

Direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional*

O tema que devo hoje tratar é o do direito de acesso dos particulares à jurisdição constitucional, tal como ele é visto – e na medida em que é efectivamente reconhecido – pelo Direito do meu país.

Para que se fale do direito de acesso de particulares à jurisdição constitucional é, no entanto, necessário que se parta de um pressuposto, que deve ser explicitado porque não é, em si mesmo, evidente. O pressuposto é o de que a jurisdição constitucional é de índole subjectiva, ou tem uma certa índole subjectiva. Ou dizendo de outro modo: o pressuposto é o de que a função específica de administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais (pois é assim que a jurisdição constitucional é definida pela Constituição de São Tomé e Príncipe, pela Constituição de Cabo Verde, pela Constituição de Angola, pela Constituição de Moçambique e pela Constituição de Portugal) existe para tutelar posições jurídico-subjectivas, e isto em tal medida que deve ser accionada pelo titular dessas mesmas posições. Este pressuposto não é no entanto, como disse, evidente. E embora a questão que aqui vai incluída seja vasta, é possível abordá-la de forma breve. É o que procurarei fazer logo no início da minha exposição.

No primeiro ponto, e antes de entrar no essencial do tema – que é respeitante ao direito português – farei uma curta alusão ao modelo europeu de subjectivização da jurisdição constitucional, isto é, à solução mais generalizada, e encontrada na Europa, para a questão de saber se, e em que medida, deve esta jurisdição ser accionada por privados.

Em segundo lugar, e depois de explicitado este pressuposto, identificarei as razões pelas quais se singulariza, neste domínio, o Direito português.

Não terminarei sem fazer uma síntese crítica desta singularidade.

I

A subjectivização da jurisdição constitucional. Fundamentos e medida

* Intervenção proferida pela Conselheira Maria Lúcia Amaral, no seminário internacional sobre o *Direito de Acesso à Justiça*, realizado em Luanda, em Novembro de 2011.

1. Aquilo a que vulgarmente se chama jurisdição constitucional – e que alguém definiu como sendo a instituição destinada a gerar e a fazer cumprir a jurisprudência respeitante à interpretação de uma constituição escrita – tem, historicamente, duas variantes essenciais. Ambas estão presentes neste encontro. Uma – e que é a que neste momento histórico é escolhida pelas Constituições de Timor-Leste e Guiné-Bissau – é a que se traduz na inclusão dessa instituição na jurisdição comum. Outra, que é a escolhida por Portugal desde 1982, é a que se traduz na autonomia da instituição face a essa mesma jurisdição.

Tanto uma como outra destas variações históricas, quando nasceram, não admitiam outros tipos de acesso à jurisdição constitucional que não fossem acessos *objectivos* ou *institucionais*. O acesso dos particulares a essa jurisdição (fosse ela autónoma ou não fosse) não era contemplado. Nesta medida, ambas as modalidades, autónoma ou não autónoma, de justiça constitucional eram objectivas.

Na modalidade não autónoma, em que a jurisdição constitucional está incluída na jurisdição comum, o acesso a ela era na sua génese só institucional e objectivo porque só levado a cabo pelo próprio poder judicial em que a instituição estava inserida. Isto mesmo resulta da argumentação fundadora do modelo, argumentação essa contida, como se sabe, na sentença do Supremo Tribunal Norte-Americano de 1803 e chamada *Marbury vs. Madison*. Nessa sentença disse-se: justifica-se que o poder judicial controle os actos do legislador (ainda que ele seja o representante do soberano) porque faz parte da índole mesma do poder judicial dizer qual é o Direito aplicável a um caso. E como uma lei, produto do poder constituído, que seja contrária à constituição, produto do poder constituinte, não é Direito válido (porque *lex superiori derogat lex inferiori*), quando o juiz desaplica uma lei contrária à Constituição não está a fazer mais do que aquilo que lhe compete: dizer qual é o direito válido para o caso.

Assim, é lógico que na economia deste discurso fundador a jurisdição constitucional detivesse um cunho *objectivo*. O acesso a ela não correspondia ao exercício de um direito mas ao cumprimento de uma função, que, por pertencer ao âmago do poder jurisdicional, só por esse mesmo poder deveria ser exercida. A questão de constitucionalidade pertencia ao juiz. A questão de constitucionalidade só pelo juiz podia ser colocada.

Todos sabemos que as coisas não permaneceram necessariamente assim, nos países que herdaram a essência deste modelo. O exemplo do Brasil, com os seus mandados de segurança (i.a.), aqui está para nos recordar. Mas é importante sublinhar

que, na origem do modelo, aceder à jurisdição constitucional era cumprir uma função – parte da função judicial – e não exercer um direito.

O mesmo se passava com o outro modelo - o que deu origem à versão europeia da jurisdição constitucional autónoma de que é exemplo Portugal. Também com ele se passou a mesma coisa que se passou com o modelo de raiz norte-americana. No início, o acesso ao juiz constitucional não correspondia ao exercício de um direito mas ao cumprimento de uma função. Só que a função não era, na Europa, a própria do poder judicial mas a dos órgãos políticos do Estado. Isto, como se disse, no início. As coisas não ficaram no entanto assim. E embora se não tenha entretanto eliminado este núcleo objectivista da jurisdição constitucional, a ele se fez acrescer uma dimensão subjectiva, que comporta um efectivo direito de acesso dos particulares ao juiz constitucional.

Como o direito português está incluído - pelo facto de integrar uma jurisdição constitucional autónoma - neste segundo grupo, vou a partir de agora ater-me a ele, ou ao modo pelo qual se processou nele a subjectivização da jurisdição constitucional. Vou ater-me sobretudo à questão de saber *em que medida é que a subjectivização, até gora, efectivamente aconteceu*. É que é nesse contexto que, segundo me parece, pode ser compreendida a *diferença específica* do direito português. Como é também nesse contexto, e só nele, que tal *diferença específica* – se for caso disso – poderá ser criticada.

2. No início, a jurisdição constitucional de matriz europeia ou kelseniana era, como atrás se disse, por essência *objectiva*. Esta qualificação comporta duas componentes. De acordo com a primeira, a *objectividade* da jurisdição constitucional está associada à função que ela prossegue. De acordo com a segunda, a objectividade da jurisdição constitucional está associada ao processo pelo qual a ela se acede. Como é evidente, o processo, que é instrumental, depende da função, que é substancial. Assim, se se partir do princípio segundo o qual a função específica de administrar a justiça em matérias jurídico-constitucionais existe para prosseguir fins jurídico-objectivos, quais sejam o da unidade da ordem jurídica e o da garantia da integridade da colectividade política, é evidente que o processo pelo qual a ela se acede terá que ser também *objectivo e institucional*. Terá, como se disse acima, que corresponder ao cumprimento de uma função e não ao exercício de um direito.

Quando, no princípio do século XX, se delineou a instituição autónoma de uma jurisdição constitucional para ser recebida pelos Estados da Europa continental - instituição chamada Tribunal Constitucional - a função para a qual a instituição foi inicialmente pensada era essa mesma - a objectiva, de garantia da integridade da comunidade política (o Estado) e de unidade do seu ordenamento jurídico. Em causa estavam, particularmente, fenómenos *novos* de descentralização do poder do Estado que colocavam problemas *novos* quanto à necessidade de garantia da sua coesão e integridade, nomeadamente (e pense-se no caso, não único, da Áustria pós-Habsburgos) pela existência de conflitos entre um poder legislativo nacional ou central e poderes legislativos federados ou periféricos. O surgimento de ordenamentos estaduais complexos requeria uma garantia acrescida de resolução, por via judicial, dos conflitos que a prática da complexidade por certo traria. E era para isso – *para esse fim objectivo* – que a jurisdição constitucional, herdeira dos "tribunais de Estado" do século XIX, nascia na Europa nas primeiras décadas do século XX.

Como é evidente, uma jurisdição com estas finalidades não podia comportar meios processuais que incluíssem o *direito de acesso de privados*. O "acesso" ao juiz constitucional, neste modelo, era função dos órgãos do Estado. Dos órgãos do poder *político* do Estado na fiscalização da constitucionalidade de normas dita principal ou concentrada, na qual se pedia, como objecto principal, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma; e dos órgãos do poder *judicial* nos outros processos – só aceites ou "descobertos" praticamente dez anos depois dos primeiros –, em que a questão de constitucionalidade era, enquanto questão prévia da qual dependia a resolução de um certo litígio num caso concreto, colocada pelo juiz comum da causa (e só por ele: nunca pelas partes no processo) ao juiz constitucional. E isto, no início, era tudo.

3. Foi depois da segunda guerra mundial que as coisas se alteraram. A alteração, aliás, deu-se logo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral da ONU em Dezembro de 1948. Dizia-se no artigo 8.º da Declaração: Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e pela lei.

[Note-se que aqui, "lei" e "direitos fundamentais reconhecidos por lei" não tinha o significado da chamada "cláusula aberta", que todas as nossas constituições

consagram. Tinha apenas o alcance de pretender vincular aqueles Estados que não tivessem constituição escrita, ou que a tivessem, mas dela não constasse uma declaração de direitos, a também promover na ordem jurídica interna remédios efectivos contra a lesão dos direitos que a Declaração tutelava e que fosse perpetrada por actos de autoridades públicas domésticas.]

Na sequência da Declaração, logo em 1951, por lei ordinária, a Alemanha instituiu as chamadas queixas constitucionais, ou *Verfassungsbeschwerde*, que hoje constam do artigo 93.º da Lei Fundamental de Bona, que diz: pode queixar-se ao Tribunal Constitucional quem quer que se considere lesado pelos poderes públicos em um dos seus direitos fundamentais.

Na realidade e sem entrar em grandes pormenores, para que esta queixa seja recebida e venha a ser examinada é necessário que se reúnam pressupostos que a lei (a última reforma é de 2007) tem vindo a tomar cada vez mais exigentes, de modo a conter a demanda do Tribunal e a diminuir a sua sobrecarga. Mas no essencial é este um meio processual que se caracteriza por quatro elementos fundamentais. Primeiro, pelo seu objecto. As queixas dirigidas ao Juiz Constitucional são-no contra *actos* ou *decisões* dos poderes públicos, o que inclui desde logo os actos administrativos e as sentenças judiciais. Ao contrário do que sucede nos processos de controlo de constitucionalidade de normas, o objecto do processo não é, portanto, aqui, a norma mas a decisão (a diferença pode contudo vir a ser atenuada, se se incluir, como se faz na Alemanha, dentro dos poderes públicos de cujos actos se pode apresentar queixa, o poder legislativo). Em segundo lugar, a queixa é um meio processual que se distingue pelo seu fundamento: tem-se acesso directo ao juiz constitucional se tiverem sido lesados (por *decisões dos poderes públicos*) direitos fundamentais de que se é titular, e não por qualquer outro motivo. Os direitos que podem assim ser defendidos são, em princípio as liberdades clássicas ou direitos de defesa. Em terceiro lugar, pela natureza da lesão que se invoca. Para que a queixa seja admitida é necessário que a decisão que o juiz venha a proferir sobre ela tenha utilidade no caso concreto. E essa utilidade só existe se a lesão (dos direitos fundamentais, e perpetrada pelos poderes públicos) for, para quem apresenta a queixa, pessoal, imediata e actual, de tal modo que o requerente tenha interesse em agir. Quarta característica. Finalmente, a queixa é um meio processual subsidiário. Só é receável pelo juiz constitucional depois de esgotados os recursos ordinários que sobre a questão caibam.

Perguntar-me-ão por que é que eu recordo agora todos estes elementos, que dizem respeito a um meio processual acolhido por um ordenamento distante. Faço-o porque esse ordenamento foi paradigmático, na capacidade que teve para inspirar o que, hoje, é a solução acolhida por muitos outros direitos nacionais europeus. Não quer isto dizer que não houvesse já ensaios deste tipo de acesso directo dos particulares ao juiz constitucional antes da lei alemã de 1951. Havia (estou-me a lembrar, por exemplo, na Europa, do direito suíço, fora da Europa, do amparo mexicano). Mas não se tornaram tão exemplares (e tão irradiantes para outras culturas) como a solução alemã. Também não quer isto dizer que não haja, também na Europa, outras formas de acesso de particulares (directas: das indirectas falarei adiante) ao juiz constitucional para além destas. Porventura haverá. Mas estas são as paradigmáticas.

Este meio introduziu elementos certos de *subjectivização* no modelo, antes integralmente *objectivo*, da jurisdição constitucional de matriz europeia. E isto num duplo sentido – tanto no sentido substancial (das funções a exercer por essa jurisdição) como no sentido instrumental (da natureza dos meios de acesso a ela). Num sentido substancial, a jurisdição constitucional *subjectivizou-se* na exacta medida em que deixou de prosseguir apenas os fins, que lhe eram inicialmente assinalados, de garantia da integridade da comunidade política e da unidade da orem jurídica para prosseguir também fins de tutela directa de posições jurídicas subjectivas. No segundo sentido, instrumental ou processual – e decorrente do primeiro – a jurisdição constitucional *subjectivizou-se* porque o acesso a ela, sendo concedido a privados que exercem um direito (e não a titulares de órgãos do Estado que cumprem uma função) passou a depender da utilidade que, para esse mesmo privado, advém da intervenção do juiz constitucional, ou, dizendo de outro modo, do ganho que o mesmo privado retira do processo. O realce desta medida de *subjectivização* deve no entanto ser atenuada pela dimensão *objectiva* que detêm as normas que consagram direitos fundamentais. Como o que está aqui em causa não é a tutela de quaisquer posições jurídico-subjectivas – mas aquela tutela que cabe especificamente ao juiz constitucional, e que é a da protecção dos direitos constitucionais - as categorias de *subjectividade* e *objectividade* não podem ser tomadas em termos opostos. Uma decisão de um poder público que lese a inviolabilidade de domicílio não afecta, apenas, aquele que concretamente foi lesado pela medida. Afecta reflexamente toda a comunidade. Uma prisão ilegal não lesa apenas quem ilegitimamente foi preso; como uma medida ilegitimamente coactiva da liberdade de imprensa não prejudica, apenas, o seu destinatário directo. Por esse motivo, este

modo de subjectivização da jurisdição constitucional mostrou-se, na prática, como um meio privilegiado para que essa jurisdição pudesse vir a desenvolver a sua função *objectiva* de garantia da coesão do ordenamento. Há exemplos concretos – e são inúmeros – de decisões que foram marcantes para o progresso dos métodos de interpretação constitucional, e para o progresso da dogmática dos direitos fundamentais, e que foram proferidas na sequência de queixas apresentadas pelos cidadãos.

II

O Direito português

4. Neste contexto, o direito português apresenta traços muito singulares.

Dir-se-á à primeira vista que o modo pelo qual o direito português prevê o acesso directo dos particulares ao juiz constitucional é mais amplo do que este que eu acabei de descrever, e que é o paradigmático no espaço jurídico europeu.

Como, por razões históricas, e nos processos de fiscalização concreta, o acesso ao Tribunal português se faz por via de *recurso* de decisões de tribunais comuns que tenham aplicado certa norma ou que tenham recusado a sua aplicação, o meio que os particulares detêm para, em Portugal, procurarem no juiz constitucional remédios para as situações em que se sintam *pessoalmente* afectados é, também, o da interposição do recurso da decisão do tribunal comum para o Tribunal Constitucional. A via mais vulgar é a do recurso de decisão do tribunal comum que tenha aplicado norma cuja inconstitucionalidade o particular arguiu durante o processo. Mas não é a via exclusiva. Nada impede que nos outros recursos – os que cabem de decisões do juiz que recuse a aplicação de uma norma, com fundamento na sua inconstitucionalidade - tenha a alegação do particular sido determinante para a formação da convicção do juiz quanto à inconstitucionalidade da norma que se recusou a aplicar. Por isso mesmo, diz a Lei do Tribunal Constitucional que, nestes casos – nos casos de recusa de aplicação de norma - quem tem legitimidade para recorrer ao Tribunal é não só o Ministério Público, que surge aqui como o garante "objectivo" a unidade do ordenamento, como também a "parte" que seja "legítima", de acordo com as regras processuais comuns.

No entanto, a via por excelência do acesso dos particulares à justiça constitucional portuguesa é, de facto, a do recurso, para o Tribunal Constitucional, da decisão do tribunal comum que tenha rejeitado a arguição de inconstitucionalidade da

norma a aplicar ao caso, arguição essa que o mesmo particular tenha feito durante o processo.

Não obstante o objecto do recurso ser aqui a *norma* (cuja inconstitucionalidade se arguiu) e não qualquer decisão de um poder público, seja ele o poder judicial ou o poder executivo, a verdade é que este meio, português, de acesso directo do particular ao juiz constitucional apresenta três traços de similitude com o sistema corrente na Europa de queixa constitucional

O primeiro é o da sua eficácia, apenas, para o caso concreto. Tal como nas "queixas", em que se dá remédio à lesão de uma certa situação jurídico-subjectiva (e não se profere qualquer juízo sobre a invalidade *erga omnes* de uma norma), também nos recursos portugueses a decisão que o Tribunal profira vale só inter-partes.

O segundo traço de similitude é o da necessária *utilidade* que a decisão do Tribunal tenha para a resolução do caso concreto. Tal como na queixa, o acesso ao juiz constitucional não se encontra aberto, se se invocar como pretexto para a sua intervenção um *thema decidendum* que, uma vez decidido, não tenha repercussões na posição jurídica-subjectiva dos requerentes. Como, em direito português, essa posição é aquela que é discutida pelos tribunais comuns a propósito da aplicação, ou do modo de aplicação, de uma certa norma de direito ordinário, a um caso em que o requerente é parte, a *utilidade* da intervenção do juiz constitucional, que aqui é requerida, deve cifrar-se na possibilidade de a sua decisão vir a repercutir-se na decisão proferida pelo tribunal comum, mantendo-a ou reformando-a. De qualquer modo, e na sua essência, o pressuposto é o mesmo. O requerente, para chegar ao juiz constitucional e obter dele decisão, deve ter alguma coisa a "ganhar" com a sua intervenção. No modelo europeu das queixas, diz-se que esse ganho há-de pressupor o interesse do requerente em agir. No modelo português de recursos, diz-se que esse "ganho" se há-de cifrar nas repercussões que a decisão do Tribunal Constitucional tenha para a manutenção (ou não manutenção) da decisão de que se interpôs recurso.

O terceiro traço comum entre os recursos portugueses e os modelos europeus de "amparo" ou de "queixa" é o da sua natureza subsidiária. Em ambos os meios processuais, o acesso ao juiz constitucional só se abre depois de esgotados os meios de recurso que caibam perante os tribunais comuns.

Encontrados estes três pontos de similitude, não é difícil concluir que o meio português [de acesso de particulares ao juiz constitucional] é mais amplo do que aquele que é aceite na generalidade dos direitos europeus. E isto porque só tem a limitá-lo

pressupostos formais e não substanciais. O que é necessário, para que em Portugal se aceda (ainda que subsidiariamente) ao Tribunal Constitucional, é que se tenha durante o processo arguido a inconstitucionalidade de uma norma e, não obstante isso, a mesma norma venha a ser efectivamente aplicada pelo juiz da causa ao caso concreto. Não interessa aqui a *substância* ou o *conteúdo* da questão de constitucionalidade que se arguiu. Interessa apenas que, formalmente, ela tenha que ver com o *thema decidendum* da questão a julgar pelo tribunal comum. Pelo contrário, no modelo europeu das queixas, o particular só acede ao juiz constitucional se for lesado (de forma pessoal, imediata e actual) nos seus direitos fundamentais (aqueles que a ordem jurídica identifica como sendo amparáveis), e não se invocar um qualquer outro motivo.

Os pressupostos do acesso são antes do mais substanciais (têm que ver com a natureza da questão que leva o particular a procurar o remédio) e não, apenas, como em direito português, meramente formais.

Nessa medida, o acesso directo dos particulares ao JUIZ constitucional é permitido, em Portugal, de forma mais ampla do que na generalidade dos direitos europeus.

Resta saber se esta maior amplitude não merece alguma reflexão crítica.

Aí irei para concluir. Antes disso, apenas duas notas.

Mencionei até agora a via de acesso dos particulares ao juiz constitucional tal como ela se abre nos processos de controlo de constitucionalidade de normas, através dos quais o Tribunal exerce as suas competências nucleares. Não referi os meios de acesso que os processos respeitantes ao exercício das competências complementares, que ao Tribunal também são atribuídas, eventualmente comportem. Essas competências complementares são de tal modo vastas e heterogéneas que o rastreio do seu grau possível de *subjectividade* seria, aqui, impossível.

Por outro lado, há ainda a mencionar que existe ainda um meio *indirecto* de acesso dos particulares ao Tribunal. Já atrás o referi: ele é muito similar ao que se observa nos restantes ordenamentos europeus. Traduz-se na possibilidade que os particulares têm em suscitar durante o processo uma questão de constitucionalidade que venha a ser acolhida pelo juiz *a quo*. Essa possibilidade existe sempre, quer o sistema de fiscalização concentrada seja o de recursos, como em Portugal, seja o de questão prévia (como é nos outros lados). Directamente, quem acede ao juiz constitucional é o juiz da causa comum, que decide colocar-lhe a questão de constitucionalidade. A intervenção indirecta do particular não está no entanto excluída, visto que a iniciativa da discussão

constitucional *pode* ter sido sua (mas *não deve*, visto que é, evidentemente, uma questão de conhecimento oficioso por parte do juiz).

5. Aqui chegados, resta na verdade saber se a maior amplitude com que o direito português reconhece o direito de acesso dos particulares ao juiz constitucional (maior, face aos seus congêneres europeus) é ou não uma boa coisa.

Sem negligenciar as dificuldades com que os outros sistemas se confrontam, e emitindo uma opinião que só a mim responsabiliza, eu diria que essa maior amplitude tem duas consequências negativas, que aliás estão estreitamente interligadas.

A primeira é relativa à forma como em Portugal se foi dando a *subjectivização* da justiça constitucional. *Subjectivização* não significa *instrumentalização*. A partir do momento em que se aceita que a justiça constitucional existe não apenas para prosseguir fins jurídico-objectivos mas também para tutelar posições jurídico-subjectivas, é lógico que o acesso a ela seja conferido às pessoas que têm algo a "ganhar" com a intervenção do juiz constitucional. Mas esse "ganho" não deve ser artificial. Não pode cifrar-se apenas na dilação da resolução – por falsos motivos de constitucional idade – da questão infraconstitucional. Se tal sucede, e se sucede com frequência, é porque a justiça constitucional não é, saudavelmente, *subjectivizada*, mas antes, e de forma má, *instrumentalizada*. Um meio de acesso de privados que repouse, como o nosso, em requisitos meramente formais, corre o risco de permitir (mais do que os outros) essa instrumentalização.

Depois, penso que esse meio, baseado em pressupostos só formais, corre também o risco de provocar a longo prazo a depauperização da jurisprudência do Tribunal. Explico-me. Num sistema de pressupostos meramente formais, como o nosso, pode haver questões que sejam substancialmente de índole jurídico-constitucional mas que escapam ao controlo do Tribunal, sobretudo no domínio dos direitos fundamentais. Como pode haver questões menores que não escapam, porque foram colocadas de forma (que é o único crivo que se adopta) adequada. O sistema, assim concebido, corre o risco de provocar a longo prazo uma demanda do Tribunal em tomo de questões formais menores depauperando assim a sua jurisprudência.

Mas estas são reflexões que, como disse, só a mim responsabilizam.