “pertinência temática”, o sistema português adota outra medida importante de combate ao uso abusivo de ações populares na tutela dos interesses difusos. Trata-se de previsão de um regime especial de indeferimento liminar de demandas que se revelam manifestamente infundadas. O sistema português prevê, no artigo 13.º da Lei 83/95, a possibilidade de o juiz indeferir liminarmente a petição inicial “quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram.”.

Logo, as medidas de contenção ao uso abusivo da participação popular nos processos decisórios, já previstas na legislação de regência da ação popular, podem ser transportadas para a reformulação de propostas de ampliação da participação das entidades representativas dos interesses da sociedade portuguesa no processo de constitucionalidade das normas, superando os riscos e prejuízos do mal uso da medida para o funcionamento da Corte Constitucional.

Nesse particular, a vivência das associações e fundações representativas no âmbito da tutela dos interesses coletivos pode/deve inspirar o constituinte revisional a proceder essa abertura popular à participação nos procedimentos de fiscalização de constitucionalidade.

Isso porque, desde a Revisão de 1997, a *praxis* do sistema de tutela coletiva portuguesa amadureceu consideravelmente, incrementando a tutela de outros interesses difusos que não a tutela da saúde, educação, qualidade de vida e ambiente, passando a

259 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

promover a defesa de novos interesses em juízo, além de experimentar a atuação de novos sujeitos nas ações coletivas, valendo destacar a atuação das associações de defesa dos interesses dos consumidores e do próprio Instituto do Consumidor, os quais foram legitimados pelo artigo 13.º da Lei n.º 24/96.

Já no citado longínquo colóquio, realizado em Lisboa, em 1993, em comemoração aos dez anos do Tribunal Constitucional português, Vital Moreira reconhecia a necessidade de introduzir novos sujeitos, representativos da sociedade civil, no restrito círculo de legitimados para as ações de inconstitucionalidade. As palavras do catedrático da Universidade de Coimbra merecem transcrição²⁶⁰:

“De igual maneira, seria tudo menos descabido encarar favoravelmente o acesso ao TC também por parte das *entidades colectivas privadas especialmente representativas de direitos ou interesses constitucionalmente reconhecidas*, como são as centrais sindicais ou as associações representativas de defesa de direitos fundamentais ou das várias formações sociais constitucionalmente reconhecidas desde que preenchassem certos requisitos e limitado tal acesso à defesa dos respectivos direitos e interesses constitucionalmente protegidos. Ao fim e ao cabo, com isto apenas se criaria, não uma qualquer <<acção popular de constitucionalidade>>, mas um limitado recurso directo de constitucionalidade, que em outros países, como a Espanha e Alemanha, é reconhecida a todas as entidades singulares ou colectivas (privadas ou mesmo públicas) lesadas nos seus direitos fundamentais por qualquer acto do poder.”

Assim, muito importante a adoção de propostas tendentes à alteração do artigo 281.º da CRP, em ordem a reconhecer legitimidade a grupos, entidades e fundações representativas de interesses da sociedade civil no processo de fiscalização de constitucionalidade de normas, cuja formulação e debates legislativos devem colher da experiência do direito comparado e do próprio sistema interno de proteção aos interesses coletivos.

Além do alargamento dos legitimados ativos, reputamos conveniente reforçar a prática de ingresso da figura do *amicus curiae* e da realização de audiências públicas nos processos de controle de normas. Trata-se de medidas de abertura do procedimento à participação de novos sujeitos e que permitem aos juízes do Tribunal Constitucional colherem informações, posições filosóficas e políticas diversas sobre temas complexos e que, muitas vezes, dividem setores da sociedade, contribuindo para o incremento de qualidade e legitimidade a suas decisões.

Para tanto, há a necessidade de os juízes do Tribunal Constitucional procederem à

260 MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

mudança de comportamento em relação às potencialidades dos seus poderes instrutórios, previstos no artigo 64-A da LTC, passando a requisitar a atuação de outras entidades que não o Ministério Público na condição de *amicus curiae*. Essas entidades, como visto na experiência brasileira, poderão aportar ao processo de constitucionalidade conhecimento técnico sobre temas constitucionais específicos para os quais o Ministério Público não foi preparado, como instituição eminentemente jurídica.

Além da mudança de posicionamento em relação aos poderes instrutórios, é importante proceder a uma pequena alteração legislativa na Lei do Tribunal Constitucional – LTC, prescrevendo o ingresso do *amicus curiae* mediante requerimento da entidade interessada. O ingresso por requerimento assegura a participação dessas entidades no caso de eventual passividade do juiz relator.

Entretanto, o deferimento da atuação do *amicus curiae* deve observar requisitos mínimos de representatividade da entidade e relevância da matéria, atribuindo-se à decisão do juiz relator a característica da irrecorribilidade, sob pena de se alongar indefinidamente o trâmite da ação. Como visto, essas medidas de contenção ao *amicus curiae* também podem ser auridas da experiência brasileira, cuja tradição jurídica coincide com a portuguesa: família romano-germânica ou da *civil law*.

Acreditamos, ao final de nosso estudo, que a conformação do princípio democrático na Constituição Portuguesa (arts. 2.º, art. 9.º/c e 52º, 1., entre outros), que se manifesta sobretudo pelo viés participativo, acaba por reconhecer um interesse difuso dos cidadãos portugueses em participar dos procedimentos de controle de normas e defesa da Constituição.

Afinal, como dito, acreditamos que essas questões de inconstitucionalidade traduzem autênticos problemas nacionais, de cuja resolução a cidadania não pode ficar alijada. Não pode, ao menos, na República que se propõe ao aprofundamento da democracia participativa.

A CONCLUSÃO.

Ao final do estudo, vem à memória, mais uma vez, o nosso questionamento central sobre os influxos do princípio democrático sobre a conformação da jurisdição constitucional. Vale dizer, em que medida o sistema de controle de normas está adequado ao

princípio democrático, tal como desenhado pela Constituição? E, como desdobramento do caso português, em que medida o acesso popular ao Tribunal Constitucional reforça a legitimidade de suas decisões?

A resposta a essas questões não pode descurar a natureza pluridimensional do princípio democrático na Constituição de 1976. Vimos que o constituinte do período pós-revolucionário almejou constituir não só um Estado De Direito Democrático, mas também construir uma sociedade informada pelo pluralismo político e de expressão. Nesse ambiente, a dimensão participativa da democracia desponta como imperativo que deve informar a atuação do Estado em todas as esferas de poder. Vale dizer, o contributo da dimensão participativa impõe ao Estado promover a abertura de todos os seus recônditos ao acesso popular.

Vimos que o princípio democrático informa a configuração da jurisdição constitucional dos principais sistemas jurídicos do ocidente. Desde regimes formalmente democráticos, como o presente no Peru e na Venezuela, até os mecanismos internacionais de jurisdição de controle de normas, auridos da experiência das Cortes Internacionais de proteção aos direitos humanos e do mecanismo comunitário, vivenciados pelo Tribunal Geral e pelo Tribunal de Justiça, o princípio democrático reclama a abertura dos procedimentos das Cortes ao acesso popular, como meio de pluralizar o debate sobre os temas de sua competência, além de aproximá-las dos cidadãos em reforço à legitimidade de suas decisões.

O caso português é emblemático. Dificilmente, será encontrado texto constitucional com vocação mais explícita ao reconhecimento da dimensão participativa da democracia. A CRP de 1976 vai além da mera declaração protocolar dessa virtude da democracia. Ela impõe ao Estado português não só o dever de aprofundar a democracia participativa, mas também o de estimular a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais (arts. 2.º e 9.º c). A participação brilha no texto de 1976.

Vimos também que esse brilho encontra reflexo nas instâncias políticas e executiva do Estado, mediante o reconhecimento de mecanismos de participação popular no exercício do poder político. O referendo, o plebiscito, a iniciativa popular e o direito de audiência e participação na gestão pública falam por si naquelas instâncias de poder, respectivamente.

Vimos também que, perante a jurisdição ordinária e administrativa, o sistema português conferiu pelos poderes à cidadania para o controle dos atos públicos, mediante o manejo, principalmente, da ação popular para a defesa do patrimônio público e dos interesses

difusos *lato sensu*, designadamente a saúde, educação, qualidade de vida e ambiente, entre outros.

Aliás, a cidadania ocupa posição de destaque no âmbito da tutela coletiva, relegando o Ministério Público ao papel supletivo na proteção dos interesses coletivos. A atuação de novos sujeitos, nessa seara, tem contribuído para a oxigenação com ares democráticos a atividade jurisdicional. Novos temas, novas teses são aportados nos Tribunais, os quais não chegariam pelas mãos das autoridades públicas, representativas, em certa medida, da maioria circunstancialmente no poder.

Esse brilho, entretanto, esmorece perante o Tribunal Constitucional. Ali, como vimos, a cidadania não tem condições de participar da discussão de temas de interesse de toda a sociedade, característica das questões de inconstitucionalidade. Muitos temas deixam de aportar às barras do Tribunal Constitucional, porque entidades representativas dos vários grupos da sociedade não têm legitimidade para propor as ações de inconstitucionalidade. Não são previstos, tampouco, mecanismos explícitos de acesso de terceiros, na condição de *amicus curiae*, no processo de controle de normas.

Esse monopólio na interpretação das normas constitucionais, restrito aos juízes constitucionais e às autoridades legitimadas, não guarda coerência com a sociedade plural que vive a realidade constitucional instituída pela CRP de 1976. O imperativo do "estímulo à participação popular na resolução dos problemas nacionais" não deixa dúvidas dessa desconexão entre a norma constitucional e o atual sistema fechado de controle de normas. O pensamento de Häberle acerca da sociedade aberta de intérpretes nunca foi tão atual e, talvez, propulsor de mudanças nesse estado de coisas.

Rogamos que, ao final desse estudo, possamos ter estimulado novo debate sobre o acesso popular ao Tribunal Constitucional Português. Debate que possa ser enriquecido com os contributos da experiência do Direito Comparado, sobretudo com a vivência experimentada pelo Brasil com suas entidades de classe de âmbito nacional, com as intervenções dos *amicus curiae* e com a realização das audiências públicas em temas de sobremaneira complexidade e controvérsia social, aportados na sua jurisdição constitucional.

Rogamos, também, que tenhamos despertado interesse daqueles que já se debruçaram sobre o tema, oferecendo-lhes medidas paliativas aos riscos que a abertura democrática possa representar ao funcionamento da Corte Constitucional.

Não só o Brasil, com a exigência de dimensão nacional e pertinência temática das entidades de classe, como a Espanha, com os requisitos rígidos de admissibilidade e possibilidade de multa ao recorrente de má fé no recurso de amparo, têm o remédio para aqueles males do uso abusivo de um direito. A receita, talvez, encontra-se no âmbito doméstico, podendo ser aurida, por exemplo, do regime especial de indeferimento de demandas temerárias, presente na Lei da Ação Popular portuguesa.

Quanto ao questionamento principal de nosso estudo, acreditamos, sem a pretensão de esgotar o tema, que o atual sistema de controle de constitucionalidade de normas, em Portugal, não guarda coerência com o princípio da democracia participativa, tal como consignado na Constituição de 1976, sobretudo pelas evidentes barreiras ao acesso popular perante o Tribunal Constitucional.

Do mesmo modo, acreditamos que a abertura do procedimento da LTC à cidadania detém condições de reforçar a legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional, não pelo apego a qualquer teoria que se propôs equacionar o risco democrático, mas pelo fato de a CRP assegurar e estimular a participação popular na resolução dos problemas nacionais (art. 9.º), além de subordinar a validade do regime democrático à participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política (art. 109.º).

Aliás, essa amplitude do direito de participação popular no regime constitucional português desperta o interesse do estudioso na análise de eventual omissão inconstitucional por parte da Assembleia da República no trato dos canais de participação popular perante a jurisdição constitucional.

Entretanto, esse é tema por demais denso e demandará futura investigação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E FONTES DOCUMENTAIS

ALMEIDA, José Mário Ferreira de – **A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL**. Lisboa: Cognition, 1985.

AMARAL, Karina Almeida do - O recurso de amparo como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e sua relação com a arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano**. Bogotá. ISSN 1510-4974. Ano XVIII, 2012, pp. 13-35.

AMORIM, Maria Salete de – **Democracia e Participação. Dimensões do neoliberalismo e da globalização**. Org. Maria Salete de Amorim. Porto Alegre: Escritos, 2008. ISBN 978-85-

98-334-26-4.

ANDRADE, Fábio Martins de – **CASO MARBURY v. MADISON. O nascedouro do controle de constitucionalidade.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2016. ISBN 978-857525-651-0.

ARAÚJO, António de; TELES PEREIRA, J.A. - A Justiça Constitucional nos 30 anos da Constituição Portuguesa: notas para uma aproximação ibérica. **Revista Brasileira de Direito Constitucional.** RBDC n.º 10, jul./dez. 2007.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira – DEMOCRACIA E PODER JUDICIÁRIO. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.** Belo Horizonte: Universida Federal de Minas Gerais. v. 32 – N.º 32 (1989), p. 31-58.

_____. - Teoria Geral do Processo Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional.** Janeiro de 2008, vol. 62, p. 135.

BARROSO, Luís Roberto – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-08233-5.

BERMAN, José Guilherme – **CONTROLE FRACO DE CONSTITUCIONALIDADE. Sistema Jurídico Contemporâneo e Direito Constitucional Comparado.** Curitiba: Juruá, 2014. ISBN 978-85-362-4923-0.

BINENBOJM, Gustavo – **A NOVA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA. Legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 4.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. ISBN 978-85-7147-861-9.

BISCH, Isabel da Cunha – **O Amicus Curiae, as Tradições Jurídicas e o Controle de Constitucionalidade. Um Estudo Comparado à Luz das Experiências Americana, Européia e Brasileira.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. ISBN 978-85-7348-709-1.

BONAVIDES, Paulo – **TEORIA CONSTITUCIONAL DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA. Por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 978-85-7420-888-6.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. [Consult. 18 Mar. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm

_____. Lei n.º 9.882/99, de 03 de dezembro. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9882.htm

_____. Lei n.º 9.868/99, de 10 de novembro. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm

_____. Consolidação das Leis do Trabalho: Decreto-Lei n.º 5452/43, 1.º de maio. [Consult. 05 Jun. 2017]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm

_____.Lei Orgânica dos Partidos Políticos: Lei n.º 9.096/95, de 19 de setembro. [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9096.htm

CANOTILHO, J. J. Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 14ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. ISBN 979-972-40-2106-5.

CAPPELLETTI, Mauro – **O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS NO DIREITO COMPARADO**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ª ed. - reimpressão. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ricardo – **Acesso à Justiça. Tutela Coletiva de Direitos pelo Ministério Público: uma Nova Visão**. São Paulo: Atlas, 2006. ISBN 85-224-4411-0.

COMPARATO, Fábio Konder – **A AFIRMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. ISBN 85-02-04077-4.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da – **A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CUNHA, Alessandra Marchioni Pereira da – **AS LIMITAÇÕES DA DEMOCRACIA NA FORMAÇÃO DA UNIÃO EUROPÉIA**. Barueri: Manole, 2004. ISBN 85-204-1955-0.

D'ESTAING, V. Giscard – **DEMOCRACIA FRANCESA**. Trad. Paulo Brossard. Rio de Janeiro: Difel, 1977.

ESPANHA. Constituição Espanhola de 1978. [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=53&tipo=2>

_____.Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol: Ley Orgánica n.º 6/2007. [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10483>

FERRAZ, Anna Candida da Cunha – Aspectos da projeção da democracia participativa na atuação do Supremo Tribunal Federal. **REVISTA DE DIREITO PÚBLICO**. Lisboa: Instituto de Direito Público. ANO III – N.º 5 (Jan.-Jun. 2011), p. 27-105.

FERREIRA, Emanuel de Melo – La correlación entre la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo español y la repercusión general del recurso extraordinario brasileño. **Debates em Direito Público**. [Em linha]. Belo horizonte. Ano 10, n.º 10, outubro de 2011. [Consult em 18 de novembro de 2014]. Disponível em http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/correlacion-especial-trascendencia-constitucional-recurso-amparo-esp%C3%B1ol-repercusion-general-recurso/id/56556996.html.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves – **A DEMOCRACIA POSSÍVEL**. São Paulo: Saraiva, 1972.

FONSECA, Guilherme – **O Tribunal Constitucional ao serviço verdadeiramente da Justiça Material**. Lisboa: Dikaion, Unipessoal, Lda., 2012. ISBN 978-989-8552-27-3.

FRAGA, Luís Alves de – **METODOLOGIA DA INVESTIGAÇÃO**. Lisboa: Abdul's Angels, 2015.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral – **TUTELA COLETIVA. Visão Geral e Atuação Extrajudicial**. Brasília: ESMPU, 2006. ISBN 85-88652-06-4.

GHIGLIANI, ALEJANDRO E. - **DEL "CONTROL" JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD**. Buenos Aires: Roque Depalma Ed., 1952.

HÄBERLE, Peter – **HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL. A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO: CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO PLURALISTA E "PROCEDIMENTAL" DA CONSTITUIÇÃO**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 1997.

_____. – O Recurso de Amparo no Sistema Germânico de Justiça Constitucional. In GÁRCIA BELAUNDE e F. FERNANDEZ SEGADO, coord. - *La jurisdiccion Constitucional en Iberoamérica*, Madrid: Dykinson, 1997, pp. 225 ss.

HECK, Luís Afonso – **Jurisdição Constitucional e Legislação Pertinente no Direito Comparado**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-425-X.

HECK, Luís Afonso – **O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL E O DESENVOLVIMENTO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

HORBACH, Carlos Bastide – Processo Constitucional e Democracia: exemplos ibero-americanos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Outubro de 2006, vol. 57, p. 82.

LEAL, Saul Tourinho – **Controle de Constitucionalidade Moderno**. Niterói: Impetus, 2010. ISBN 978-85-7626-394-4.

LINZ, Juan J.; STEPAN, Alfred – **A TRANSIÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA. A Experiência do Sul da Europa e da América do Sul**. Trad. Patrícia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 1999. ISBN 85-219-0334-0.

LUÑO, Antonio Henrique Perez – **DERECHOS HUMANOS, ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCION**. 5.^a ed. Madrid: Tecnos, 1995. ISBN 84-309-2613-5.

MACEDO, Dimas – **ESTADO DE DIREITO E CONSTITUIÇÃO. O Pensamento de Paulo Bonavides**. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 978-85-392-0043-6.

MAGALHÃES, João Marcelo Rego – **O MODELO BRASILEIRO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE**, Considerações sobre o papel da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Fortaleza: Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2007. Dissertação de Mestrado.

MANCERO, Luis-Quintín Villacorta - La inadecuada objetivación del Recurso de amparo español. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte. Ano 7, n.º 27, set./dez. 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes – **Controle Concentrado de Constitucionalidade. Comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3.ª ed., 2.ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009. ISBN 978-85-02-07197-1.

MENDES, Gilmar Ferreira – **DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. Estudos de direito constitucional**. 4.ª ed., 2.ª tir. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN 978-85-02-13426-3.

_____. – **Jurisdição Constitucional. O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha**. 6.ª ed., 2.ª tir. São Paulo: Saraiva, 2014. ISBN 978-85-02-20980-0.

MIRANDA, Jorge – A REVOLUÇÃO DE 25 DE ABRIL E O DIREITO CONSTITUCIONAL. **BOLETIM DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA**. Lisboa. N.º 242 (Jan. 1975), p. 5-114.

_____; MEDEIROS, Rui – **CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA ANOTADA. TOMO I**. Coimbra: Coimbra, 2005. ISBN 972-32-1308-7.

_____. – **MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL. TOMO VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição**. 4ª ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2118-3.

MORAIS, Carlos Blanco de – **JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. TOMO I. GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO E CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2006. ISBN 978-972-32-1438-3.

MOREIRA, Vital – PRINCÍPIO DA MAIORIA E PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE E LIMITES DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL. In Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional – Lisboa, 28 e 29 de maio de 1993. Coimbra: Coimbra, 1995. ISBN 972-32-0681-1. p. 177-198.

NEGÓCIO, Ramon de Vasconcelos; CIPRIANO, Rodrigo Carneiro, orgs. - **Constituições da América Latina e Caribe, volume III**. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2010. 712 p. ISBN 978-85-7631-234-5.

NOVAIS, Jorge Reis – **CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA DO ESTADO DE DIREITO. Do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. – **Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos Críticos**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5825-2.

NUNES, Bruno José Silva – **COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2015. ISBN 978-85-8425-113-1.

NUNES, Leonardo Silva – AS AÇÕES COLETIVAS EM PORTUGAL. **Direito Processual Coletivo**. Brasília: Biblioteca Digital Jurídica. ISSN 1809-8487. v. 11, n. 18 (jan-jun. 2012), p. 373-391.

OTERO, Paulo – A ACÇÃO POPULAR: configuração e valor no actual Direito português. In SEMINÁRIO “TEORIA E PRÁTICA DO DIREITO”, Lisboa, 23 de novembro de 1999 – **Actas**. Lisboa: Ordem dos Advogados, 1999. p. 872-895.

PANSARDI, Mário Artur – **AS FACES DA DEMOCRACIA**. Porto Alegre: Companhia Riograndense de Artes Gráficas – CORAG, 1980.

PEREIRA, Alexandre; POUPA, Carlos – **COMO ESCREVER UMA TESE MONOGRAFIA OU LIVRO CIENTÍFICO USANDO O WORD**. 5ª ed. Rev. Lisboa: Sílabo, 2012. ISBN 978-972-618-691-5.

PIÑEIRO, Eduardo Schenato – **O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. DIREITO AMERICANO, ALEMÃO E BRASILEIRO**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2012. ISBN 978-857525-576-5.

PIOVESAN, Flávia – **DIREITOS HUMANOS e o Direito Constitucional Internacional**. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN 978-85-02-08320-2.

_____.– **DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA INTERNACIONAL. Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2007. 165 p. ISBN 85-02-05827-4.

_____.– **TEMAS DE DIREITOS HUMANOS**. São Paulo: Max Limonad, 1998. ISBN 85-86300-03-9.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. [Consult. 03 Mar. 2017]. Disponível em <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

_____.Constituições Portuguesas. In **CONGRESSO “Constituição da Europa, Constituições da Europa Europeísmo e Nacionalismo na História Constitucional Europeia** – Lisboa, 14 a 17 de julho de 1992. Lisboa: Assembleia da República – Divisão de Edições, 1992. ISBN 972-556-112-0.

_____.Lei do Tribunal Constitucional: Lei n.º 28/82, de 15 de novembro. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=423&nversao=&tabela=leis

_____.Código do Procedimento Administrativo: Decreto-Lei n.º 04/2015, de 07 de janeiro. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis&so_miolo=

_____.Lei da Acção Popular: Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. [Consult. 10 Mar. 2017]. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=722&tabela=leis

PUREZA, José Manuel; VASCONCELOS, Pedro Bacelar de; MOTA, Francisco Teixeira da; MARQUES, Maria Manuel Leitão – Justiça e Cidadania – por uma justiça mais democrática. **A Reinvenção da Teoria Crítica**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. ISSN 0254-1106. N.º 54 (junho de 1999), p. 45-65.

QUEIROZ, Cristina M. M. - **O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL E OS DIREITOS SOCIAIS**. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2266-1.

RAMOS, André de Carvalho – **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014. 656 p. ISBN 978-85-02-20812-4.

_____.– **PROCESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. Análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. ISBN 85-7147-287-4.

_____.– **RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL POR VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. ISBN 85-7147-408-7.

_____.– **TEORIA GERAL DOS DIREITOS HUMANOS NA ORDEM INTERNACIONAL**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. ISBN 85-7147-524-5.

ROSÁRIO, Pedro Trovão do – **A DEMOCRACIA SEMIDIRECTA EM PORTUGAL**. Madrid: Editorial Universitas, S. A., 2013. ISBN 978-84-7991-413-4.

_____.– O Recurso Constitucional de Amparo. **JURISMAT**, Portimão, n.º 1, 2012, pp. 43-63.

RUIVO, Fernando; ROSETA, Helena; CARIA, Telmo H.; BAGANHA, Maria Ioannis – Cidadania Activa, movimentos sociais e democracia participativa. **A Reinvenção da Teoria Crítica**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. ISSN 0254-1106. N.º 54 (junho de 1999), p. 171-196.

SAAVEDRA, Giovani Agostini – **JURISDIÇÃO E DEMOCRACIA. Uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 85-7348-442-X.

SANTOS, Boaventura de Sousa – **O Direito dos Oprimidos. Sociologia Crítica do Direito. Parte I**. Coimbra: Almedina, 2014. ISBN 978-972-40-5648-7.

_____.– **Para uma revolução democrática da justiça**. 3.ª ed. São Paulo: Cortez, 2011. ISBN 978-85-249-1658-8.

SEGADO, Francisco Fernández - A reforma do regime jurídico-processual do recurso de amparo na Espanha. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC**. Belo Horizonte. Ano 2, n.º 8, out./dez. 2008.

SEÑORA, Vicente Gimeno – Función del Recurso de Amparo. **Revista de Processo**. Outubro de 1984, vol. 36, p. 128.

SOUSA, José Péricles Pereira de – **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS. Estudos em Homenagem a Jorge Reis Novais.** Belo Horizonte: Arraes, 2015. ISBN 978-85-8238-152-6.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de – **TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA DELIBERATIVA.** Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. ISBN 85-7147-550-4.

STRECK, Lenio Luiz – **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DECISÃO JURÍDICA.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 974 p. ISBN 978-85-203-5296-0.

TAVARES, André Ramos (coord.) - **Justiça Constitucional e Democracia na América Latina.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-7700-171-2.

_____. – **Tribunal e Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

TORNADA, Joana Matos – **NAS VÉSPERAS DA DEMOCRACIA EM PORTUGAL. O Golpe das Caldas de 16 de Março de 1974.** Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 978-972-40-3830-8.

TORRES, António Maria M. Pinheiro – **O VALOR DA JUSTIÇA.** Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 978-972-32-2246-3.

VENEZUELA. Lei Orgânica do Supremo Tribunal de Justiça da Venezuela. [Consult. 05 Jul. 2017]. Disponível em http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ven_anexo_44_sp.pdf

VITORELLI, Edilson – **O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO. Dos Direitos aos Litígios Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 978-85-203-6832-9.

WEIS, Carlos – **DIREITOS HUMANOS CONTEMPORÂNEOS.** 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. ISBN 978-85-392-0033-7.

ANEXO ÚNICO

IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. **Diário da República II Série-RC.**[Em linha]. N.º 117 (10-07-1997), p. 3445-3468. [Consult. 15 Jun. 2017]. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2rc/07/02/117/1997-07-10>

ANEXO ÚNICO

IV Revisão Constitucional. Comissão Eventual para a Revisão Constitucional. Reunião de 09 de julho de 1997. Diário da República II Série-RC.



DIÁRIO

da Assembleia da República

VII LEGISLATURA

2.ª SESSÃO LEGISLATIVA (1996-1997)

IV REVISÃO CONSTITUCIONAL

COMISSÃO EVENTUAL PARA A REVISÃO CONSTITUCIONAL

Reunião de 9 de Julho de 1997

SUMÁRIO

O Sr. Presidente (Jorge Lacão) deu início à reunião às 22 horas. Procedeu-se à discussão de propostas de alteração relativas aos artigos 277.º a 281.º, 283.º, 285.º, 288.º, 290.º, 292.º e 293.º, 296.º e 297.º, constantes dos diversos projectos de revisão constitucional.

Usaram da palavra, a diverso título, além do Sr. Presidente, que também interveio na qualidade de Deputado do PS,

os Srs. Deputados Luís Marques Guedes (PSD), José Magalhães (PS), Barbosa de Melo (PSD), António Filipe e Luís Sá (PCP), Moreira da Silva e Guilherme Silva (PSD), Cláudio Monteiro e Pedro Baptista (PS), Mota Amaral (PSD), Medeiros Ferreira (PS) e Luís Queiró (CDS-PP).

O Sr. Presidente encerrou a reunião eram 0 horas e 55 minutos do dia seguinte.

O Sr. Presidente (Jorge Lacão): — Srs. Deputados, temos quórum, pelo que declaro aberta a reunião.

Eram 22 horas.

Srs. Deputados, na última reunião estávamos apreciar o artigo 278.º, que tem por epígrafe «Fiscalização preventiva da constitucionalidade».

Lembro, apesar disso, que tinha ficado pendente do guião uma observação para a possibilidade de introdução de uma norma — e, nesse caso, provavelmente, não no artigo 278.º, mas no artigo 277.º — que limitasse a fiscalização sucessiva das leis nos casos dos tratados de paz, de amizade e de rectificação de fronteiras. É uma sugestão constante do projecto do Dr. Jorge Miranda.

Algum dos Srs. Deputados deseja opinar sobre esta sugestão, que ficou pendente de melhor apreciação na primeira leitura?

Pausa.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, é só a segunda parte que está pendente?

O Sr. Presidente: — É, porque a primeira parte, do PS, ficou adiada para quando tratássemos das garantias da revisão constitucional.

Pausa.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, não estou a perceber a localização...

O Sr. Presidente: — No fundo, o problema de inserção sistemática logo se veria, porque ou se tratava de um novo número...

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Mas podemos entrar só no tópico, Sr. Presidente, independentemente do número. Qual é o tópico?

O Sr. Presidente: — Independentemente do número, é o artigo 277.º que vem com um novo n.º 3 no guião do Dr. Vital Moreira, onde se faz uma referência a uma sugestão do Prof. Jorge Miranda no sentido de se excluir do regime da fiscalização sucessiva os tratados de paz, de amizade e de rectificação de fronteiras.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — E a parte anterior, sobre as leis de revisão constitucional?

O Sr. Presidente: — É exactamente isso que ficou pendente na reunião de ontem até à ponderação final, que faremos quando entrarmos na matéria — e hoje entraremos — do regime da lei de revisão constitucional.

Srs. Deputados, quanto a este ponto alguém deseja pronunciar-se?

Pausa.

Entendo o silêncio como negativo relativamente a essa possibilidade, pelo que passamos ao artigo 278.º

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, não ponho em causa a sua decisão de seguir em frente, nomeadamente face à atitude dos restantes Srs. Deputados.

O guião cita essa questão e, em qualquer circunstância, queria apenas lembrar que, na altura, a posição do PSD foi de alguma abertura relativamente à possível constitucionalização de mecanismos de fiscalização preventiva obrigatória. O PSD manifestou-se, em princípio, contra esta lógica de permitir que um quinto, um terço ou um décimo dos Deputados pudessem, relativamente a determinado tipo de matérias, suscitar a constitucionalidade ou não, porque não nos parece (na altura foi isso que o PSD deixou claro em acta) que determinado tipo de matérias, atendendo à sua especial dignidade, possam entrar no jogo político normal do funcionamento do órgão Assembleia da República.

Estaríamos eventualmente receptivos — isso, sim — a ponderar, em conjunto, da vantagem ou inconveniente de haver determinado tipo de leis que, atendendo à matéria, ficariam à margem do tal combate político, mas constitucionalmente obrigadas a uma fiscalização preventiva — digamos que um pouco à semelhança daquilo que é já um mecanismo constitucional, por exemplo para a apreciação prévia das perguntas dos referendos. Com este mecanismo de fiscalização obrigatória não se colocam estas questões do combate político normal da Assembleia da República, assim respeitando um pouco a sua dignidade.

Relativamente à proposta do Prof. Jorge Miranda, que tinha que ver com questões de dignidade indiscutível, como são os tratados de paz ou de delimitação de fronteiras (obviamente que o jogo político democrático e pluralista não pode jogar com essas posições externas do Estado português), o que se podia eventualmente ponderar — e ficámos de reflectir — era da vantagem ou da necessidade em constitucionalizar um mecanismo de fiscalização preventiva obrigatória. Essa foi, portanto, a posição da primeira leitura.

A posição do PSD, como o Prof. Barbosa de Melo já aqui deixou mais ou menos claro pela posição que adoptou quando o Sr. Presidente perguntou muito liminarmente qual a posição dos partidos, não evoluiu significativamente no sentido de considerar de facto necessária esta constitucionalização de obrigatoriedade. Contudo, para que fique em acta, a posição é esta: não continuamos convencidos que seja estritamente necessário, mas só aceitaremos ponderar em conjunto uma questão de fiscalização obrigatória e não de fiscalização sujeita a uma iniciativa de Deputados.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado Luís Marques Guedes, mas a sugestão do Prof. Jorge Miranda vai exactamente nesse sentido. Aliás, as propostas que nos deixou eram de aditamento de um novo n.º 2 ao artigo 278.º, que rezava o seguinte: «O Presidente da República requer obrigatoriamente a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas constantes dos tratados (...)» que estamos a tratar, e depois, quanto ao artigo 279.º, relativo aos efeitos da decisão, de aditamento de um novo n.º 5, que justamente vedava as possibilidades de fiscalização sucessiva, concreta ou abstracta, relativamente às normas constantes dos referidos tratados.

Esta solução que o Prof. Jorge Miranda põe à consideração da Comissão parece-me perfeita do ponto de vista técnico. A questão que se coloca é se, politicamente, consideramos oportuno, ou não, adoptá-la.

O Sr. Deputado Luís Marques Guedes, pelo que disse, não a excluiu. Alguém quer, explicitamente, adoptá-la?

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, se me permite, do ponto de vista do PSD, não era só adoptá-la, mas aduzir argumentos que demonstrassem a importância e a relevância dessa opção.

O Sr. José Magalhães (PS): — Mas qual seria a proposta do PSD?

O Sr. Presidente: — O que resultou da Comissão — já agora, admito que tenha resultado do nosso debate em primeira leitura — foi que as matérias deveriam ser as dos tratados de paz e de amizade e as de rectificação de fronteiras e não as de participação em organizações internacionais — isto na versão do guião.

Penso que há aqui uma preocupação de garantia de estabilidade absoluta relativamente aos efeitos de tratados com esta natureza.

Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Pessoalmente, não entendo — por isso, compreendo o que dizia o Sr. Deputado Luís Marques Guedes — que seja necessário introduzirmos aqui uma discussão de toda esta temática.

Se é bom excluir os tratados de paz, de amizade e de rectificação de fronteiras da fiscalização sucessiva da constitucionalidade (e eu julgo que não), não percebo por que é que não hão-de ser também excluídos os tratados que têm a ver com a inclusão de Portugal (ou a alteração do estatuto de Portugal) numa organização internacional.

Mas como referi, julgo que não é bom. E não é bom porquê? Não podemos querer fechar os sistemas! No Estado de direito também há uma margem de indeterminação no topo do Estado: quem cassa a cassação? Quem guarda o guardador? No Estado de direito funcionam princípios; há uma distribuição de poderes, de funções; não há fiscalização sucessiva, ou pode haver, ou é obrigatória... Tudo isto são passos que não têm a ver com o sistema democrático, que não é um sistema escolástico, é um sistema aberto, pois define regras básicas dentro das quais operam os que agem dentro do sistema político, mas não lhes pré-determina rigorosamente o cumprimento de todas as circunstâncias.

Por mais voltas que se dêem a um texto, existirão sempre ocasiões em que a vida ou a situação da história ultrapassam a previsão dos legisladores. E, nomeadamente quando queremos fechar um texto constitucional, estamos a acelerar a sua morte. O texto deve ser aberto.

Porventura, o modelo ainda a tentar é o modelo da Constituição americana, onde se prevê um *suprem court* que intervém, não intervém, faz juízos, tem uma discricionariedade na própria administração da justiça constitucional. É isto que permite que os Estados Unidos possam dizer que têm a Constituição mais velha do mundo — nunca houve revoluções que pusessem em causa o sistema vigente.

Como referi, não é bom que nos pronunciemos sobre isto. Deixem estar! Tem estado até agora... Já houve algum problema? Alguém se lembra de alguma questão que tenha sido colocada quanto a esta matéria? Ou será que foi apenas uma congeminção de alguém num gabinete? Pois, se foi, que se entretenha a descongeminar aquilo que congeminou.

Risos.

O Sr. Presidente: — Espero que a mensagem não tenha um destinatário concreto.

Srs. Deputados, vamos, então, passar ao artigo 278.º

Como não há propostas novas, vamos começar por votar as propostas de eliminação do artigo 278.º (o que equivale à eliminação do regime da fiscalização preventiva da constitucionalidade), apresentadas pelo PSD e pelo Sr. Deputado Pedro Passos Coelho e outros do PSD.

Submetidas à votação, foram rejeitadas, com votos contra do PS, do PCP e do CDS-PP e votos a favor do PSD.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes para uma declaração de voto.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, o PSD lamenta não ter acolhimento esta sua proposta, que visava, com toda a frontalidade e sem qualquer subterfúgio, e como ficou claro da nossa intervenção na primeira leitura, acabar com o desvirtuamento de um instrumento que é jurídico e não de combate político, ao contrário daquilo para que serviu, nomeadamente, ao longo dos últimos anos.

Sistematicamente, a experiência demonstrou que o instrumento de apreciação preventiva da constitucionalidade tem um lado perverso, que é a sua utilização como instrumento de combate político, que o foi em muitas ocasiões, assim desvirtuando a unidade e a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, valor fundamental na estrutura de um Estado de direito democrático como o nosso.

O PSD não ignora que, para além deste lado perverso, há um lado positivo, que se prende com o instrumento jurídico em si de apreciação e fiscalização da constitucionalidade, simplesmente no que respeita a esse lado positivo há hoje uma duplicação de instrumentos, uma vez que essa apreciação e fiscalização da constitucionalidade está já perfeitamente consagrada através do mecanismo de fiscalização sucessiva, que, de resto, é aquele que impera na generalidade dos Estados de direito democráticos.

Portanto, não vemos que houvesse aqui uma perda muito grande. Haveria sim, e de forma significativa, um ganho, o de acabar com a utilização perfeitamente inadmissível, do nosso ponto de vista, de um instrumento que deve ser jurídico para o combate político, em claro prejuízo da estabilidade das instituições e da estabilidade da ordem jurídica, que é pilar do nosso Estado de direito.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães para uma declaração de voto.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, votámos contra a eliminação deste instituto porque ele tem limitações mas tem uma valia, comprovada, de resto, no ciclo histórico que manifestamente tanto traumatizou o PSD. O PSD continua claramente prisioneiro disso, e transformou-o numa obsessão.

Qualquer avaliação objectiva dos pedidos de fiscalização preventiva de constitucionalidade que o Tribunal Constitucional apreciou ao longo dos últimos anos, designadamente na última década, revela uma tão elevada taxa de êxito que pode dizer-se que o Tribunal confirmou as dúvidas e as suspeições de inconstitucionalidades que a entidade que assinou a fiscalização tinha.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Estivesse o Sr. Deputado no PS entre 1977 e 1979 e não pensava assim!

O Sr. José Magalhães (PS):— Sr. Deputado, isso é uma graça, porque, como V. Ex.^a bem sabe, a evolução da jurisprudência nesse período não revelou outra coisa. Ou seja, a fiscalização preventiva é uma arma quente, mas quem prevarica, isto é, quem viola o texto constitucional, não pode violar a Constituição e ao mesmo tempo ficar imune a uma censura de constitucionalidade feita pelo órgão competente.

Aparentemente, o PSD, como certos mutilados de guerra, mesmo já sem o membro amputado ainda sente as dores do sítio que já não tem! E não há razão para isso, Sr. Deputado!...

O Sr. Presidente:— Convenhamos que a imagem é eloquente!

Srs. Deputados, vamos, agora, apreciar as outras propostas pendentes.

Quanto à proposta apresentada pelo Sr. Deputado Guilherme Silva, com a vossa concordância, parece-me estar prejudicada, na medida em que se reportava a conferir ao Presidente da República competência para requerer a apreciação preventiva dos diplomas legislativos regionais, solução que, como se sabe, não passou.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Essa proposta está prejudicada, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente:— Está prejudicada, de facto, Sr. Deputado.

A proposta de alteração do n.º 2 do artigo 278.º apresentada pelo Sr. Deputado António Trindade também está prejudicada.

Do projecto do PS consta o aditamento de dois novos números, o primeiro dos quais se reporta a um regime de fiscalização preventiva dos regimentos da Assembleia da República e das assembleias legislativas regionais. Esta matéria, que é bastante interessante, ficou pendente da primeira leitura, com objecções do PSD e a adesão do PCP.

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Sr. Presidente, quero clarificar rapidamente, se não ficou já clarificada pela minha intervenção de há pouco, a posição do PSD sobre esta matéria, que foi clara na primeira leitura e que se mantém.

Podemos, em abstracto, equacionar a perspectiva de fiscalizações obrigatórias em alternativa à actual situação de fiscalização preventiva como poder político, que acabou de ser votada. Assim, penso que a nossa abertura a esta proposta ficou prejudicada pela opção de não acabar com o instrumento político que é a fiscalização preventiva!

Portanto, toda a lógica que enformou a nossa posição na primeira leitura está, neste momento, prejudicada pela posição voluntarista do PS, do CDS-PP e do PCP de manter a bomba de neutrões...

O Sr. José Magalhães (PS):— Muito contra o PSD!

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— ... como instrumento político de actuação sobre o legislador.

O Sr. Presidente:— Assim sendo, Srs. Deputados, vamos votar a proposta de aditamento de um n.º 4-A ao artigo 278.º, apresentada pelo PS.

O Sr. José Magalhães (PS):— Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. Presidente:— Faça favor, Sr. Deputado.

O Sr. José Magalhães (PS):— Sr. Presidente, quero só fazer uma pergunta para ter bem a certeza de que esgotámos as possibilidades de consenso.

Sr. Deputado Luís Marques Guedes, o que disse indica que aceitaria uma norma que em vez de prever uma fiscalização facultativa sujeitasse a fiscalização preventiva obrigatória os regimentos parlamentares?

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Sr. Presidente, Sr. Deputado José Magalhães, a nossa posição é claramente a seguinte: se for aceite acabar a fiscalização preventiva tal qual existe no artigo 278.º...

O Sr. Presidente:— Quanto a isso já votámos que não!

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Estou a responder ao Sr. Deputado José Magalhães, que me fez um pedido de esclarecimento!

O Sr. Presidente:— Então, em vez de dizer «se» pode dizer «porque não foi».

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Não quero cometer a indelicadeza de dizer ao Sr. Deputado José Magalhães que a pergunta dele já está respondida! Estou a repetir porque ele me fez uma pergunta!

A resposta do PSD é que se houver abertura para se riscar este artigo 278.º e, em sua substituição, instituir-se um mecanismo de fiscalização preventiva obrigatória podemos analisar com toda a abertura quais as matérias que estariam em causa, nomeadamente os regimentos.

O Sr. Presidente:— Sr. Deputado Luís Marques Guedes, são matérias de natureza completamente distinta! Os regimentos são normativos internos aos respectivos órgãos, não têm a natureza de diploma legislativo, não são sujeitos ao regime geral da promulgação e do veto e, por isso, o que estamos aqui a procurar é um mecanismo de garantia de democraticidade interna aos organismos representativos com relevância, ou seja, à Assembleia da República e às assembleias legislativas regionais. Isto nada tem que ver, portanto, com o regime geral da fiscalização preventiva dos diplomas legais, das leis e dos decretos-leis.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Sr. Presidente, permite-me responder?

O Sr. Presidente:— Fiz uma observação, mas pode ter resposta, naturalmente!

Tem a palavra, Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Sr. Presidente, em resposta, com toda a seriedade (penso que a sua questão também foi colocada com a mesma seriedade), digo-lhe que não vejo qualquer problema em que fosse como referi, uma vez que quer o artigo 178.º, relativo ao regimento da As-

sembleia da República, quer o artigo 234.º, relativo ao regimento das assembleias legislativas regionais, dizem expressamente — e não foi nesta Revisão Constitucional que se alterou isso —, no caso do artigo 178.º, que compete à Assembleia da República elaborar e aprovar o seu regimento, nos termos da Constituição, e, no artigo 234.º, n.º 2, que «Compete à assembleia legislativa regional elaborar e aprovar o seu regimento, nos termos da Constituição e do estatuto político-administrativo da respectiva região.» E o legislador constituinte já cá escreveu isto há muito tempo!...

Assim sendo, uma vez que é a própria Constituição que subordina a liberdade de aprovação do regimento por parte destas três assembleias à Constituição, não vejo por que seria abstruso colocar em sede de fiscalização da constitucionalidade um mecanismo de fiscalização obrigatória exactamente dessa submissão ao texto da Constituição, que já vem preconizada nos artigos 178.º e 234.º.

O Sr. Presidente: — Há pouco, o Sr. Deputado Barbosa de Melo, com muita propriedade, perguntava: «quem guarda os guardadores?»

Aquilo que o Sr. Deputado Luís Marques Guedes aqui anuncia é que os regimentos devem conformidade à Constituição, mas como são sempre susceptíveis de aprovação por maiorias, e ainda por cima por maiorias simples, não está excluído que, num qualquer momento, e por má inspiração, uma maioria possa virtualmente violar disposições constitucionais na aprovação de um regimento. E, nessa altura, como é que se opera a protecção das minorias virtualmente prejudicadas por esse facto? Ora bem, era aqui que entrava o regime da fiscalização preventiva, a título especial, dos regimentos dos órgãos representativos! Era neste aspecto, justamente para melhor assegurar a conformidade à Constituição, que pretendíamos inovar.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Em substituição da actual!

O Sr. Presidente: — Não tem nada que ver, Sr. Deputado Luís Marques Guedes!

O que o Sr. Deputado Luís Marques Guedes quer é eliminar o regime da fiscalização preventiva ao nível do procedimento legislativo comum, e do que estamos aqui a tratar é de uma regra de protecção das minorias ao nível dos órgãos de representação democrática. São duas coisas distintas, peço-lhe desculpa!

Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, permita-me que faça uma ligeira consideração quanto ao fundo desta matéria.

Se um regimento contiver normas que afrontem a Constituição, por uma forma ou outra os mecanismos globais sempre acabarão por funcionar. Submeter a interpretação que a assembleia parlamentar faz da Constituição (uma assembleia eleita directamente pelo povo português, que, no caso da Assembleia da República, é um órgão de soberania, senhora de fazer a interpretação da Constituição que entender — correcta ou menos correcta) ao controlo preventivo duma instância jurisdicional que tem uma legitimidade política derivada é qualquer coisa que está errado!

Numa situação que implique com direitos das pessoas em geral, com direitos dos Deputados ou com direitos dos

grupos parlamentares sempre haverá ocasiões em que, sucessivamente, a propósito de questões concretas, se porá o problema da constitucionalidade da norma regimental. Porém, à partida, globalmente dizer-se que o trabalho que a Assembleia fez sobre si própria deve ser passível de um controlo prévio de um tribunal está errado!

Eu admitiria que se dissesse: «Bom, se isto é necessário, então, submetamos este texto a promulgação do Presidente da República».

Protestos do Deputado do PS José Magalhães.

Por que não?! Estou a caricaturar as vossas razões!

Então, pela legitimidade das coisas, é melhor dizer-se «o Sr. Presidente da República que promulgue o regimento»! Assim, temos aqui uma outra autoridade, também ela eleita directamente pelo povo português, a fiscalizar e a comprometer-se de alguma maneira com o trabalho que fez o grupo dos eleitos directamente pelo povo português!

Fora disto fazer a fiscalização preventiva do regimento (e é global, sempre; nunca se esqueçam deste pormenor; quando se faz a fiscalização preventiva uma vírgula pode comprometer todo o sistema!), torná-lo dependente de um qualquer arrazoado de um órgão, por mais respeitável que seja, que não tem uma legitimação democrática directa distorce o sistema! E desculpem que fale assim.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado Barbosa de Melo, permita-me que faça também uma consideração, se quiser sob a forma de pergunta, ao que acabou de dizer.

Com o devido respeito lhe digo que nunca me lembro de argumentos menos pertinentes do que os que acabei lhe de ouvir.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Alguma vez tinha de ser a primeira!

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado Barbosa de Melo, é que dizer que os actos parlamentares, porque estão imbuídos de uma legitimidade democrática, não devem ser susceptíveis de controlo jurisdicional é, de facto, pôr em causa que os actos parlamentares que se concretizam em iniciativa de lei devessem ser submetidos a controlo jurisdicional! Efectivamente o são, ainda bem que o são, a benefício do Estado de direito e do princípio da separação de poderes!

É correcto admitir-se que actos legislativos devam ser susceptíveis de ser submetidos ao controlo jurisdicional, mas admitir-se que actos normativos que estão na exclusiva dependência do órgão parlamentar já não sejam susceptíveis de ser submetidos a controlo jurisdicional é querer fazer prevalecer um princípio da democraticidade que tanta razão tem de ser neste caso como nos demais casos da actividade parlamentar no exercício das suas competências normais.

E aqui é que o problema até pode ser mais delicado. Porque é justamente nos actos normativos, que têm apenas consequências internas, que se pode criar um problema de subjugação de direitos de minorias à vontade das maiorias conjunturais, exactamente porque não há uma forma de sindicabilidade externa. E esse é que é o problema!

Ou seja, estamos perante uma omissão constitucional na previsão de um problema deste tipo. E estou-me a recordar, por exemplo, do Prof. Freitas do Amaral, que chamou a atenção para a omissão de controlo jurisdicional relati-

vamente aos regimentos, designadamente do Regimento da Assembleia da República, e também, por similitude, dos regimentos das assembleias legislativas regionais.

Por outro lado, quando afirmou que era delicado subordinar em fiscalização preventiva toda a globalidade dos regimentos, não é isso que consta da proposta do PS. A proposta do PS reportava-se a normas constantes do Regimento que, como tal, tinham que ser expressamente identificáveis no pedido do controlo preventivo da fiscalização de constitucionalidade.

Portanto, penso que não íamos tão longe na nossa proposta quanto o Sr. Deputado Barbosa de Melo pareceu aludir, no entanto, se não houver maioria para podermos dar este passo, o que é que havemos de fazer? Temos de nos conformar com a nossa sorte.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Sr. Presidente, eu não queria eternizar o diálogo e dizer que o Sr. Presidente me interpretou mal — já foram feitas algumas confusões nesta Casa, durante esta sessão legislativa, sobre interpretações daquilo que se diz —, mas V. Ex.^a interpretou-me mal!

O Sr. **Presidente**: — Prefiro tê-lo interpretado mal. Nesse caso, o Sr. Deputado poderá deixar-me mais clarificado.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — A questão é a seguinte: um controlo preventivo é, naturalmente, feito sobre uma norma, mas se a norma que é controlada é declarada inconstitucional, isso tem, obviamente, de obstar a que, no seu conjunto, o regulamento entre em vigor, a norma entre em vigor! Isto é global! É desta matéria que estamos a tratar, do controlo preventivo.

Eu disse sempre que questões de constitucionalidade sucessiva de qualquer regimento são sempre possíveis perante o tribunal. É esta a perspectiva em que me coloquei. Não estou a falar do controlo da constitucionalidade normal, que é sempre um sucessivo, Sr. Presidente! Os tribunais intervêm sempre *ex post* e nunca *ex ante*! Só cá, no nosso país, por razões que tiveram a ver, e bem, naquela altura, com o controlo que o MFA tinha que fazer do processo político, é que ficou consagrado este sistema que não se muda, que é o sistema do controlo preventivo da constitucionalidade! Havia uma força que dominava o processo político, e digo que com razões naquela circunstância histórica, que não quis que houvesse fugas aqui.

Ora, nós somos herdeiros disso. E é contra esse controlo de constitucionalidade que têm de entender as minhas palavras! Não é em relação ao controlo sucessivo, nem generalizado, que estou aqui a arvorar o poder dos órgãos legislativos com poder absoluto. Num Estado de direito não há poderes absolutos, nem o do Tribunal Constitucional.

O Sr. **Presidente**: — Muito obrigado, Sr. Deputado Barbosa de Melo. Penso que estamos entendidos no nosso desentendimento nesta matéria.

Srs. Deputados, vamos passar à votação do n.º 4-A do artigo 278.º constante do projecto apresentado pelo PS.

Submetido à votação, foi aprovado, com votos a favor do PS, do PCP e do CDS-PP e votos contra do PSD, não tendo obtido a maioria de dois terços necessária.

Era o seguinte:

4-A — Um quinto dos Deputados à Assembleia da República ou dos Deputados a cada uma das assembleias

legislativas regionais em efectividade de funções pode requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes do Regimento da respectiva Assembleia, no prazo de oito dias a contar da sua votação final.

O Sr. **Presidente**: — Quanto à proposta de um n.º 4-B do artigo 278.º, apresentada pelo PS, não poderei já submetê-la a votação, porque ficou pendente uma que lhe era precedente, relativa ao n.º 3 do artigo 277.º

Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Creio que, há pouco, o Sr. Deputado Luís Marques Guedes não nos legitimou nenhuma esperança de que possa ser atingido um consenso de dois terços nesta fase, tanto em torno da questão atinente à proposta para o artigo 277.º, como em torno desta. Portanto, proponho, Sr. Presidente, que não havendo *suspense* se passe à votação e se remeta-se para Plenário a decisão final tanto desta proposta como da relativa ao artigo 277.º, naturalmente.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados José Magalhães e Luís Marques Guedes, há uma proposta do PS que diz o seguinte: «Não estão submetidas a fiscalização sucessiva da constitucionalidade as leis de Revisão Constitucional». O Sr. Deputado Luís Marques Guedes entende que se pode votar já esta proposta do PS sem uma melhor reflexão?

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, exactamente na esteira daquela que foi a argumentação ainda agora expendida, embora sob um aspecto algo diferente, pelo Prof. Barbosa de Melo, a posição do PSD é a seguinte, e consta do seu projecto inicial: uma vez que a Constituição resulta de um direito essencial dos representantes directos do povo, a fiscalização da Constituição, do nosso ponto de vista, é aceitável pelo próprio povo. O PSD, nesse sentido, propôs, e consta do seu projecto inicial, à semelhança do que acontece em democracias muito próximas de nós (veja-se, por exemplo, a vizinha Espanha) aceitará de braços abertos o referendo constitucional.

Ou seja, numa matéria tão importante como é a definição de Lei Fundamental do País, matéria tão importante em que só os representantes directamente eleitos pelo povo estão legitimados para ter iniciativa em matéria de revisão, o PSD só a aceita a fiscalização, a existir, se for feita pelo próprio povo.

Nesse sentido, o PSD votará contra normas que tenham por objectivo substituir a «sucessiva» pela «preventiva» ou o que quer que seja sobre esta matéria. A nossa posição é de total abertura para afastar liminarmente a fiscalização feita por um qualquer órgão de soberania, desde que em sua substituição seja colocado o referendo constitucional, que é um mecanismo democrático que, como todos sabemos, existe em outras democracias tão ou mais dignas que o nosso Estado de direito.

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado Luís Marques Guedes, se bem entendi, o Sr. Deputado apenas admitiria eliminar o regime da fiscalização sucessiva da Lei de Revisão Constitucional no caso de se incorporar uma solução referendária da Lei. E eu fiquei com a impressão que a sua posição era peremptória, ou seja, essa ou nenhuma outra.

A minha pergunta é muito singela: é, de facto, tão peremptória como isso, Sr. Deputado Luís Marques Guedes?

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD):— Sr. Presidente, conduzia um pouco a questão à argumentação que o Prof. Barbosa de Melo há pouco expendeu. O Sr. Presidente sabe bem que a Constituição não tem nenhuma norma explícita relativamente à fiscalização sucessiva da constitucionalidade das leis de revisão.

No fundo, ela decorre do funcionamento normal dos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade.

A posição do PSD entronca-se na argumentação do Prof. Barbosa de Melo no sentido de que é delicado, num Estado de direito, estar pura e simplesmente a dizer-se que existe uma coisa chamada «a lei de revisão», que os senhores eleitos pelo povo português decidem democraticamente por dois terços, e que ninguém fiscaliza o que esses senhores decidem. É delicado! Por isso, o PSD vê com dificuldade criar-se aqui uma norma, como o PS propõe para o n.º 3 do artigo 277.º, em que se vem dizer pela primeira vez que não é passível de escrutínio de legalidade por parte do tribunal as leis de revisão que são decididas e votadas por estes senhores eleitos pelo povo português.

O PSD estará, sim, aberto para, por uma norma que afaste liminarmente todo o escrutínio jurisdicional sobre a Constituição da República sobre a lei de revisão, desde que exista um escrutínio através de um mecanismo referendário, garantindo-se, de facto, como dizia o Prof. Barbosa de Melo, que não existe essa coisa de que ninguém «guarda o guardador».

De facto, há Deputados que são eleitos democraticamente pelo povo, que é soberano, que têm poderes constituintes, e são os únicos a tê-los, mas o povo, que lhes dá esses poderes, pode escrutinar o que é que eles fizeram na utilização desses poderes. Não consagrar este escrutínio pelo povo, através do referendo, e em simultâneo vir afastar-se o potencial ou eventual escrutínio jurisdicional parece-nos delicado, o PSD acha perigoso e não votará desgarradamente uma destas soluções. Podemos equacionar ver isto em bloco.

O Sr. **Presidente**:— Não era esse o alcance da proposta do PS, mas o Sr. Deputado José Magalhães explicará certamente. Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. **José Magalhães** (PS):— Sr. Presidente não há cabimento a muitas explicações, porque discutimos esta matéria abundantemente na primeira leitura. Há uma oposição total de filosofias nesta matéria entre aquilo que o Sr. Deputado Luís Marques Guedes exprimiu em nome do PSD e aquilo que subjaz ao projecto do Partido Socialista.

O projecto do Partido Socialista é fiel à concepção constitucional desta matéria. Essa concepção foi reafirmada em 1989 quando o artigo 118.º foi escrito com a redacção que chegou até hoje e que agora vai ser aperfeiçoada. Vai ser aperfeiçoada mas não neste ponto, porque neste ponto não se trataria de a aperfeiçoar; seria distorcê-la consagrar aquilo que é, diria eu, o primeiro limite e a primeira característica do artigo 118.º: a interdição absoluta do referendo constitucional.

E essa interdição tem fundamento na filosofia, que é a filosofia originária da Constituição, que a protege, desde logo, contra aquilo que na experiência constitucional portuguesa (não gostaria de dirigir isto em lei sagrada ou em lei de bronze da história universal) pairou, lamentavelmente, em determinados momentos de ciclo histórico, como ameaça à própria ordem constitucional e como risco indi-

ciado de «constituição», tanto em momentos, como nos anos 80, em que propostas de revisão estiveram associadas a candidaturas presidenciais que se propunham de facto e deveras não a transformar o regime constitucional mas destruí-lo por ruptura, como mais tarde, na altura da primeira candidatura presidencial do Dr. Mário Soares, em que o mesmo conjunto de ideias aflorou.

No PSD, são ideias recorrentes. Não são, diria eu, da matriz do PSD, enfim, fazendo um esforço de conglobação; surgiram em determinados momentos, foram abandonadas noutros; constavam do projecto do Dr. Sá Carneiro, foram afastadas noutros momentos; o Dr. Cavaco Silva nunca preconizou o referendo de revisão constitucional com plebiscito, ou seja, nunca preconizou um plebiscito pela ruptura da ordem constitucional e, talvez por isso, Sr. Deputado Luís Marques Guedes, nesses tempos não se tivesse manifestado a favor dessas teorias.

Hoje em dia, é a primeira vez que ouço esta teoria! Portanto, admito que hoje, a esta hora, 10 horas e 40 minutos, uma corrente se manifesta no PSD a favor do plebiscito de ruptura constitucional mas, francamente, não nos parece que isso possa ser negociado, pois opõe-se diametralmente à filosofia que consta do projecto de revisão constitucional.

Constatamos também que não há consenso quanto à solução preconizada pelo PS, também ela uma solução de estabilidade, isto é, visando garantir uma fiscalização que hoje não está prevista a benefício de outra que, a ser exercida, causaria seguramente mais instabilidade do que é desejável, ou não — veremos historicamente o que acontece.

O Sr. **Presidente**:— Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD):— Sr. Presidente, Sr. Deputado José Magalhães, peço-lhe um minuto de atenção, que é tanto quanto o que lhe dediquei.

Sr. Deputado, V. Ex.^a pode ter as ideias que quiser sobre a concordância ou discordância do PSD quanto à questão que tem na cabeça num dado momento, o que não pode é negar, com uma palavra que só revela ignorância, a história do PSD!

Lembro-lhe só o seguinte: a seguir ao 25 de Novembro, ainda não havia Constituição de 1976, embora estivessem adiantados os trabalhos, elaborou-se um novo projecto de pacto entre o MFA e os partidos. O PSD, nessa altura — está publicado na íntegra —, em permanente constância com o pensamento interior ao PSD, mas revelado publicamente em Janeiro de 1976, recusou a promulgação da Constituição por parte do Presidente da República de então e disse que, efectuada a votação no Plenário, devia a mesma ser submetida a referendo. É este o início da história do PSD e o referendo.

O Sr. **José Magalhães** (PS):— Um mau início!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD):— Qualifique como quiser, mas não negue! Este é o princípio da história!

O Sr. **Presidente**:— Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães para dar explicações, se assim o entender.

O Sr. **José Magalhães** (PS):— Sr. Presidente, Sr. Deputado Barbosa de Melo, agradeço-lhe ter reafirmado ou ter relembrado um facto que é público e notório. Teve

conhecimento íntimo dele, mas fomos todos testemunhas dessa ocorrência!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Pelas suas palavras não me pareceu, por isso intervim!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Mas também não negou, e foi muito prudente ao omitir qualquer alusão aos anos 80, quer ao início quer a meados desses anos, aquando da primeira candidatura do Dr. Mário Soares.

Sr. Deputado, o que lamento é que essa questão seja trazida de supetão nesta revisão constitucional quando não consta do vosso projecto.

É uma evidência! V. Ex.^a terá a gentileza de reconhecer que li o vosso projecto, no qual não encontrei nenhuma menção a essa ideia. Portanto, por favor, não a transforme numa espécie de grinalda ou de símbolo da orientação do PSD, porque ela não consta do vosso projecto de revisão constitucional!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Parece que V. Ex.^a ficou nervoso — permita-me este comentário — pelo contra-argumento à vossa proposta!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Fiquei surpreendido!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Ficou nervoso com o contra-argumento à vossa proposta! É só essa a explicação que pode dar-se àquilo que acaba de dizer!

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, permitam-me também uma consideração.

Srs. Deputados, se alguma coisa, no regime que temos, porventura chocará quanto à lei de revisão constitucional é que o Presidente da República, no caso, seja chamado a promulgar de forma vinculada a lei de revisão constitucional. Ou seja, pode emitir sobre ela juízos de valor, se o entender, mas isso não pode de maneira nenhuma colidir com o acto da promulgação, no entanto, um juiz de comarca, em qualquer sítio, poderá recusar a aplicação de uma norma da lei de revisão constitucional por a considerar inconstitucional. Portanto, poderemos ter incidentes em via concreta de fiscalização sucessiva de normas constantes da lei de revisão constitucional, pelo que não me parece ser, sinceramente, a via mais feliz para garantir a estabilidade da ordem constitucional.

Isto significa que, porque não há condições políticas para uma solução do tipo referendária — não quero sequer utilizar a expressão «plebiscitária» —, não fazemos um esforço para procurar encontrar soluções novas.

A solução do PS tinha uma virtude: tudo na solução do PS milita a favor da estabilidade constitucional, pois uma vez entrada em vigor a lei de revisão constitucional ela seria insindicável. Não é essa a solução que, porventura, sairá deste processo de revisão, uma vez que se não admite a possibilidade de trocar o regime da fiscalização sucessiva da constitucionalidade por um regime de fiscalização preventiva concentrada, tal como o PS propunha, e que me parece ser, de facto, no actual sistema de fiscalização da constitucionalidade, uma solução equilibrada.

Teremos outra, Srs. Deputados? No actual sistema que milita na Constituição Portuguesa teremos outra solução? Aparentemente, não teremos e, por isso, vamos sair da revisão constitucional sem conseguirmos resolver este problema.

Sr. Deputado **José Magalhães**, faço-lhe uma sugestão: em lugar de votarmos o n.º 3 do artigo 277.º, e para que o mesmo não dê equívocos quanto ao resultado da votação, sugeria-lhe que retirasse esta proposta.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Equívocos de que tipo, Sr. Presidente?

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado, ouvi aqui, designadamente, sugerir-se que o PS quereria retirar de qualquer controlo jurisdicional a lei da revisão constitucional. Ora, não é esse o objectivo do PS, manifestamente.

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Pois não, mas isso não vai ser aprovado, Sr. Presidente, porque o PSD não aprova!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — O PS propôs a eliminação do n.º 2 do actual artigo 286.º? É só esta informação que peço, em função daquilo que o Sr. Presidente acabou de dizer.

O Sr. **Presidente**: — Não me parece que o tenha proposto, Sr. Deputado.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Então, não estará correcto o que disse V. Ex.^a!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Não propomos alteração nenhuma ao artigo 286.º, Sr. Deputado **Barbosa de Melo**! Ninguém propôs nada sobre o artigo 286.º!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Era isso que eu queria saber!

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado, o que o PS propõe é a não submissão a fiscalização sucessiva. O que o PS desejava era trocar o regime da fiscalização sucessiva pelo regime da fiscalização preventiva!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Trocar?! Mas não propôs nada a respeito do n.º 2!

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Barbosa de Melo**, se esse for o equívoco resolve-se já! Se a questão é essa, resolve-se já!

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — O problema é se VV. Ex.^{as} têm equívocos! Eu não os tenho!

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Sr. Deputado, não existe dúvida quanto à «controlabilidade» dessa lei, que não está isentada de controlo *a posteriori*. O facto de nunca ter acontecido historicamente não significa a inibição da possibilidade de esse acontecimento ter lugar.

Sr. Presidente, tudo visto, tudo ponderado, aceitaremos a sugestão de V. Ex.^a e propomos que se passe ao tema seguinte.

O Sr. **Presidente**: — Então, a proposta de alteração do n.º 3 do artigo 277.º apresentada pelo PS é retirada.

Sr. Deputado **Barbosa de Melo**, a proposta de aditamento de um novo número, o n.º 4-B, ao artigo 278.º, constante do projecto do PS, que é também retirada, justamente trazia à colação o regime da fiscalização preventiva da lei de revisão constitucional.

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado António Filipe, vai debater matérias que foram retiradas do debate?

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, como me reservava para uma declaração de voto, pretendo fazer uma declaração de «não voto».

O Sr. Presidente: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, é positivo que a proposta seja retirada porque a interpretação que fazíamos dela era aquela que o Sr. Presidente referiu, caso essa proposta pudesse ter sido submetida a votação e recusada. É que, de facto, havia uma interpretação possível e lógica, que era a de considerar que uma disposição como a proposta para o n.º 3 do artigo 277.º retiraria a possibilidade de fiscalização sucessiva da constitucionalidade das leis de revisão constitucional e, portanto, desprotegeria, designadamente da fiscalização jurisdicional, o cumprimento de limites materiais da revisão constitucional.

É evidente que explicada a articulação desta norma com a proposta que o PS faz no n.º 4-B a aditar ao artigo 278.º se percebe que não era esse, de facto, o objectivo dos proponentes mas, sim, o de trocar a fiscalização sucessiva unicamente pela fiscalização preventiva. Não vemos especial vantagem em abdicar da possibilidade da fiscalização sucessiva da constitucionalidade das leis de revisão constitucional, e por isso mesmo nos parece sensato e positivo que a proposta não seja votada.

O Sr. Presidente: — O PCP manifestou abertura a isto na primeira leitura, Sr. Deputado António Filipe.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Mas depois fez as contas!...

O Sr. Presidente: — Passamos ao artigo seguinte, Srs. Deputados.

Relativamente ao artigo 279.º não foram apresentadas propostas novas, há, obviamente, as propostas de eliminação, que agora estão prejudicadas.

Sr. Deputado Luís Marques Guedes, está prejudicada agora a vossa proposta de eliminação?

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — *Hélas!*

O Sr. Presidente: — O mesmo acontece em relação às propostas dos Srs. Deputados Pedro Passos Coelho e Guilherme Silva.

Sr. Deputado Guilherme Silva, confirma?

O Sr. Guilherme Silva (PSD): — Sim, Sr. Presidente.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. Presidente: — Faça favor, Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, quero só relembrar que o n.º 5 do artigo 235.º tinha ficado pendente de se saber o destino da fiscalização preventiva.

Face a este destino, o PSD considera prejudicada a sua proposta de eliminação do n.º 5 do artigo 235.º

O Sr. Presidente: — Portanto, o PSD considera prejudicada a sua proposta de eliminação do n.º 5 do artigo 235.º

Voltando ao artigo 279.º, Sr. Deputado José Magalhães, a alteração ao n.º 2 constante do projecto do PS é para votar?

O Sr. José Magalhães (PS): — Essa proposta refere-se à eliminação de uma conhecida e notória entorse ao controlo da constitucionalidade.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado José Magalhães, podemos votar em bloco?

O Sr. José Magalhães (PS): — Podemos, sim, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente: — Temos ainda a proposta constante do projecto subscrito pelo Sr. Deputado Cláudio Monteiro. Parece que se inspiraram ambos nas mesmas fontes!...

Pausa.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. Presidente: — Faça favor, Sr. Deputado.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, tendo em consideração a natureza deste mecanismo e o desejo que tínhamos de que se atingisse um consenso na Comissão, mas percebendo que essa insistência, neste caso, não só não colhe aqui consenso como não o colheria no Plenário, e talvez havendo caminho, historicamente, para que esta ideia faça ainda o seu curso, retiramos a proposta, na circunstância.

O Sr. Presidente: — Tenho a indicação que o Sr. Deputado Cláudio Monteiro retira também a sua proposta.

Sr. Deputado Guilherme Silva, as suas propostas foram também prejudicadas.

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Sá.

O Sr. Luís Sá (PCP): — Sr. Presidente, desta vez é para lamentar que a proposta tenha sido retirada, que, antes disso, não tenha sido aceite e que o acordo PS/PSD que serviu para tanta coisa não tenha servido para coisas virtuosas como esta.

Entendo que esta norma é, efectivamente,...

O Sr. José Magalhães (PS): — Por acaso, não foi proposta pelo PCP!

O Sr. Luís Sá (PCP): — Sr. Deputado, de vez em quando o PS propõe coisas virtuosas e o PCP apoia sem preconceito, como bem sabe.

Portanto, não vou reassumir a norma para fazer o PS abster-se na própria norma que apresentou, em todo o caso fica aqui a lamentação. Espero que em próxima oportunidade haja maior apego a princípios que, a meu ver, são fundamentais.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, passamos ao artigo 280.º, em relação ao qual há uma proposta do PS para o n.º 2, alínea e), que teve receptividade da parte do PSD!

O Sr. José Magalhães (PS): — Pois teve, Sr. Presidente, mas abortou...

O Sr. Presidente: — Quer dar alguma explicação, Sr. Deputado Luís Marques Guedes?

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, quero dizer-lhe, com toda a lealdade, que a posição do PSD evoluiu negativamente, mas se quiser uma melhor explicação dou a palavra ao Sr. Deputado Moreira da Silva.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra, Sr. Deputado Moreira da Silva.

O Sr. Moreira da Silva (PSD): — Sr. Presidente, em primeiro lugar, não sei se é retirada ou não. Se é retirada, nem vale a pena...

O Sr. Presidente: — A proposta do PS poderá ser retirada depois da sua intervenção, Sr. Deputado.

Se a sua intervenção for pela negativa, creio que o PS retirará a proposta.

Pausa.

Srs. Deputados, o Sr. Deputado Moreira da Silva diz que se dispensa de comentários depois de ter sido peremptória a afirmação do Sr. Deputado Luís Marques Guedes, sendo, portanto, retirada a proposta.

Pausa.

Srs. Deputados, a proposta tinha que ver com o direito de amparo. Está, portanto, prejudicada, o mesmo acontecendo com a proposta do Deputado Arménio Santos.

Srs. Deputados, vamos, então, proceder à votação da proposta de artigo 281.º, apresentada pelo PCP.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PSD e do CDS-PP e votos a favor do PCP.

Era a seguinte:

- 1 —
- 2 —

f) Os grupos parlamentares ou um décimo dos Deputados à Assembleia da República;

g)

h) Cidadãos eleitores em número não inferior a 10 000.

3 — O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos ou num caso concreto, funcionando em pleno.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos proceder à votação de uma proposta de nova alínea para o artigo 281.º constante do projecto subscrito pelo Sr. Deputado Guilherme Silva.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PSD, do CDS-PP e do PCP e votos a favor dos Srs. Deputados do PSD Guilherme Silva e Francisco Martins.

Era a seguinte:

f) O Bastonário da Ordem dos Advogados, mediante deliberação do Conselho Geral da Ordem.

g) [Actual alínea f)]

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos passar à votação de uma proposta relativa ao n.º 2, alínea f), do artigo 281.º, constante do projecto apresentado por Os Verdes.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PSD e votos a favor do CDS-PP e do PCP.

Era a seguinte:

f) Os Deputados à Assembleia da República;

O Sr. Presidente: — Segue-se a votação da proposta constante do projecto de Os Verdes relativa ao n.º 3 do artigo 281.º

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PSD, votos a favor do PCP e abstenções do PS e do CDS-PP.

Era a seguinte:

3 — A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade pode ainda ser requerida por grupos de cidadãos, nos termos a definir por lei.

O Sr. Presidente: — A proposta do Sr. Deputado João Corregedor da Fonseca considera-se prejudicada.

A proposta do Sr. Deputado Pedro Passos Coelho, que propunha a eliminação dos Ministros da República, está também prejudicada.

Pausa.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado José Magalhães, a alínea h) do n.º 2 constante do projecto do PS refere-se a um número de cidadãos eleitores não inferior a 5000 ou será um número de cidadãos eleitores a determinar por lei?

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, pela nossa parte, estaríamos disponíveis para flexibilizar e remeter para lei de acordo com a solução que adoptámos, por exemplo, para o referendo e para a iniciativa legislativa popular. Foi por isso que não votámos contra ela, e a *Acta* regista isso.

O Sr. Presidente: — Ficará, então, «Um número de cidadãos eleitores nos termos da lei», não é verdade?

O Sr. José Magalhães (PS): — Sim, ou «(...) determinado pela lei».

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos passar à votação da proposta constante do projecto do PS relativa ao n.º 2, alínea g), do artigo 281.º

Submetida à votação, foi aprovada, com votos a favor do PS e do PCP e votos contra do PSD e do CDS-PP, não tendo obtido a maioria de dois terços necessária.

Era a seguinte:

- g) Os ministros da República, as Assembleias Legislativas Regionais, os Presidentes das Assembleias Legislativas Regionais, os Presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos Deputados à respectiva Assembleia Legislativa Regional, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação de direitos das Regiões Autónomas ou tiver por objecto norma constante de diploma regional, ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do estatuto da respectiva Região ou de lei geral da República.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, passamos à alínea *h*) do n.º 2 proposta pelo PS, na sua nova redacção: «Um número de cidadãos eleitores nos termos da lei».

Srs. Deputados, no exercício isento da minha função, tenho de reconhecer que esta proposta do PS está prejudicada pela votação de há pouco.

O Sr. José Magalhães (PS): — Não, não, Sr. Presidente. É diferente, porque a proposta de Os Verdes era mais vasta.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado, a proposta de Os Verdes reportava-se à declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, podendo ainda ser requerida por grupos de cidadãos. A do PS tem a ver com o número de cidadãos eleitores. Para fazer o quê? De acordo com o pró-mio, para requerer a declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade.

O Sr. José Magalhães (PS): — Com força obrigatória geral!

Risos.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, considero-a prejudicada. Espero que não haja recurso da decisão do Presidente.

Passamos à alínea *g*) constante do projecto do PSD.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, a proposta do PSD está prejudicada!

O Sr. Presidente: — Muito bem!

As propostas constantes do projecto subscrito pelo Sr. Deputado António Trindade também estão prejudicadas, pelo que as votações relativas ao artigo 281.º estão esgotadas.

Srs. Deputados, vamos passar ao artigo 283.º, em relação ao qual o Prof. Jorge Miranda apresentou à Comissão uma sugestão no seguinte sentido: se, em qualquer feito submetido a julgamento, o tribunal não puder conferir tutela a qualquer direito fundamental por omissão de lei que torne exequível a correspondente norma constitucional, suscitará a questão perante o Tribunal Constitucional.

Recordo que votámos, no artigo 26.º, um novo direito fundamental cuja letra diz algo como isto: é garantido o direito à protecção legal contra todas as formas de discriminação. A protecção legal, a meu ver, apela a que se

pudesse estender esta possibilidade de os tribunais poderem verificar a omissão de lei para a protecção de direitos fundamentais, o que só reforçaria o objectivo da norma que aprovámos no artigo 26.º Daí que eu faça um apelo aos Srs. Deputados para meditem sobre a possibilidade ou oportunidade de integrarmos esta sugestão do Prof. Jorge Miranda.

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, o PSD não concorda, genericamente pela mesma ordem de razões com que não concordou com o chamado recurso de amparo ou, melhor dito, pela mesma ordem de algumas das razões pelas quais, não só o PSD, como na sequência das audições que foram feitas nesta Comissão, acabou por se recusar o recurso de amparo. Ou seja, uma norma desse tipo, pela sua indefinição e pela sua amplitude, teria sempre muito mais efeitos perversos e de insegurança da própria ordem jurídica do que efeitos positivos.

Compreendo a bondade — ainda por cima, vinda de um ilustre académico como é o Prof. Jorge Miranda — da preocupação, só que, como ficou (e é esse o paralelismo que o PSD faz) claramente verificado das amplas consultas que tivemos a propósito do mecanismo de recurso constitucional ou de recurso de amparo, os efeitos perversos de normas deste tipo tendem a sobrepor-se aos potenciais benefícios que, aqui ou acolá, reconheçamos, poderiam trazer para a protecção de direitos e de garantias dos cidadãos. Por essa razão, o PSD não concorda com normas deste tipo, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente: — Perante tal, está inviabilizada qualquer tentativa de converter esta proposta em sede constitucional.

Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, francamente, o Sr. Deputado Luís Marques Guedes não diagnosticou nem deixou em acta nenhuma anatomia de efeitos perversos.

O Sr. Presidente: — Pois não.

O Sr. José Magalhães (PS): — Creio que, nesta matéria, o problema básico é que uma espécie de sistema de controlo difuso da iniciativa de fiscalização das inconstitucionalidades por omissão nunca poderia redundar em mais do que o próprio mecanismo dá, ou seja, um juízo do Tribunal Constitucional verificando a omissão, sem que daí se retire qualquer substituição do legislador ordinário na sua função própria. Portanto, adensaria a pressão sobre os órgãos próprios para que estes colmassem as omissões — não mais nem menos do que isso.

Nós tínhamos uma ideia, que era bastante generosa — circunscreveu-se ao nosso projecto de revisão constitucional e não tinha eco junto dos defensores desta solução jurisdicionalizada, chamemos-lhe assim —, atendente ao desencadeamento dos processos de inconstitucionalidade por omissão, por um número de cidadãos que, no nosso projecto de revisão, aparecia tipificado como não devendo ser inferior a 5000. De resto, a norma seria susceptível de ser revista.

O Sr. Presidente: — A verdade é que a sugestão do Prof. Jorge Miranda não traz com ela nenhuma injunção ao

poder legislativo, mas apenas a possibilidade de alertar o Tribunal Constitucional para situações de inconstitucionalidade por omissão no domínio da percepção dos direitos fundamentais.

O Sr. José Magalhães (PS): — Mais uma forma, entre muitas outras. Portanto, não vale a pena anatemizar aquilo que não é anatemizável.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado António Filipe.

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, gostaria de registar que esta proposta nos parece pertinente e que, se fosse levada à votação, teria o nosso voto favorável.

O Sr. Presidente: — O problema é que não devemos estar aqui a trabalhar para nada. Se pudéssemos estabelecer aqui algum consenso operacional...

Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, é evidente que a questão posta pelo Prof. Jorge Miranda tem sentido: como proteger alguém no caso de faltar lei e ela lhe ser devida por omissão do poder legislativo, ou do poder regulamentar, ou do que quer que seja.

O Sr. Presidente: — Em matéria de direitos fundamentais!

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Pergunto é se — e o Sr. Presidente começou por invocar esse princípio —, face ao n.º 5 que está aprovado para o artigo 20.º, e que diz que «para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra as ameaças ou violações desses direitos»... Perante uma situação em que falte uma lei, o tribunal nega a providência que o cidadão requereu. E ele, naturalmente, recorre e diz: «mas negou-me porque? A lei não me dá, mas devia dar-me!» E suscita-se uma questão de inconstitucionalidade! Isto não vai ter ao Tribunal Constitucional? Vai! Há sempre uma norma que não é aplicada e vai ter ao Tribunal Constitucional — e está realizado o que consta do n.º 2 do artigo 283.º! A que título é que se ganha incluindo mais uma coisa?

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado Guilherme Silva.

O Sr. Guilherme Silva (PSD): — Sr. Presidente, talvez por falta de atenção minha, não entendi bem a questão que o Sr. Deputado Barbosa de Melo colocou, designadamente quando refere que a situação que o Prof. Jorge Miranda pretende prevenir é a da omissão legal para a tutela de direitos fundamentais. Se bem percebi, o Sr. Deputado Barbosa de Melo entende que a Constituição, por via da inconstitucionalidade, já prevê essa situação. É isso?

Simplesmente, salvo melhor opinião, isso é assim relativamente às omissões de lei que a própria Constituição preveja. Aliás, já aconteceu um caso desses, pelo menos, que foi o caso da lei de protecção de dados: durante muitos anos, a lei previa a sua aprovação, o Provedor de Justiça levantou esse problema e o Tribunal Constitucional considerou que ocorria uma situação de inconstitucionalidade por omissão. Mas se não for uma situação cuja falta

de lei ou cuja lei seja prevista pela Constituição, não estou a ver que o recurso por inconstitucionalidade resolva esse problema.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado Cláudio Monteiro.

O Sr. Cláudio Monteiro (PS): — Sr. Presidente, o problema é a denegação de justiça, e é a esse o problema que responde o Sr. Deputado Barbosa de Melo. O outro problema é o do mecanismo necessário para desencadear um processo legislativo, e é a isso que se pretende responder com esta ideia. Foi essa questão que levantou o Sr. Deputado Guilherme Silva.

É que a proposta do Prof. Jorge Miranda levanta dois problemas.

O Sr. Presidente: — O que o Sr. Deputado Guilherme Silva refere vem na linha das preocupações que nós concretizámos ao aumentar o elenco dos direitos pessoais quando acrescentámos o direito à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação. Ora, este direito à protecção legal, entendido agora como um direito pessoal fundamental, pode, em determinados momentos, confrontar-se com uma omissão legal para a protecção desses direitos. E isso pode configurar uma situação de inconstitucionalidade por omissão.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Essa questão não vai ao Tribunal Constitucional?

O Sr. Presidente: — Pode não ir por... O Tribunal Constitucional poderá suscitá-la se ela lhe for requerida pelas entidades que podem requerer a declaração por omissão.

Tem a palavra o Sr. Deputado Guilherme Silva.

O Sr. Guilherme Silva (PSD): — Sr. Presidente, o que me parece é que, tal como dizia há pouco o Sr. Deputado Luís Marques Guedes, essa norma é bem intencionada, mas pode ocasionar efeitos perversos, e até graves, e exactamente contrários àquilo que pretende assegurar. É que, com um ordenamento constitucional como o nosso, que é reconhecidamente, em matéria de direitos fundamentais, dos mais completos e mais avançados, e que agora sai aperfeiçoado desta revisão, até com mecanismos de aplicação directa desses direitos, no caso de não haver intermediação legislativa, admitir-se, em teoria, que, mesmo assim, um julgador pode estar perante situações concretas de falta de lei para protecção ou defesa de situações de discriminação ou outras, parece-me um caso perfeitamente teórico. Tenho muita dificuldade em perceber ou admitir que ele não possa ser preenchido por regras gerais de interpretação de aplicação das leis, de preenchimento de lacunas, etc. Tenho muitíssima dificuldade em perceber que isso possa ocorrer e receio bem que, em determinadas ocasiões, isso possa conduzir à omissão do juiz para fazer um esforço e o exercício do direito que é necessário para encontrar a solução, colocando-se na situação de alegada omissão de lei e, de certo modo, de chamar a si este papel, pelo menos de indicador de caminho ao legislador.

Considero, pois, essa norma muito perigosa e que ela corre todos os riscos de ter o efeito exactamente contrário.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, verifico, desde já, não haver consenso.

Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, é muito claro o ponto de partida do PSD: o PSD propôs hoje — e não foi de ânimo leve —, como tem proposto sempre, a abolição da inconstitucionalidade por omissão. Que fique claro que sempre temos proposto isto! Opusemo-nos a isto na Constituinte! Sempre nos temos oposto a isto por entendermos que, exactamente para que haja uma inconstitucionalidade por omissão, é preciso que haja um «senhor» da Constituição que diz: «o que está cá está bem, mas falta cá qualquer coisa, vamos acrescentar!» É a partir daqui que o PSD constrói a sua posição.

O problema que colocam é ir para além da posição inicial do PSD, desta posição de princípio do PSD. Mas eu digo: se o problema tem sentido para que seja alertado o poder legislativo ou o poder regulamentar para a falta de uma norma que dinamize um princípio qualquer, uma protecção qualquer devida, segundo a Constituição, a um particular, lá se chega pelos mecanismos próprios dos recursos e, por último, o acesso ao Tribunal Constitucional. E o que está dito no n.º 2 do artigo 283.º ressalva essas situações todas.

Vejo que, para além de isso ferir o ponto de vista do meu partido (que, insisto, é o de que nós não vemos com bons olhos, e por razões sólidas, em meu juízo, o instituto da inconstitucionalidade por omissão), a questão que se põe é resolúvel dentro do esquema que aqui está previsto — não é preciso avançar mais. É esta a ideia.

O Sr. Presidente: — Vou dar a palavra ao Sr. Deputado José Magalhães, mas peço aos Srs. Deputados que, a seguir, este debate seja dado por terminado. Introduzi-o com boa vontade, mas constato que dele não resultará lucro.

Tem a palavra, Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, creio que fez bem em ter introduzido o debate. Aliás, a discussão não é negativa.

O quadro constitucional é seguramente generoso, mas vai sê-lo mais, como ficou sublinhado. Vai sê-lo através de disposições que prevêem muitas incumbências para o legislador ordinário, traduzindo-se, designadamente, na criação de novos instrumentos, de novas ferramentas de intervenção cívico-processual, etc.

Sistematizando, há dois tipos de situações, uma das quais pretendia ser resolvida por esta via — não todas, só uma. Primeiro, quando há uma norma constitucional de aplicação directa, o caso está resolvido (como sempre o esteve, nos termos constitucionais). Essa situação cobre uma parte muito relevante da Constituição, coisa que não sucede por acaso, embora a sua aplicação não tenha sido isenta de dificuldades.

O segundo grupo de hipóteses, que, aliás, afloraram aqui de forma misturada, é constituído pelas situações em que não há uma norma constitucional de aplicação directa, nem o julgador encontra a norma de mediação legal imprescindível. Isso é inteiramente óbvio, por exemplo, em relação ao chamado «direito a prestações», em que qualquer acção intentada por um cidadão junto do tribunal a pedir uma determinada indemnização, que esteja prevista, mas não tenha sido objecto de regulamentação adequada pelo legislador ordinário, não permite ao juiz um «sim». Obviamente que o juiz não pode fazer um *non liquet*, mas irá verificar a inexistência de uma norma legal habilitante que

delimite as condições, os termos, os montantes e os demais elementos necessários à obtenção da prestação reclamada, e, consequentemente, o cidadão espera até que o poder político cumpra o seu dever... Sobre o poder político poderá mesmo vir a ser feita pressão adequada, caso o Sr. Presidente da República ou os outros titulares do direito de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão estejam decididos a fazê-la. Se não, o cidadão espera e, naturalmente, protesta, peticiona, queixa, reclama, enfim vai para a «praça pública» fazer o seu protesto e, naturalmente, dirige-se ao Provedor de Justiça.

Mas não se diga que não há situações não cobertas e sem protecção! Há situações de protecção insuficiente. Portanto, a ferramenta (o mecanismo) proposta não é abstracta, ela teria um lugar e seria uma ferramenta de valor limitado, como ficou gizado e resumido no início.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos então deliberar sobre as matérias pendentes relativamente ao artigo 283.º

Antes, porém, quero colocar ao Sr. Deputado José Magalhães a seguinte questão: do debate precedente, parece resultar à evidência que as propostas do PS não lograrão a maioria de dois terços. Nestas condições, Sr. Deputado José Magalhães, admite retirá-las?

O Sr. José Magalhães (PS): — Sim, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente: — Assim sendo, Srs. Deputados, as propostas do PS referentes ao artigo 283.º são retiradas.

Deste modo, Srs. Deputados, vamos passar à votação da proposta referente ao artigo 283.º constante do projecto de revisão constitucional subscrito pelo Sr. Deputado do PS António Trindade e outros.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PSD e abstenções do PS, do PCP e do CDS-PP.

Era a seguinte:

1 — A requerimento do Presidente da República, do Provedor de justiça ou, com fundamento em violação dos direitos das Regiões Autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais, de um décimo dos seus Deputados ou de um número de cidadãos eleitores das Regiões Autónomas não inferior a 1000, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, peço desculpa por não termos começado pela votação das propostas de eliminação constantes dos projectos apresentados pelo PSD e pelo Sr. Deputado do PSD Pedro Passos Coelho e outros.

Vamos votar.

Submetidas à votação, foram rejeitadas, com votos contra do PS, do PCP e do CDS-PP e votos a favor do PSD.

O Sr. Presidente: — Segue-se a votação da proposta de alteração relativa ao artigo 283.º constante do projecto de revisão constitucional apresentado por Os Verdes.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PSD e do CDS-PP, votos a favor do PCP e a abstenção do PS.

Era a seguinte:

1 — A requerimento do Presidente da República, do Provedor da Justiça, de grupos de cidadãos, nos termos da lei, ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais, o Tribunal de Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2 — A inconstitucionalidade pode ainda ser suscitada quando em qualquer feito submetido a julgamento o tribunal não puder conferir tutela a qualquer direito fundamental por omissão de medidas legislativas necessárias.

3 — (*Actual n.º 2*).

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos agora votar a proposta de aditamento de um artigo 283.º-A constante do projecto de revisão constitucional apresentado pelo PCP.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PSD, do CDS-PP e do Sr. Deputado do PS Cláudio Monteiro, votos a favor do PCP e a abstenção do PS.

Era a seguinte:

1 — O Tribunal Constitucional declara igualmente a inconstitucionalidade dos actos políticos que infrinjam a Constituição e, consequentemente, declara a inexistência ou a nulidade dos actos, conforme os casos, a requerimento das entidades referidas no número 2 do artigo 281.º

2 — O processo de impugnação e de conhecimento de inconstitucionalidades será caracterizado pela celeridade e prioridade, de modo a impedir a consumação dos efeitos do acto inconstitucional.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, segue-se a votação da proposta de aditamento de um n.º 3 ao artigo 285.º, constante do projecto de revisão constitucional apresentado pelo Sr. Deputado António Trindade e outros do PS.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PSD, do PCP e do CDS-PP e votos a favor do Deputado do PSD Guilherme Silva.

Era a seguinte:

3 — Aberto o processo de revisão, as Assembleias Legislativas Regionais poderão apresentar propostas de revisão sobre matérias específicas das Regiões Autónomas.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, passamos à votação da proposta de aditamento de um artigo 285.º-A, apresentada por Os Verdes.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PSD, votos a favor do CDS-PP e a abstenção do PCP.

Era a seguinte:

Artigo 285.º-A

Debate público da revisão constitucional

Os projectos de revisão constitucional serão sujeitos a debate público, pelo prazo mínimo de 60 dias, assegurando-se para o efeito a ampla difusão das propostas de alteração apresentadas, bem como a recolha e ponderação dos resultados da sua apreciação pelos cidadãos.

O Sr. Presidente: — Segue-se o artigo 288.º

Começamos por votar uma proposta do Deputado Pedro Passos Coelho e outros do PSD no sentido de serem eliminados os limites materiais de revisão.

Submetida à votação, foi rejeitada por unanimidade.

Srs. Deputados, passamos à votação da proposta de alteração constante do projecto de revisão constitucional apresentado pelo CDS-PP.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP, votos a favor do CDS-PP e a abstenção do PSD.

Era a seguinte:

Artigo 288.º

Limites materiais de revisão

As leis de revisão constitucional não poderão pôr em causa a independência e a unidade do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios essenciais do Estado de Direito social e democrático, o princípio da separação das igrejas do Estado, o princípio da autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e o princípio da autonomia das autarquias locais.

O Sr. Presidente: — Queriam subverter a Constituição da República Portuguesa...

Risos.

Srs. Deputados, segue-se a votação da proposta de alteração constante do projecto de revisão constitucional apresentado pelo PSD.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP, votos a favor do PSD e a abstenção do CDS-PP.

Era a seguinte:

Artigo 288.º

Limites materiais de revisão

As leis de revisão não poderão pôr em causa a independência nacional e a unidade do Estado, os direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios do Estado de direito democrático e da democracia representativa, a divisão e o equilíbrio de poderes, a independência dos tribunais e, bem assim, a forma republicana de governo, a separação das

igrejas do Estado, a autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e a autonomia das autarquias locais.

O Sr. Presidente: — Segue-se a votação da proposta constante do projecto de revisão constitucional apresentado pelo Sr. Deputado Cláudio Monteiro e outros do PS.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PCP e do CDS-PP, votos a favor do Deputado do PS Cláudio Monteiro e a abstenção do PSD.

Era a seguinte:

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)
- f)
- g) O sufrágio universal, directo, secreto e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania, das regiões autónomas e do poder local;
- h) [Actual alínea i)]
- i) [Actual alínea j)]
- j) A fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas;
- l) [Actual alínea m)]
- m) [Actual alínea n)]
- n) [Actual alínea o)]».

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, segue-se o artigo 289.º, em relação ao qual há uma proposta de alteração do PSD, que visa acrescentar, no final, «(...)», bem como em caso de declaração de guerra».

Vamos votá-la.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP, votos a favor do PSD e a abstenção do CDS-PP.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra para uma declaração de voto.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, é só para registar que esta proposta do PSD entronca directamente em algum aspecto do conteúdo material do debate que mantivemos nesta Comissão a propósito do diploma referente ao direito e dever de defesa da pátria.

Nessa ocasião, como o Sr. Presidente e os Srs. Deputados se recordarão, o PSD defendeu, e bem, existir no contexto da nossa Constituição, para além do estado de sítio e do estado de emergência, uma terceira realidade que não se confunde, nem se subsume, àquelas realidades constitucionais (do estado de sítio ou do estado de emergência) e que é o estado de guerra, no caso da sua declaração por parte do Sr. Presidente da República, observados os termos constitucionais inscritos em artigos próprios.

De facto, existe esta realidade diferente, que não tem necessariamente de coincidir nem com o estado de sítio nem com o estado de emergência. De facto, há uma lacuna na Constituição e só por curta visão da parte dos

Srs. Deputados que votaram contra este acrescento é que não se consagra esta realidade.

E nem quero crer que os Srs. Deputados defendam ser possível um acto de revisão constitucional durante o estado de guerra, ou seja, sob a pendência de uma declaração de guerra nos termos constitucionais!

É evidente que faço a justiça de não considerar que imperam sentimentos anti-democráticos nos Srs. Deputados que votaram contra, por isso referi que só podem ter votado contra por curta visão.

O Sr. Presidente: — Também para uma declaração de voto, tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, julgava que a discussão que teve lugar em primeira leitura tivesse esclarecido o PSD sobre o equívoco que subjaz a esta proposta, relativamente à qual, de resto, se pode dizer, e suponho que muito concisamente, o seguinte: se a declaração de estado de guerra acarreta estado de sítio já está proibida a revisão nesta matéria; se, porventura (isto é uma questão de lógica pura, e VV. Ex.ª ou a têm ou não a têm), é possível que não acarrete estado de sítio, então não se justifica proibir a revisão.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Não?!

O Sr. José Magalhães (PS): — Até pode ser necessário fazê-la, meu caro amigo, para melhor defesa das instituições! É a lógica elementar!

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — É a minha opinião sincera!

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado António Filipe.

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, muito brevemente, gostaria de dizer algo sobre esta matéria.

Em primeiro lugar, há um conjunto de pressupostos que militam a favor da impossibilidade ou da inadmissibilidade de serem feitas revisões constitucionais em regime de estado de sítio ou de estado de emergência, designadamente a suspensão de liberdades públicas e direitos fundamentais, que não é forçoso que se verifiquem em declaração de estado de guerra. Pelo contrário, uma situação de estado de guerra poderá implicar até um clima de forte unidade nacional e de grandes consensos.

Portanto, digamos que os pressupostos do estado de sítio e do estado de emergência são completamente diferentes dos pressupostos que podem estar na base de uma declaração de estado de guerra.

Por outro lado, ninguém nos garante que precisamente uma situação de estado de guerra não implique a necessidade, por qualquer razão, de uma revisão constitucional, com a qual até todos os partidos poderão estar de acordo. Portanto, numa situação em que todos os partidos políticos portugueses considerassem...

Protestos do Deputado do PSD Luís Marques Guedes.

O Sr. Presidente: — Ó Sr. Deputado Luís Marques Guedes, não é preciso inquietar-se tanto por causa disto! A guerra vem longe!...

Faça favor de continuar, Sr. Deputado António Filipe.

O Sr. **António Filipe** (PCP): — Concluindo, Sr. Presidente, pode dar-se o caso de uma situação de estado de guerra implicar uma revisão constitucional com a qual todos os Deputados de todos os partidos estejam de acordo e, portanto, não faz sentido que uma norma constitucional a visse impossibilitar.

Por outro lado, ninguém nos garante que uma situação de estado de guerra seja necessariamente transitória. A última vez que Portugal se viu numa situação de estado de guerra — naturalmente, não tem comparação com os tempos actuais, porque vivíamos num regime que não era democrático — ela durou 13 anos. Portanto, os Srs. Deputados, com uma norma destas, estariam a criar uma situação que poderia conduzir a que, por longos anos, fosse inviabilizado um processo de revisão constitucional, ainda que houvesse grandes consensos nacionais. Portanto, não faz grande sentido.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, vamos passar ao artigo 290.º.

A proposta do CDS-PP de aditamento de um artigo 290.º — A parece-me prejudicada, não havendo discordância por parte dos Srs. Deputados do CDS-PP.

Proponho que a proposta do Sr. Deputado **Guilherme Silva** passe a ficar actualizada e que diga o seguinte: «A concretização do processo de regionalização do Continente deve estar concluída até ao final do ano de 1997 (...)». Sr. Deputado **Guilherme Silva**, está de acordo com esta correcção material à sua proposta?

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, eu queria corrigir, mas preferia escrever «1995» em vez de «1997»!...

Risos.

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Guilherme Silva**, retira esta proposta?

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Não, Sr. Presidente.

O Sr. **Presidente**: — É para votar?

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, esta proposta era a mais nobre da revisão constitucional, e isto de dois pontos de vista: por um lado, porque era a disposição que apontava para a celeridade nos trabalhos da revisão constitucional, celeridade bastante maior do que aquela que se emprestou ao processo; e, por outro lado, porque apontava também para a aceleração do processo de regionalização.

Não há outra norma, em todas as propostas e todos os projectos de revisão constitucional, que tenha as virtualidades desta e que constitua um atestado de boa-fé de um projecto de revisão constitucional e de vontade de dignificar a Assembleia.

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Guilherme Silva**, desta vez vai aceitar um conselho meu: quando se discutir a regionalização no Plenário nunca intervenha a favor do referendo para a regionalização, porque a proposta que aqui defendeu na Comissão Eventual para a Revisão Constitucional era a da concretização do processo de regionalização sem recurso ao referendo, o que consta de forma explícita na sua proposta.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Não necessariamente!

O Sr. **Presidente**: — Nos termos do artigo 256.º, e como não consta que tenha proposto qualquer alteração a este preceito, o Sr. Deputado **Guilherme Silva** era desfavorável à introdução do referendo no processo da regionalização! É só uma sugestão que estou a dar-lhe! Não se meta nisso depois, quando for a altura.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Não necessariamente! O Sr. Presidente tem de perceber que um processo de revisão é um processo de discussão e, naturalmente, uma discussão aprofundada levaria a modificações.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado **Pedro Baptista**.

O Sr. **Pedro Baptista** (PS): — Sr. Presidente, não pensava vir a dizer o que quer que fosse, mas apeteceu-me intervir quando, há pouco, ouvi o Sr. Deputado **Barbosa de Melo** conjecturar sobre a sua velha tese da inconstitucionalidade por omissão. Lembrei-me que foi exactamente por não admitir ou por contestar a inconstitucionalidade por omissão que o PSD traiu durante tantos anos o País, nomeadamente as suas propostas de regionalização. E, V. Ex.ª, Sr. Deputado, era contra a inconstitucionalidade por omissão porque não podia admitir a ilegalidade e o crime que foi pegarem num capítulo inteiro da Constituição, «rasgá-lo» à frente dos portugueses e «deitá-lo para o lixo»!

Isto eu já sabia, porém, face ao que estou aqui a ouvir, quero dizer ao Sr. Deputado **Guilherme Silva** que pode brincar à vontade consigo próprio — V. Ex.ª saberá em que conta se tem a si próprio —, mas tenha cuidado e tenha respeito pelos portugueses. Principalmente V. Ex.ª, que vem de uma região que já tem a regionalização, tenha cuidado com o que diz, porque eu ouvi e os portugueses vão saber o que é que o senhor disse aqui e o que é que o senhor está a fazer. O senhor está a gozar com os portugueses, e eu não admito que goze nem comigo, nem com os portugueses, nem com quem os portugueses querem a regionalização!...

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra para defesa da honra.

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra, Sr. Deputado.

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Sr. Presidente, estou manifestamente surpreendido com esta intervenção de todo deslocada do Sr. Deputado **Pedro Baptista**, que não conhece nem está familiarizado com as assembleias parlamentares — penso que está habituado a outro tipo de assembleias e plenários que não as assembleias parlamentares.

O Sr. Deputado revela uma falta total de discernimento parlamentar. Não estou habituado a um convívio e a um tipo de intervenção em defesa de pontos de vista que passe por esta forma de estar. Lamento que a revisão constitucional tenha, num dos últimos dias de trabalho desta comissão de revisão, registado este tipo de intervenção.

Sr. Deputado, aquela proposta era uma proposta séria, tinha finalidades sérias!

O Sr. **Pedro Baptista** (PS): — E a de 1995 também!

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — O Sr. Deputado não conhece o que é o aparte parlamentar, não conhece o que é o humor parlamentar!... O humor está muito associado à inteligência, mas nem sempre a há para poder discernir e para poder efectivamente compreendê-lo e aceitá-lo com o enquadramento próprio que o humor tem, e que tem também na vida parlamentar.

O Sr. **Pedro Baptista** (PS): — Há vergonha na cara também!

O Sr. **Guilherme Silva** (PSD): — Aliás, há publicações interessantíssimas, quer entre nós quer lá fora, em que se salienta o agradável do humor parlamentar. Saber estar na política com humor e não confundir o que são princípios, o que são os direitos e a defesa dos portugueses, que o senhor não faz melhor do que eu, que o senhor ou qualquer um dos Deputados que aqui estão não fazem em lado nenhum melhor do que eu... O Sr. Deputado arrogou-se aqui a um direito de defesa dos portugueses que só o senhor é que tem! Está enganado! Está muito enganado! Todos os Deputados que aqui estão têm esse direito tanto ou mais do que o senhor! Fixe isto e reflecta bem naquilo que disse hoje para não voltar a fazer cenas tristes como aquela que aqui fez!

O Sr. **Presidente**: — Tem a palavra o Sr. Deputado **Barbosa de Melo**.

O Sr. **Barbosa de Melo** (PSD): — Sr. Presidente, Sr. Deputado **Pedro Baptista**, quero só dizer que não respondo à sua provocação.

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Pedro Baptista**, deseja dar explicações?

O Sr. **Pedro Baptista** (PS): — Não há explicações a dar!

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, vamos continuar os nossos trabalhos, prosseguindo a apreciação do artigo 290.º

Há pouco, o Sr. Deputado **Guilherme Silva** suscitou uma pergunta. A minha resposta é que, em minha opinião, a sua proposta de artigo 290.º-A perdeu objecto e, portanto, deve ser retirada.

Srs. Deputados, passamos agora ao artigo 291.º

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra.

O Sr. **Presidente**: — Faça favor, Sr. Deputado.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Sr. Presidente, fiquei sem perceber se o n.º 2 do artigo 290.º-A da proposta do CDS-PP, que, de facto, não está prejudicado, foi retirado.

O Sr. **Presidente**: — Considerei-o prejudicado.

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Não, Sr. Presidente, prejudicado não pode estar!

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Luís Marques Guedes**, como é que não está prejudicado?

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — A ideia de se submeter a consulta não...

O Sr. **Presidente**: — Então, como é que pode ser submetido a consulta directa de âmbito regional o cargo de Ministro da República se, entretanto, já definimos a modalidade da sua designação? Evidentemente que está prejudicado!

Votámos uma modalidade de designação desse cargo. Esta solução é completamente distinta e antagónica, portanto a proposta está prejudicada!

O Sr. **Luís Marques Guedes** (PSD): — Não, Sr. Presidente. Uma coisa é modalidade de designação, outra coisa é submeter a referendo uma norma final e transitória, que é o que acontece também, por exemplo...

O Sr. **Presidente**: — Então por a norma ser final e transitória é que não está prejudicada?!

Sr. Deputado **Luís Marques Guedes**, os autores convieram em que estava prejudicada.

Srs. Deputados, passamos para o artigo 291.º, relativamente ao qual foi apresentada uma proposta pelo PSD, que proponho votemos em bloco.

Srs. Deputados, vamos, então, proceder à votação da proposta de alteração do artigo 291.º, apresentada pelo PSD.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP, votos a favor do PSD e a abstenção do CDS-PP.

Era a seguinte:

Artigo 291.º

Distritos

1. Enquanto subsistir a divisão distrital do País, haverá em cada distrito, em termos a definir por lei, uma assembleia deliberativa, composta por representantes dos municípios.

2. Compete ao Governador Civil representar o Governo e exercer os poderes de tutela na área do distrito.

O Sr. **Presidente**: — Srs. Deputados, passamos ao artigo 293.º

O Sr. **Mota Amaral** (PSD): — Sr. Presidente, peço a palavra para me pronunciar sobre o artigo 292.º

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado, não há matéria relativa ao artigo 292.º, portanto, não está em apreciação. Não tendo havido propostas iniciais...

O Sr. **José Magalhães** (PS): — Sr. Presidente, há uma alteração aprovada a este artigo, aliás, uma alteração aprovada por unanimidade!

O Sr. **Presidente**: — Sr. Deputado **Mota Amaral**, já cá não está quem falou!

Por unanimidade — e só assim foi possível — foi, de facto, aprovado, relativamente ao n.º 1 do artigo 292.º, um pequeno aditamento que determina que a aprovação do estatuto do território de Macau compete à Assembleia da República. Isto, pelo facto de termos eliminado a alínea respectiva das competências da Assembleia.

Pausa.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra, Sr. Deputado Mota Amaral.

O Sr. Mota Amaral (PSD): — Sr. Presidente, afinal, sobre esta matéria, há beneficiações a fazer, e até já tinham sido feitas.

Sr. Presidente e Srs. Deputados, esta questão de Macau é muito complexa e muito delicada, extremamente melindrosa mesmo. No entanto, gostava de chamar a atenção da Comissão para o seguinte: Portugal está vinculado por um acordo internacional, a Declaração Conjunta Luso-Chinesa ou Sino-Portuguesa, como se preferir, sobre o território de Macau. Ora, julgo que desta declaração flui em linha recta que está totalmente fora de causa que haja alterações ao estatuto de Macau. Nestas condições, parece-me que os n.ºs 3, 4 e 5 deste artigo 292.º estão perfeitamente supérfluos. Mas se, porventura, não se entender tal, então parece-me que devemos assumir a responsabilidade — e assumi-la como um objectivo constitucional — de dotar Macau de um estatuto onde os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos sejam plenamente assegurados, nos termos dos instrumentos internacionais aos quais Portugal se encontra vinculado. Manter as coisas como estão é bastante ambíguo.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado Mota Amaral, a acta registará a sua intervenção para todos os efeitos que forem considerados politicamente oportunos.

Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, não percebi se o Sr. Deputado Mota Amaral, só em fase de intervenção, com o mesmo estatuto com que tem dado outras contribuições para este debate, retirava... É que o Sr. Deputado culminou a sua intervenção sem ter feito qualquer proposta concreta.

O Sr. Presidente: — Não, não fez!

O Sr. Mota Amaral (PSD): — Eu chamei a atenção da Comissão para a eventualidade de alguém poder apresentá-la.

O Sr. Presidente: — É que a iniciativa, a iniciativa concreta, é da Assembleia Legislativa de Macau ou do Sr. Governador.

O Sr. José Magalhães (PS): — O Sr. Deputado chamou a atenção da Comissão para um conjunto de factos, mas esqueceu-se do seguinte: esse aspecto foi acautelado cuidadosamente no texto constitucional. Não por acaso, o regime deste estatuto é especialíssimo, é *sui generis*, estando, designadamente, assegurada a sua intangibilidade por iniciativa da Administração portuguesa, tida esta como a administração comum. Assim, os Deputados da Assembleia da República, nomeadamente, não gozam de iniciativa originária nessa matéria.

Tivemos ocasião de fazer várias revisões do estatuto, sempre, aliás, com apreciável consenso e sempre com respeito estrito pela Declaração Conjunta e pelo artigo 292.º, n.ºs 3 e 4, da Constituição.

Não por acaso, a revisão de 1989 clarificou, também neste domínio, o aspecto relacionado com a organização

judiciária própria do território e, depois, aprovámos a legislação necessária para procurar dotar Macau de um sistema que preservasse o seu estilo de vida próprio e tivesse vocação de perdurar, nos termos, aliás, e para os efeitos da Declaração Conjunta.

Portanto, nenhum dos aspectos que referiu é beliscado pela norma constitucional, tal qual está redigida. Ou seja, todas as questões que colocou podem colocar-se como opinião política e como iniciativa política, dentro ou fora do território, mas não passam por qualquer alteração da Constituição, não têm qualquer implicação constitucional.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado Barbosa de Melo.

O Sr. Barbosa de Melo (PSD): — Sr. Presidente, também gostava de dizer o seguinte: esta questão está regulada por um instrumento de direito internacional e as normas que aqui estão, naturalmente, caducarão, quando as circunstâncias se alterarem. Não temos de preocupar-nos em estar a mudar o texto da Constituição, pois os factos encarregar-se-ão de fazer caducar estes textos. Além disso, seria melindroso começarmos a mexer nos textos, sem ter em conta que está em vigor um texto que vincula as duas partes envolvidas no território de Macau.

De modo que foi bom o Sr. Deputado ter lembrado isto, mas também é bom passarmos adiante. Os factos encarregar-se-ão de tornar caducas estas normas — e é evidente que estão aqui normas caducas.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado Medeiros Ferreira.

O Sr. Medeiros Ferreira (PS): — Sr. Presidente, gostava só de dizer que compreendo a preocupação do Sr. Deputado Mota Amaral neste domínio, o que não quer dizer que possa haver vencimento das suas propostas.

Mas, já que o Sr. Deputado Mota Amaral fez uma intervenção sobre esta matéria, creio interpretar bem o pensamento dele e de todos nós ao dizer o seguinte: no fundo, a principal preocupação é que, até ao fim da administração do território de Macau pela parte portuguesa, não venha a haver diminuição dos direitos, liberdades e garantias consagrados no território de Macau desde 1976 e sucessivamente aprofundados no sentido dos direitos humanos e da democracia.

Creio que essa é uma preocupação legítima, porque seria, de facto, pouco lisonjeiro para nós sairmos do território de Macau depois de sermos nós próprios a reduzir o âmbito dos direitos, liberdades e garantias nesse território.

Portanto, creio que a preocupação do Sr. Deputado Mota Amaral é uma preocupação séria, apesar de me parecer que ela não deve ter acolhimento constitucional. Julgo, no entanto, que o facto de ter sido aqui suscitada, nesta segunda leitura, também dá uma indicação da vontade da Assembleia da República em não querer ver qualquer diminuição nesse domínio.

Aliás, gostava de dizer que, na Declaração Conjunta e na elaboração legislativa que tem vindo a ser produzida neste domínio, os pactos das Nações Unidas têm vindo a ser recolhidos no direito interno do território de Macau, o que é muito significativo do que se pretende deixar, em termos de direito, nesse território.

Não vou expressar-me muito mais, mas quero só dizer que compreendo a proposta do Sr. Deputado Mota Ama-

ral, creio que ela corresponde a essa preocupação de não serem os portugueses, ainda sob a administração portuguesa, a fazer qualquer modificação na actual matriz dos direitos fundamentais de Macau.

Como é óbvio, penso que isso não passa pela cabeça de ninguém, e muito menos pela nossa. Portanto, a proposta do Sr. Deputado Mota Amaral tem essa grande qualidade. Não vamos votá-la, mas queremos dizer que, até 1999, certamente ninguém ousará diminuir esses direitos em Macau.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, feitas estas pertinentes observações, constato que, relativamente ao artigo 292.º, no domínio estrito da revisão constitucional, apenas há que acolher um novo n.º 2, decorrente da retirada da norma que se encontrava no artigo 137.º. Assim, passará a haver um novo n.º 2 no artigo 292.º com a seguinte redacção: «Compete ao Presidente da República praticar os actos relativos ao território de Macau previstos no respectivo estatuto».

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, queria fazer uma sugestão relativamente a isso. Parece-me que talvez fosse mais simples, em vez de estar a inserir um novo número, que, no n.º 1, além da alteração já aqui votada por unanimidade, se acrescentasse «cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos.»

Assim sendo, no n.º 1, dir-se-ia: «O território de Macau, enquanto se mantiver sob administração portuguesa, rege-se por estatuto adequado à sua situação especial, cuja aprovação compete à Assembleia da República, cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos.»

O Sr. Presidente: — Nada tenho a opor. Não há objecções a esta sugestão de redacção?

Pausa.

Srs. Deputados, não havendo objecções, esta integração material é reinserida na proposta com o n.º 160, que foi aprovada por unanimidade. Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, sob proviso de redacção final, porque o significado do «cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos» é, neste contexto e nesta forma, uma maneira possível, naturalmente, de fazer a narrativa constitucional adequada. Mas pode parecer menos do que é, porque, de facto, o que se configura na Constituição é um sistema *sui generis*, em que o Presidente da República tem, em relação a Macau, competências que não tem em relação a Portugal e em que as relações entre o Presidente da República e o Governo são inteiramente distintas, em que a relação entre o Presidente da República e o Governador de Macau são inteiramente distintas daquelas que existem entre o Presidente da República ou qualquer outra entidade, e por aí adiante.

Portanto, esta expressão, parecendo banal, não é; significa que, neste caso, o Presidente da República tem, por assim dizer, um estatuto especial reforçado. E é óbvio que ninguém quer alterar esse estatuto.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado, sob proviso de acerto de redacção final, a solução «cabendo ao Presidente da República praticar os actos neste previstos» é admitida por unanimidade. Se, entretanto, surgir uma redacção mais adequada e que igualmente mereça o mesmo consenso que a proposta inicial, veremos na redacção final.

Srs. Deputados, não havendo outra matéria a votar relativamente ao artigo 292.º, passamos ao artigo 293.º

Tem a palavra o Sr. Deputado Cláudio Monteiro.

O Sr. Cláudio Monteiro (PS): — Sr. Presidente, como o sentido do meu voto, provavelmente, não me permitirá fazer uma declaração de voto pessoal, queria só, se me permite, fazer uma curta declaração.

O Sr. Presidente: — Mas a propósito de quê?

O Sr. Cláudio Monteiro (PS): — Da proposta do CDS-PP em relação ao artigo 293.º

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos situar a matéria que temos para deliberar sobre o artigo 293.º

O Sr. Deputado Cláudio Monteiro pretende pronunciar-se sobre a proposta do CDS-PP?

O Sr. Cláudio Monteiro (PS): — Sim, Sr. Presidente, sobre a proposta de n.º 1 do artigo 293.º constante do projecto de revisão constitucional do CDS-PP.

O Sr. Presidente: — Sr. Deputado, não pode fazer isso...

O Sr. Cláudio Monteiro (PS): — Posso, se o Sr. Presidente me garantir que, apesar de o meu voto ser coincidente com o do meu grupo parlamentar, poderei fazer uma declaração de voto.

O Sr. Presidente: — Sim, Sr. Deputado, nesta fase dos trabalhos dar-lhe-ei a palavra para uma declaração de voto.

Pausa.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, como já tinha anunciado, vamos apreciar o artigo 293.º, relativamente ao qual há várias matérias susceptíveis de deliberação.

Srs. Deputados do CDS-PP, qual é o destino da vossa proposta?

O Sr. Luís Queiró (CDS-PP): — Sr. Presidente, do ponto de vista lógico, o CDS-PP entendia que a menção de que Portugal garante o direito de autodeterminação do povo de Timor Leste era suficiente, no sentido em que compreende o direito à independência, como é evidente — o que estamos aqui a salvaguardar é o direito do povo de Timor Leste a autodeterminar o seu próprio futuro da forma que muito bem entender.

No entanto, o argumento aduzido tanto na primeira leitura como agora de que esta formulação pode, de alguma forma, prejudicar as negociações e os esforços feitos internacionalmente pelo Governo português no sentido de garantir esta autodeterminação do povo de Timor Leste leva-nos a retirar a proposta como um contributo político, no bom sentido, para a defesa deste inalienável direito do povo maubere.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos passar às outras propostas. Srs. Deputados do CDS-PP, o n.º 3 da vossa proposta relativa ao artigo 293.º também é retirado?

Vozes do CDS-PP: — Sim, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, vamos proceder à votação da proposta de modificação do n.º 2 do artigo 293.º, apresentada por Os Verdes.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PSD e do CDS-PP e votos a favor do PCP.

Era a seguinte:

2 — Compete ao Presidente, à Assembleia da República e ao Governo praticar todos os actos necessários à realização dos objectivos expressos no número anterior.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães para uma declaração de voto.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, o PS votou contra porque esta proposta é um equívoco. O artigo 293.º, n.º 2, estabelece uma excepção às competências do Governo, sem a qual o Sr. Presidente da República não poderia intervir nas áreas em que aqui é suposto que intervenha e o Governo seria o interventor e o condutor pleno, no sentido normal da Constituição, da política externa nesta matéria, mas não é assim.

Quanto às competências de todos os outros órgãos, o n.º 2 do artigo 293.º em nada as prejudica e, portanto, a referência à Assembleia da República é inútil, redundante e mesmo contraditória, porque há outros órgãos com intervenção nesta matéria.

O Sr. Presidente: — Também para uma declaração de voto, tem a palavra o Sr. Deputado Guilherme Silva.

O Sr. Guilherme Silva (PSD): — Sr. Presidente, gostaria de secundar as observações que o Sr. Deputado José Magalhães acaba de fazer e lembrar que a fórmula do n.º 2 do artigo 293.º tem funcionado em toda a sua plenitude, com um consenso que se tem alargado a todos os órgãos de soberania, numa matéria que tem a delicadeza que tem, isto é, na questão da autodeterminação do povo de Timor Leste e do papel que Portugal tem, como potência administrante, relativamente à concretização deste desiderato.

Na linha de algumas das razões que aqui se referiram e foram reconhecidas relativamente à retirada da proposta do CDS-PP, de modo a mantermos as redacções actuais quer do n.º 1 quer do n.º 2 do artigo 293.º e não estarmos a ensaiar soluções que não se justificam e que não vêm, do nosso ponto de vista, acrescentar nada a um consenso muito alargado das instituições e particularmente dos órgãos de soberania em relação a Timor Leste, e nessa preocupação, também não votámos favoravelmente a proposta de Os Verdes de modificação do n.º 2 deste artigo.

O Sr. Presidente: — Igualmente para uma declaração de voto, tem a palavra o Sr. Deputado António Filipe.

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente, votámos favoravelmente esta proposta do Partido Ecologista «Os Verdes» não porque ela adiantasse alguma coisa do ponto

de vista constitucional, pois, naturalmente, ela não viria alterar as competências de cada órgão de soberania na matéria respeitante ao artigo 293.º, ou seja, quanto às diligências e aos actos a praticar relativamente à luta pela autodeterminação e independência de Timor Leste. Porém, até pelo facto de esta ser uma matéria em que todos os órgãos de soberania têm trabalhado no mesmo sentido, com grande unidade, e em que a Assembleia da República também tem desenvolvido autonomamente vários esforços através de iniciativas próprias que só ela poderia tomar — designadamente, estou-me a lembrar da conferência internacional entre parlamentares relativa à matéria de Timor Leste —, creio que tinha um sentido emblemático positivo que esta inserção pudesse ser feita neste artigo. De qualquer forma, é evidente que não é pelo facto de esta proposta não ter sido aprovada que a Assembleia da República deixará de ter toda a legitimidade para continuar a trabalhar neste sentido.

Pausa.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, passamos ao artigo 296.º, que tem por epígrafe «Princípios para a reprivatização prevista no n.º 1 do artigo 85.º».

Incumbe agora lembrar que aceitámos a eliminação do artigo 85.º a benefício da sua reinserção sistemática, na parte normativa ainda útil, em sede de «Disposições finais e transitórias». Chamo particularmente a atenção dos Srs. Deputados do PSD para a conveniência de fazermos agora uma solução técnica fácil para dar concretização ao espírito da deliberação de eliminação do artigo 85.º.

Suponho que o Sr. Deputado José Magalhães está a redigir uma proposta que facilita inteiramente esse objectivo, e que é o da reintegração neste artigo dos aspectos normativos que sobreviveram no artigo 85.º É assim, Sr. Deputado José Magalhães?

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, é exactamente assim!

Pausa.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, o Sr. Deputado José Magalhães propõe uma sugestão de texto, que será depois distribuído, que diz o seguinte: «Lei-quadro, aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, regula a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974, observando os seguintes princípios fundamentais (...)», que são os que constam do artigo 296.º na sua versão actual. Depois, acrescentar-se-ia, como é óbvio, um novo n.º 2 ao artigo 296.º, que seria idêntico ao n.º 2 do artigo 85.º actual. Portanto, Srs. Deputados, trata-se de uma proposta meramente técnica.

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, em primeiro lugar, quero deixar claro que, por uma questão de lealdade parlamentar, o PSD, a benefício da eliminação do artigo 85.º tal e qual existe actualmente e da sua passagem para as Disposições finais e transitórias da Constituição, votará favoravelmente esta alteração.

Não quero, no entanto, deixar de expressar, mais uma vez, que o PSD fá-lo apenas a benefício, apesar de tudo,

de uma pequena benfeitoria ao actual texto constitucional, porque a opção correcta era a pura e simples eliminação quer do artigo 85.º quer do artigo 296.º (mas principalmente do artigo 85.º) por uma questão fundamental. Refiro-me ao desequilíbrio e à desproporção que existe quanto à competência actual do legislador ordinário para determinar regras de nacionalização económica de meios de produção, o que pode ser feito por uma lei normal, por maioria simples, enquanto que as regras sobre a reprivatização já carecem de uma maioria qualificada, neste caso de uma maioria absoluta de Deputados em efectividade de funções, portanto, superior à maioria relativa, o que, obviamente, numa economia aberta e de mercado como Portugal é e deseja continuar a ser não deixa de ser um desequilíbrio não compreensível, uma desadequação até política.

Ou seja, um qualquer governo legitimado pelo povo, uma qualquer maioria, está perfeitamente livre de legislar sobre a nacionalização da economia, mas não o está, na mesma medida, para legislar sobre a reprivatização da economia. Isto é um desequilíbrio que não abona em favor do equilíbrio que deve ter — passe o pleonasmo — um texto fundamental como é a Constituição da República.

Uma última nota, Sr. Presidente, apenas para colocar uma questão. Penso que o Sr. Presidente terá conhecimento, tal como os Srs. Deputados desta comissão, de uma nota oriunda do Tribunal de Contas relativamente ao artigo 296.º, suscitando a necessidade de o mesmo ser revisto naquilo que diz respeito à utilização das receitas obtidas das reprivatizações, sob pena, segundo o que o Tribunal de Contas diz nessa nota, de ter que continuar a considerar-se inconstitucionais medidas como aquelas recentemente tomadas pelo governo num diploma de 1996 que vem citado nesse ofício.

Presumo que o Sr. Presidente tem conhecimento desse ofício. Peço, por isso, que o mesmo possa ser analisado pela Comissão Eventual para a Revisão Constitucional.

O Sr. Presidente: — Poderá vir a ser objecto de uma benfeitoria no Plenário.

Fica, pois, feita a observação do Sr. Deputado Luís Marques Guedes, da qual não me esqueço.

Vamos, então, proceder à votação da proposta de eliminação do artigo 296.º, apresentada pelo PSD.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS e do PCP e votos a favor do PSD e do CDS-PP.

O Sr. Presidente: — A proposta do CDS-PP foi retirada, pelo que votaremos a proposta n.º 271, apresentada pelo Sr. Deputado José Magalhães, onde se faz o reenquadramento dos aspectos normativos do artigo 85.º e tem o alcance que o Sr. Deputado Luís Marques Guedes sublinhou em termos de votação.

Srs. Deputados, independentemente do que se pensar sobre os aspectos normativos da solução, houve um compromisso entre nós no sentido de retirar o artigo 85.º do corpo da Constituição, por se considerar um artigo historicamente datado e ter a natureza de norma transitória. Portanto, verdadeiramente só estamos a fazer a enxertia técnica. Precisamos dos votos não para aderir ao espírito da norma mas para fazer esta reinserção sistemática.

Srs. Deputados, vamos então proceder à votação da proposta referente ao artigo 296.º, apresentada Sr. Deputado José Magalhães.

Submetida à votação, obteve a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado votos a favor do PS, do PSD e do CDS-PP e votos contra do PCP.

É a seguinte:

Artigo 296.º

Reprivatização de bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974

1 — Lei-quadro, aprovada por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, que regula a reprivatização da titularidade ou do direito de exploração de meios de produção e outros bens nacionalizados depois de 25 de Abril de 1974, observando os seguintes princípios fundamentais:

- a)
- b)
- c)
- d)
- e)

2 — (Idêntico ao artigo 85.º, n.º 2).

O Sr. Presidente: — Passamos ao artigo 297.º, relativamente ao qual existem várias propostas de eliminação do artigo, apresentadas pelo PSD, pelo PS, pelo Sr. Deputado Pedro Passos Coelho e pelo Deputado Guilherme Silva, as quais votaremos conjuntamente.

Submetidas à votação, foram aprovadas por unanimidade.

O Sr. Presidente: — Vamos agora votar a proposta de artigo 297.º-A, apresentada pelo CDS-PP, a propósito das indemnizações dos espoliados e dos expropriados.

Submetida à votação, foi rejeitada, com votos contra do PS, do PSD e do PCP e votos a favor do CDS-PP.

Era a seguinte:

1 — A lei definirá os termos, condições e prazos em que o Estado Português, por si ou em colaboração com outros Estados ou organizações internacionais, indemnizará os espoliados do ex-ultramar português em consequência da descolonização.

2 — A lei definirá ainda os termos, condições e prazos em que serão indemnizados os proprietários expropriados após 25 de Abril de 1974, no âmbito da reforma agrária.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados temos agora ainda matérias relativas a disposições finais e transitórias, duas das quais não constam dos projectos iniciais mas foram entretanto apresentadas em segunda leitura.

Srs. Deputados, vamos proceder, em primeiro lugar, à votação da proposta n.º 270, referente ao artigo 39.º, apresentada pelo PS e pelo PSD.

Submetida à votação, obteve a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado votos a favor do PS, do PSD e do PCP e votos contra do CDS-PP.

É a seguinte:

O disposto no artigo 39.º relativamente à alteração da composição do órgão aplica-se às nomeações a realizar a partir da data da entrada em vigor da presente lei da revisão.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados há uma outra proposta com a natureza de norma de disposição transitória, a proposta n.º 235, apresentada pelo PS e pelo PSD, que votaremos seguidamente.

Submetida à votação, obteve a maioria de dois terços necessária, tendo-se registado votos a favor do PS, do PSD e do CDS-PP e votos contra do PCP.

É a seguinte:

O disposto nos artigos 216.º, 222.º e 232.º relativamente ao novo regime de duração dos mandatos aplica-se aos actuais titulares, iniciando-se a contagem dos respectivos mandatos a partir da data de entrada em vigor da presente lei de revisão.

O Sr. Presidente: — Os Srs. Deputados do PCP votaram contra votar contra o Procurador Geral da República?!

O Sr. António Filipe (PCP): — Sr. Presidente a questão é esta: sempre que alguém propôs que passasse a haver uma limitação ao mandato do Procurador Geral da República em termos temporais, que não existe e que só passará a existir nos termos da norma aprovada nesta revisão constitucional, foi sempre dito que não era intenção dos proponentes aplicar essa norma ao actual titular. E aquilo que aqui é aprovado...

Vozes do PSD: — Isso não é verdade!

O Sr. António Filipe (PCP): — O mandato do actual PGR passará a contar a partir de agora os seis anos, ao contrário daquilo que em determinada altura chegou a ser afirmado.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, votámos já a eliminação dos tribunais militares em tempo de paz. Pergunto-vos agora se não acham necessária a preparação de uma disposição transitória para não inconstitucionalizar os tribunais militares no dia exacto em que a Constituição entrar em vigor e antes de haver uma lei que determine a existência de juízes militares que julguem os crimes estritamente militares nos tribunais comuns.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Sr. Presidente, devo dizer que mandato o Sr. Presidente para formular uma proposta que sei que será judiciosa e equilibrada, uma vez que me parece que o Ministro da Defesa tem de ser ouvido sobre o assunto por razões de exequibilidade prática.

O Sr. Presidente: — A exequibilidade é que, até entrada em vigor de uma lei, subsiste o ordenamento em vigor.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD): — Mas tem de haver dignidade do processo, Sr. Presidente.

O Sr. Presidente: — Tem a palavra o Sr. Deputado José Magalhães.

O Sr. José Magalhães (PS): — Estamos de acordo que é necessário estabelecer um regime de transição, o que deve ser feito nos termos normais sob aplicação de lei no tempo, e portanto estamos disponíveis para encontrar uma fórmula adequada.

O Sr. Presidente: — Srs. Deputados, fica, portanto, feito o alerta para que seja ainda presente uma disposição transitória nesta matéria.

Vamos agora fazer um ponto de situação dos nossos trabalhos. Temos ainda para apreciar matérias pendentes relativas ao artigo 33.º, uma proposta de artigo 33.º-A, do Partido Ecologista «Os Verdes», e ainda matéria relativa ao artigo 107.º, que tem a ver com normas que ficaram pendentes sobre o problema da compensação de dívidas fiscais.

Também há propostas relativas ao artigos 116.º, 128.º e porventura 129.º, este sobre os prazos para as eleições parlamentares e presidenciais.

Quanto às matérias que tinham ficado pendentes sobre as regiões autónomas, relativas aos artigos 136.º, 148.º e 166.º, certamente, face àquilo que resultou do artigo 236.º, não haverá que votar, mas convinha analisar.

Creio ainda que o PS tinha uma proposta sobre a duração da legislatura cujo desenlace ainda não foi trabalhado nesta Comissão.

O Sr. José Magalhães (PS): — Sr. Presidente, trata-se da norma que previa o encurtamento da duração da legislatura em curso, tendo em conta o compromisso eleitoralmente assumido pelo Primeiro Ministro e Secretário-Geral do PS de procurar assegurar o normal funcionamento e o cumprimento dos deveres de Estado em matéria de elaboração orçamental em caso de transição.

O Sr. Presidente: — Foi distribuído aos vários grupos parlamentares um conjunto de sugestões enviadas à comissão pelo Prof. Jorge Miranda, algumas das quais têm implicações de redacção, outras nem tanto, e que peço aos Srs. Deputados o favor de avaliarem.

Para além disso, admito que possamos ainda rever algumas matérias já votadas em Comissão. Porém, ninguém se assuste porque não é para alterar substantivamente o que quer que seja ou criar dificuldades novas.

Portanto, Tudo isto ainda vai dar trabalho para uma reunião normal de Comissão.

Lembro ainda que temos para apreciar os relatórios. Haverá um anexo sobre a descrição do expediente e das audiências, que é muito objectivo; haverá um outro que, no fundo, constará da agregação dos vários relatórios de progresso, que será verdadeiramente um guião a apresentar ao Plenário, mas enquadrado no relatório final; e haverá também um relatório do qual constarão as várias propostas de alteração que foram sendo apresentadas no decurso dos nossos trabalhos.

Falta uma matéria que dependerá daquilo que os Srs. Deputados disserem à mesa até sexta-feira. Gostaria, pois, de saber se os Srs. Deputados querem comunicar formalmente à mesa que desejam sustentar determinadas propostas em Plenário, devidamente identificadas e que constem já do relatório. Ser tal acontecer, o relatório inte-

grará essa referência; se isso não for feito, obviamente o relatório não a integrará.

Tudo isto terá que ser deliberado na nossa próxima reunião, que terá lugar ou amanhã à noite ou na sexta-feira de manhã.

Pausa.

A pedido de vários Srs. Deputados, a reunião terá lugar sexta-feira de manhã, mas este conjunto de matérias que referi terão de ser apreciadas nessa reunião, a qual deverá durar o tempo necessário para que todas elas fiquem resolvidas.

Tem a palavra o Sr. Deputado Luís Marques Guedes.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Sr. Presidente, face a tudo o que disse, há duas matérias que, do ponto de vista do PSD, não desejamos ver analisadas nesta fase.

Por um lado, a que diz respeito às propostas de alteração quanto à redacção, que, como o Sr. Presidente referiu, não têm carácter substantivo, havendo apenas uma mera preocupação quanto à melhoria do texto. Devo dizer que o PSD não está disponível nesta fase, antes das votações em Plenário, para rever os textos que foram votados em Comissão.

Em segundo lugar, quanto à sugestão do Sr. Presidente de indicação por parte dos vários Deputados das propostas que desejam ver suscitadas em Plenário, quero lembrar ao Sr. Presidente que, do meu ponto de vista, não me parece que isso seja meramente função do relatório. Pelo contrário, nos termos regimentais e da resolução ainda em vigor relativamente ao processo de revisão constitucional, os partidos políticos e os Deputados podem, até ao mo-

mento da votação em Plenário, formular quaisquer propostas.

O Sr. Presidente:— É uma faculdade que vos assiste.

O Sr. Luís Marques Guedes (PSD):— Pareceu-me que o Sr. Presidente estava a propor uma ordem de trabalhos para a próxima reunião e eu, com toda a lealdade, disse que, da parte do PSD, concordamos com 80 % do que o Sr. Presidente referiu, mas não concordamos com estas duas questões, que penso não deverem ser objecto de análise na próxima reunião.

O Sr. Presidente:— Mas a última parte do que eu disse refere-se a uma faculdade dos vários grupos parlamentares. Se a quiserem exercer, o relatório espelhá-la-á, mas não tem de haver uma deliberação sobre isto, trata-se apenas de uma informação formal que constará do relatório, se alguém a quiser dar.

No que diz respeito às matérias relativas a eventuais apuramentos de redacção, na medida em que o PSD suscita essa questão, será tudo apreciado em sede de redacção final.

Srs. Deputados, a nossa próxima reunião terá lugar na sexta-feira, às 10 horas e 30 minutos, com a ordem de trabalhos que acabei de enunciar, com esta precisão final.

Muito obrigado a todos.

Está encerrada a reunião.

Eram 0 horas e 55 minutos.

A DIVISÃO DE REDACÇÃO E APOIO AUDIOVISUAL.



DIÁRIO

da Assembleia da República

Depósito legal n.º 8819/85



IMPrensa Nacional-Casa da Moeda, S. A.

1 — Preço de página para venda avulso, € 0,05 (IVA incluído).

2 — Para os novos assinantes do *Diário da Assembleia da República*, o período da assinatura será compreendido de Janeiro a Dezembro de cada ano. Os números publicados em Outubro, Novembro e Dezembro do ano anterior que completam a legislatura serão adquiridos ao preço de capa.

PREÇO DESTES NÚMEROS (IVA INCLuíDO 5%)

€ 1,20

Toda a correspondência, quer oficial, quer relativa a anúncios e assinaturas do «Diário da República» e do «Diário da Assembleia da República», deve ser dirigida à administração da Imprensa Nacional-Casa da Moeda, S. A., Rua de D. Francisco Manuel de Melo, 5 - 1099-002 Lisboa.