

O LUGAR DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO SÉCULO XXI: OS LIMITES FUNCIONAIS DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL NA RELAÇÃO COM OS DEMAIS TRIBUNAIS E COM O LEGISLADOR

CATARINA SANTOS BOTELHO

Resumo: um dos dilemas da Teoria da Constituição permanece o de descortinar qual a fórmula mágica que permita satisfazer o duplo objetivo de limitar a atividade do legislador e atividade do juiz. Em boa verdade, uma maior limitação do juiz resulta em maior liberdade legislativa e, ao invés, uma maior limitação do legislador trará consigo um acréscimo de liberdade decisória ao poder judicial. Uma vez atribuída a guarda da Constituição a um Tribunal Constitucional, deverão os demais tribunais possuir concomitantemente competências em matérias constitucionais ou pertencerá ao Tribunal Constitucional o monopólio do controlo da constitucionalidade? Por outras palavras, a questão a responder é a seguinte: estamos a falar de competências *exclusivas* ou de competências *partilhadas*?

Palavras-chave: Tribunal Constitucional; jurisdição constitucional; jurisdição ordinária; ativismo judicial; autocontenção judicial.

Sumário: 1. Considerações introdutórias. 2. O Tribunal Constitucional: juiz dos juízes?; 2.1. Repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais da jurisdição ordinária: de uma tensão institucional a uma mera fricção pontual; 2.2. A definição funcional das jurisdições ordinária e constitucional. 3. O Tribunal Constitucional: juiz do legislador?; 3.1. O Tribunal Constitucional e o legislador; 3.2. O Tribunal Constitucional português e a relação com o legislador. 4. Breves considerações finais.

1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS^{1,2}

A função de uma jurisdição constitucional no século XXI é de enorme relevo. Cingindo-nos apenas a algumas das importantes funções que lhes são

¹ Esta reflexão tem por base a nossa comunicação proferida na Conferência Internacional “*Tribunais Constitucionais — Entre o Jurídico e o Político*”, organizada pela MEDEL (*Magistrats Européens pour la Démocratie et les Libertés*), e que teve lugar no dia 30 de junho de 2017, na Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

² A autora é coordenadora da Delegação Portuguesa da ANESC (*Academic Network on the European Social Charter and Social Rights*) e investigadora do *Católica Research Center for the Future of the Law*; email: cbotelho@porto.ucp.pt.

confiadas, os tribunais constitucionais assumem uma inestimável função da proteção das minorias, atuando como um “contrapoder” numa sociedade de mundividades heterogêneas e plurais³. Adicionalmente, atuam como agentes estabilizadores do desencanto da democracia (nem sempre tão) participativa. Em terceiro lugar, contribuem para a atualização do texto constitucional e a sua adequação à realidade constitucional vigente, descortinando novos direitos fundamentais ou novas dimensões de direitos fundamentais e, nessa medida, sensibilizando o legislador ordinário para a urgência de produção legislativa.

A relevância da jurisdição constitucional nos nossos dias justifica que alguma doutrina considere que é mais necessária uma jurisdição constitucional do que um mero texto constitucional⁴. Outros autores sustentam que um tal entendimento acaba por desvalorizar a importância do texto e da cultura constitucional vigente⁵.

Nos inícios do século passado, uma das questões que mais fascinaram os cultores da Teoria da Constituição foi a de saber quem deveria ser o guardião da Constituição. Se Carl Schmitt preferia uma forma de controlo político entregue ao Chefe de Estado, Hans Kelsen propôs a criação de um modelo de justiça constitucional (*Verfassungsgerichtsbarkeit*), mediante a instituição de um tribunal especializado na resolução de conflitos constitucionais.

O controlo jurisdicional da constitucionalidade foi amplamente acolhido, quer na modalidade de controlo difuso, a cargo de todos os tribunais, quer na modalidade de controlo concentrado numa jurisdição constitucional criada para este efeito⁶. A confirmar o sucesso do controlo judicial da constitucionalidade, em especial do modelo austríaco, as sucessivas “vagas” de criação de tribunais constitucionais, que se multiplicaram no mundo Ocidental, na Europa de Leste e em vários Estados da América Latina, em especial após as duas Guerras Mundiais e a Queda do Muro de Berlim⁷. Será que a imensa

³ Para um desenvolvimento sobre a relevância do Tribunal Constitucional enquanto instrumento de proteção de minorias (*Instrument des Minderheitenschutzes*), contra abusos de maioria, cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Editorial Tecnos, Madrid, 2002, p. 139, FERRAJOLI, Luigi, “Jurisdicción y democracia”, *Jueces para la Democracia*, 29, 1997, pp. 3-9, p. 7, RINKEN, Alfred, “Artikel 93.º - Zuständigkeit des Bundesverfassungsgericht”, III, Neuwied; Kriemel: Luchterhand, 2001, p. 28, e MOREIRA, Vital, “Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional — Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, pp. 177-198, p. 186.

⁴ MEZZANOTTE, Carlos, “Le fonti tra legittimazione e legalità”, *Queste Istituzione*, 1991, pp. 50-59.

⁵ TRIBE, Laurence H., “Taking Text Structure Seriously — Reflections on Freeform Method in Constitutional Law Interpretation”, *Hanse Law Review*, 108, 1995, pp. 1221-1303.

⁶ Desenvolvidamente, URBANO, Maria Benedita, *Curso de Justiça Constitucional — Evolução histórica e modelos do controlo da constitucionalidade*, Almedina, 2016, pp. 28-35.

⁷ VALLINDER, Torbjörn, “When the courts go marching in”, *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, 1995, pp. 13-26. Sobre as “vagas” de criação de tribunais constitucionais, cfr. GROPPI, Tania, “Introduzione: alla ricerca di un modello europeo di giustizia costituzionale” (ed. Marco Olivetti) *La giustizia costituzionale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2003, pp. 1-23.

confiança na justiça constitucional esconde uma desconfiança no normal funcionamento do poder político nas democracias contemporâneas? É uma questão pertinente e que merece ampla reflexão.

Mais recentemente, porém, o sucesso da expansão da justiça constitucional tem sido, em alguns Estados, obscurecido por experiências não democráticas ou democráticas iliberais associadas a fenómenos populistas⁸. Com efeito, a situação na Polónia, na Turquia, na Hungria ou até na Roménia evidencia verdadeiras *crises de identidade* das suas jurisdições constitucionais.

2. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: JUIZ DOS JUÍZES?

2.1. Repartição de competências entre o Tribunal Constitucional e os tribunais da jurisdição ordinária: de uma tensão institucional a uma mera fricção pontual

Os limites da atuação das jurisdições constitucionais serão os que resultam vertidos nas respetivas constituições. Outra não poderia ser a solução, dada a natureza autorreferencial do texto constitucional⁹. Não obstante, não resulta tarefa fácil delimitar o âmbito da jurisdição constitucional do âmbito da jurisdição ordinária. O plano da constitucionalidade e o plano da legalidade dificilmente se podem projetar em duas perfeitas linhas paralelas, sem intersecções. Nestes termos, pergunta-se: qual deverá ser, assim, a dinâmica entre as duas jurisdições?

À cabeça, a criação de uma jurisdição constitucional traz consigo a questão de saber como se deverá apelidar a “outra jurisdição”. O Tribunal Constitucional Federal alemão foi adiantando várias designações — tais como, “os outros tribunais”, “os tribunais de competência genérica”, ou simplesmente “os tribunais” — até adotar o termo “tribunais ordinários” (*ordentliche Gerichte*)¹⁰.

A opção por um modelo concentrado de controlo da constitucionalidade passará sempre pela difícil delimitação entre o direito ordinário e o direito constitucional e, conseqüentemente, entre as competências da jurisdição ordinária e da jurisdição constitucional¹¹. Este problema agudiza-se em arquiteturas constitucionais como a portuguesa, que adota sistemas híbridos de

⁸ ISSACHAROFF, Samuel, *Fragile Democracies: Contested Power in an Era of Constitutional Courts*, Cambridge University Press, 2015, pp. 189-213, e PINELLI, Cesare, “The Populist Challenge to Constitutional Democracy”, *European Constitutional Law Review*, 7, 2011, pp. 5-16, p. 13.

⁹ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29 (33), 1996, pp. 281-284, p. 284.

¹⁰ SCHLAICH, Klaus/ KORIOTH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht — Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Verlag C. H. Beck, Munique, 6.ª ed., 2004, pp. 18-19.

¹¹ JESTAEDT, Matthias, “Verfassungsrecht und einfaches Recht — Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 116 (17), 2001, pp. 1309-1376, p. 1309.

controlo da constitucionalidade, combinando elementos difusos e elementos concentrados de fiscalização das normas.

Nestes modelos, todos os tribunais são chamados a fiscalizar a constitucionalidade das normas. Estabelecem-se, portanto, duas tipologias de relações interjurisdicionais¹². Por um lado, uma relação horizontal, que assenta na atribuição a todos os tribunais da competência para fiscalizar a constitucionalidade das normas. Por outro lado, uma relação vertical, que atribui à jurisdição constitucional a supremacia no controlo da constitucionalidade¹³.

Ora, se o princípio da constitucionalidade nos ensina que a validade dos atos jurídico-públicos (normativos ou não normativos) depende da sua conformidade com a Constituição¹⁴, podemos daí inferir que toda a atividade jurisdicional contém potencialmente um conteúdo constitucional, na medida em que toda a aplicação do Direito abarca uma latente aplicação constitucional¹⁵.

Como facilmente se adivinhará, a relação entre as jurisdições constitucional e ordinária nem sempre foi pacífica. Na década de 60 do século passado, o jurista italiano Arturo Carlo Jemolo utilizou a conhecida expressão “guerra entre tribunais” (*guerra tra Corti*) para se referir à tensão institucional que se verificou entre o Tribunal Constitucional italiano e o Tribunal Supremo (*Corte di Cassazione*)¹⁶.

Além do conhecido figurino italiano, também outras ordens jurídicas experienciaram vivos atritos entre as jurisdições. Na Rússia, por exemplo, uma boa parte dos conflitos entre jurisdições surgiram devido à possibilidade de o Tribunal Constitucional russo poder controlar a constitucionalidade da “prática da aplicação da lei”. Trata-se aqui da aplicação sistemática (e não pontual), por parte dos tribunais ordinários, da legislação num determinado sentido¹⁷. Verificou-se então que, perante alguns julgamentos de inconstitu-

¹² RUBIO LLORENTE, Francisco, “¿Divide et obtempera? - Una reflexión desde España sobre el modelo europeo de convergencia de jurisdicciones en la protección de los Derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23 (67), 2003, pp. 49-67, p. 58.

¹³ BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Die Methode der Verfassungsinterpretation — Bestandaufnahme und Kritik”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1976, pp. 2089-2099, p. 2093, e LEMBCKE, Olivier W., *Hüter der Verfassung*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, p. 83.

¹⁴ Vertido no artigo 3.º, n.º 3, da Constituição portuguesa.

¹⁵ BOTELHO, Catarina Santos, “Haja uma Nova Jurisdição Constitucional — Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, vol. I-IV, 2010, Almedina, 2011, pp. 591-623, e PÉREZ TREMPs, Pablo, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 121.

¹⁶ Na sua obra *Pensieri di questi giorni — la legge dell’istruttoria sommaria* (1965). Sobre este tema, no ordenamento jurídico italiano, v. ASSINI, *L’oggetto del giudizio di costituzionalità e la “Guerra delle due Corti”*, Giuffrè, Milão, 1973, CAMPANELLI, Giuseppe, “I rapporti tra Tribunal Constitucional e Tribunal Supremo nell’ordinamento spagnolo”, *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002, pp. 221-286, p. 224, e ROMBOLI, Roberto, “La «crisi della legge» nell’evoluzione del rapporto tra «Diritto Politico» e «Diritto Culturale». La’attività creativa di Diritto della Corte Costituzionale e dei giudici comuni”, *Parlamento y Constitucion*, 12, 2009, pp. 73-128, em especial, pp. 124-128.

¹⁷ BURNHAM, William/ TROCHEV, Alexei, “Russia’s War between the Courts: The Struggle over the Jurisdictional Boundary between the Constitutional Court and Regular Courts”, *American Journal of Comparative Law*, 55, 2007, pp. 381-452, p. 388.

cionalidade do Tribunal Constitucional russo, em que ordenara que os autos baixassem os autos ao tribunal recorrido — o Tribunal Supremo —, este se recusou a reavaliar a questão.

Em Espanha, a legislação procurou delimitar as fronteiras entre as jurisdições. Se, por um lado, a Lei Orgânica do Poder Judicial afirma que as decisões do Tribunal Constitucional espanhol são fonte interpretativa para os juízos dos tribunais ordinários, por outro lado, a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional restringe o recurso de amparo de decisões judiciais à averiguação da violação dos direitos ou liberdades do recorrente, devendo a jurisdição constitucional abster-se “de qualquer outra consideração sobre a atuação dos órgãos jurisdicionais”¹⁸.

No contexto espanhol, os conflitos entre jurisdições tiveram grande repercussão mediática. Um bom exemplo é o acórdão *Isabel Preysler II*, em que o Tribunal Constitucional, ajuizando em sede de recurso de amparo constitucional, decidiu que “o restabelecimento da recorrente na integridade do seu direito fundamental [em causa estava o direito à reserva da intimidade da vida privada na sequência da publicação de uma revista] exige, dadas as circunstâncias (...) que a nossa decisão não se limite a declarar a nulidade e a acordar a devolução dos autos para que sobre eles se produza uma decisão do Tribunal Supremo, posto que (...) estamos perante um vício *in iudicando*”.

Entendeu o Tribunal Constitucional espanhol que o Supremo não deveria ter alterado para 160 euros o montante indemnizatório de 32.060 euros fixado pelo Tribunal de Primeira Instância (*Audiencia Provincial de Barcelona*). Em consequência, declarou “a nulidade do acórdão proferido pelo Tribunal Supremo” e, relativamente ao *quantum* indemnizatório, decidiu pela “execução a este nosso acórdão na quantidade fixada pelo julgamento da *Audiencia Provincial de Barcelona*”¹⁹. As críticas a este acórdão foram imediatas e bastante audíveis, tendo alguma doutrina chamado atenção para uma inadmissível ingerência da jurisdição constitucional no contencioso indemnizatório²⁰.

Não obstante, foi no acórdão *Mazón* que o conflito entre jurisdições se agudizou. José Luis Mazón Costa, não tendo sido selecionado num concurso de contratação de “Letrados” para o Tribunal Constitucional espanhol, entendeu que a contratação não tinha assegurado critérios de objetividade e transparência²¹. Por conseguinte, interpôs um recurso no Tribunal Supremo, invocando a violação do direito a igual acesso a funções e cargos públicos, recurso este que foi rejeitado. Na sequência da rejeição do recurso, interpôs um recurso de amparo perante o Tribunal Constitucional, no qual pediu um exame

¹⁸ Artigo 54.º

¹⁹ STCE n.º 186/2001, de 17 de Setembro de 2001.

²⁰ CHASSIN, Catherine-Amélie, “La protection juridictionnelle des droits fondamentaux a travers de recours d’amparo constitutionnel en Espagne”, *Cahiers de la Recherche sur les Droits Fondamentaux*, 1, 2002, Presses Universitaires de Caen, pp. 33-45, p. 44.

²¹ Os letrados funcionam como uma espécie de assessores jurídicos (cfr. os artigos 96.º, n.º 1, a. b), e 97.º da LOTCE). O seu número não pode exceder os dezasseis.

imparcial da sua candidatura, e a criação de uma medida legislativa que “garanta o direito constitucional a um exame imparcial do presente recurso de amparo”. Em resposta, o Pleno do Tribunal Constitucional decidiu não admitir o recurso apresentado, porquanto um tal recurso “não se dirige a este Tribunal Constitucional, mas sim a outro hipotético [tribunal] que o substitua”²².

Não satisfeito, Mazón Costa voltou a recorrer ao Supremo Tribunal e solicitou a condenação dos magistrados constitucionais por responsabilidade civil extracontratual. Numa decisão completamente inesperada, a Sala Civil do Tribunal Supremo decidiu que os magistrados constitucionais também podiam ser responsabilizados. Tendo entendido que a não admissão do recurso de amparo carecia de justificação sustentada, condenou os onze magistrados constitucionais a indemnizarem o recorrente, em 500 euros cada um²³.

A esta luz, estavam criadas as condições para se ter desencadeado uma crise institucional sem precedentes. A resposta do Tribunal Constitucional não tardou a surgir. Reunido em Pleno, deliberou que o acórdão do Tribunal Supremo tinha extravasado as suas competências, pois não lhe competia ajuizar do acerto de uma decisão de (não) admissão de recurso de amparo proferida por outra jurisdição²⁴.

A hostilidade revelada nestas decisões impeliu o legislador espanhol a tomar linhas orientadoras capazes de clarificar a esfera de competências de cada uma das jurisdições. Neste ensejo, a Lei Orgânica n.º 6/2007, de 24 de maio, veio estabelecer que “as resoluções do Tribunal Constitucional não poderão ser revistas por nenhum outro órgão jurisdicional do Estado”²⁵. E porque depois da tempestade vem a bonança, tudo indica que o conflito se atenuou, existindo apenas isolados pontos de fricção entre as jurisdições²⁶.

2.2. A definição funcional das jurisdições ordinária e constitucional

Como vimos, de um inicial cenário de críspação entre jurisdições passamos hoje em dia para a existência de uma “colaboração ativa” e a abertura de um canal discursivo entre os tribunais²⁷. O clima de tensão entre as juris-

²² *Providencia* de 18 de Julho de 2002.

²³ Acórdão n.º 51/2004, da Secção Cível do TS, de 23 de Janeiro de 2004.

²⁴ 3 de Fevereiro de 2004. Cfr. TURANO, Leslie, “Spain: Quis Custodiet Ipsos Custodes?: The struggle for jurisdiction between the Tribunal Constitucional and the Tribunal Supremo”, *International Journal of Constitutional Law*, 4 (1), 2006, pp. 151-162, p. 152.

²⁵ Artigo 4.º da Lei.

²⁶ ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario, “Extensión y límites del control por el Tribunal Constitucional de las resoluciones judiciales que afecten a los derechos fundamentales”, *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, Madrid, pp. 189-224, p. 192, e SERRA CRISTÓBAL, Rosario, *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo as través del recurso de amparo*, Tecnos, Madrid 1999.

²⁷ LANDA, César, “The 50th Anniversary of the Bonn Basic Law: Its Significance and Contribution to the Strengthening of the Democratic State”, *Jahrbuch des Öffentlichen Recht*, 48, 2000, pp. 25-38, p. 33.

dições pode ter justificações históricas, que remontam ao ambiente de uma certa suspeição relativamente aos tribunais constitucionais, tribunais que possuem características diferentes dos “outros” tribunais: o objeto das suas decisões, o parâmetro decisório, e o modo de designação dos seus juizes.

Num interessante jogo de palavras, Christoph Möllers afirmou que a “racionalidade política” do legislador não é sempre coincidente com a “racionalidade jurídica” das jurisdições²⁸. Não resulta surpreendente, então, que a interpretação das normas constitucionais seja distinta da interpretação das normas de direito ordinário²⁹.

Como já escrevemos “a diferença entre a Constituição e outras *normas ordinárias* vislumbra-se em vários indicadores: (i) no carácter aberto e plural das suas normas; (ii) na própria vastidão da matéria que ela regula; (iii) e, em consequência, num necessário “carácter sintético”, por vezes até mesmo lacónico, de algumas das suas disposições; (iv) no “significado valorativo” de algumas das suas normas materiais; (v) na rigidez constitucional, que consagra procedimentos mais exigentes — quer temporal, quer processualmente — para a alteração das normas constitucionais do que os que vigoram para a alteração das normas ordinárias (vi) e, inclusivamente, no facto de a Constituição ser o topo da hierarquia normativa interna, pelo que, na inexistência de uma norma superior de referência, a sua concretização tenha que ser levada a cabo pelo próprio intérprete-aplicador”³⁰.

Na generalidade dos Estados europeus que optaram por elementos de controlo difuso da constitucionalidade, quando a questão da inconstitucionalidade de uma norma é suscitada pelo juiz da causa (*a quo*), a instância

²⁸ “Les gardiennes d’une séparation: Les constitutions comme instruments de protection des différences entre le droit et la politique”, *Jus politicum*, 7, 2012, p. 7.

²⁹ AMARAL, Maria Lúcia/ PEREIRA, Ravi Afonso, “Um tribunal como os outros. Justiça constitucional e interpretação da constituição”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, I, Almedina, 2016, pp. 381-442, p. 426, e GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, “El derecho constitucional como derecho”, *Revista de Derecho Político*, 15, 1982, pp. 7-20.

³⁰ BOTELHO, Catarina Santos, “O papel dos princípios na interpretação constitucional”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, I, Almedina, 2016, pp. 59-85, p. 76. Relativamente às diferenças entre a interpretação das normas constitucionais e das normas ordinárias, vide ARAGÓN REYES, Manuel, “La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 6 (17), 1986, pp. 85-136, p. 109, PESTALOZZA, Christian, “Die Endlichkeit von Verfassungen”, *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht — Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche*, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, 50, Duncker & Humblot, Berlim, 2008, pp. 31-54, p. 31, RAMSAUER, Ulrich, “Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte”, *Archiv des öffentlichen Rechts*, 111 (4), 1986, pp. 501-536, p. 513, ROSENFELD, Michel, “Constitutional adjudication in Europe and the United States paradoxes and contrasts”, *European and US Constitutionalism*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2005, pp. 197-238, pp. 217-218, SCHOLZ, Rupert, “Konstitutionalisierte Politik oder politisierte Konstitution?”, *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht — Kolloquium aus Anlass des 80. Geburtstages von Peter Lerche*, Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, 50, Duncker & Humblot, Berlim, 2008, pp. 9-16, p. 12, e STERN, Klaus, “Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte”, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, V, 1992, p. 101.

suspende-se e o processo é remetido para o Tribunal Constitucional, para que este decida a questão da inconstitucionalidade como questão prévia relativamente ao juízo da causa e com efeitos *erga omnes*. Nestas ordens jurídicas, tal como a alemã, os tribunais exercem um “direito de verificação” (*Prüfungsrecht*) da constitucionalidade das leis³¹.

Ora, pelo contrário, uma das peculiaridades do modelo de justiça constitucional é a possibilidade de o juiz da causa desaplicar uma norma por entender que esta é inconstitucional, nos termos dos artigos 204.º e 280.º, n.º 1, al. a), da Constituição da República Portuguesa. Ou seja, os juízes portugueses podem conhecer e decidir a questão da inconstitucionalidade³². Daqui retiram-se dois pontos axiais: (i) por serem dotados de uma competência autónoma de desaplicar normas, todos os tribunais são, de alguma forma, “tribunais constitucionais”³³; (ii) o recurso da decisão do tribunal *a quo* para o Tribunal Constitucional não é da competência do juiz *a quo*, mas sim das partes (n.º 4 do artigo 280.º da CRP) ou do Ministério Público (n.ºs 3 e 5 do artigo 280.º da CRP).

Cumprе lembrar que o Tribunal Constitucional português não tem competência para conhecer das questões de direito ordinário. Este *princípio da incognoscibilidade* das questões da legalidade ordinária é jurisprudência constante do Tribunal constitucional. Como escreve o Juiz Conselheiro Gonçalo de Almeida Ribeiro, no seu voto de vencido ao recente acórdão n.º 718/2017 do Tribunal Constitucional, “o princípio da incognoscibilidade das questões de direito ordinário é um corolário lógico dessa premissa radical e um *instrumento indispensável à sua administração judicial*. O seu alcance é, simplesmente, o seguinte: para decidir a questão de constitucionalidade que constitui o objeto do recurso, não deve o Tribunal Constitucional percorrer o caminho que a decisão recorrida percorreu para resolver qualquer das questões de direito ordinário que lhe tenham sido colocadas, devendo tomar a resposta a tais questões como um dado inquestionável — o juízo definitivo das autoridades jurisdicionais competentes sobre o direito ordinário de fonte legal — e confrontá-lo com os parâmetros constitucionais relevantes” (sublinhado nosso)³⁴.

³¹ FÜRST, Walther/ GÜNTHER, Hellmuth, *Grundgesetz: Das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland in der Grundzügen*, 2.ª ed., Erich Schmidt Verlag, Berlim, 1978, p. 211.

³² MEDEIROS, Rui, “Anotação ao artigo 204.º da Constituição” (Jorge Miranda e Rui Medeiros) *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra Editora, 2007, pp. 48-66, p. 51.

³³ CANOTILHO, J. J. Gomes, “Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva”, *Perspectivas Constitucionais — Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, vol. I, Coimbra Editora, 1996, pp. 871-887, p. 876.

³⁴ Acórdão de 15 de novembro de 2017.

3. O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: JUIZ DO LEGISLADOR?

3.1. O Tribunal Constitucional e o legislador

Chegados aqui, a pergunta a fazer é esta: deverá o Tribunal Constitucional ser o “guardião da Constituição ou o árbitro da política”? Ou, por outras palavras, “guardião da Constituição ou legislador de substituição”³⁵? Como atrás frisámos, a interpretação do texto constitucional assume uma elevada complexidade. De uma perspetiva de repartição funcional, importa distinguir a função ativa de atuar (a cargo do legislador) e a função passiva de controlar a constitucionalidade das normas (reservada à jurisdição constitucional).

Nestes termos, o Tribunal Constitucional *não possui funções colegislativas*, sendo a sua atividade controladora limitada pelo próprio texto constitucional e vinculada ao “padrão de controlo”³⁶. É de todo o interesse que o reino da Política não se sobreponha ao reino do Direito, sob pena de este se desvirtuar e perder a sua autonomia funcional³⁷.

Numa complexa “relação de cooperação” ou “relação concorrencial”, uma coisa é certa: se à jurisdição constitucional é dada a primazia, na categoria de intérprete supremo da Constituição, ao legislador deve der dada a “preferência”, porquanto o legislador é o intérprete original e primário da Constituição³⁸. Em boa verdade e como bem elucidou Höpker Aschoff, o primeiro presidente do Tribunal de Karlsruhe, “não é tarefa do Tribunal Constitucional decidir sobre lutas políticas, mas apenas assegurar que nessas lutas se respeitem as normas da Lei Fundamental”³⁹.

No limite, podemos admitir que o Tribunal Constitucional atua à semelhança de um “legislador negativo” (*negative Gesetzgeber*), tal como entendeu Hans Kelsen em inícios do século passado⁴⁰. Nestes termos, o legislador cria

³⁵ Respetivamente, GUGGENBERGER e WÜRTEMBERGER, e SCHOLZ *apud* «Ooyen, Robert Chr. Van, *Politik und Verfassung — Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, p. 208.

³⁶ Ax, Dorothee, *Prozeßstandschaft im Verfassungsbeschwerde-Verfahren — Zugleich ein Exkurs betreffs Methoden richterlicher Rechtsfortbildung im Verfassungsbeschwerde-Verfahren*, *Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1994, p. 25, e SCHLAICH, Klaus/ KORIOTH, Stefan (nota 10), p. 358.

³⁷ NEVES, Marcelo, “Transconstitucionalismo: breves considerações com especial referência à experiência latino-americana”, *Tribunal Constitucional — 35.º Aniversário da Constituição de 1976*, Coimbra Editora, 2012, II, pp. 107-150, p. 113.

³⁸ HÄBERLE, Peter, “Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten”, *Juristenzeitung*, 1975, pp. 297-305, p. 300, e KIRCHHOF, Paul, “Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung”, *Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung — Symposium aus Anlass des 70. Geburtstags von Peter Lerche*, C.H.Beck, Munique, 1998, pp. 5-22, p. 16.

³⁹ *Apud* SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Legitimação da justiça constitucional e composição do Tribunais Constitucionais”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional — Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, pp. 211-228, p. 97.

⁴⁰ “A jurisdição constitucional”, *Jurisdição Constitucional*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, pp. 119-186p. 126. Mais recentemente, no mesmo sentido, WAGSCHAL, Uwe, “Verfassungsgerichte als Vetospieler in der Steuerpolitik”, *Politik und Recht*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, pp. 559-584, p. 581.

normas e define opções políticas primárias na ordem jurídica (*input* positivo). A esta normação criadora, o Tribunal Constitucional pode responder com a invalidação de tais normas, anulando portanto o momento criador do legislador, fazendo cessar a vigência da norma.

Na nossa opinião, importa distinguir entre a natureza e o objeto da fiscalização da constitucionalidade. Por um lado, é de sublinhar que a função política que acaba por recair sobre as jurisdições constitucionais não possui uma “*natureza* política” (sublinhado nosso)⁴¹. Por outro lado, o objeto da fiscalização da constitucionalidade é a compatibilização dos atos jurídico-públicos com a Constituição. Ora, a Constituição é uma norma política⁴².

Não podemos perder de vista a magnitude da tarefa que é pedida aos tribunais constitucionais, mormente em sede de fiscalização abstrata preventiva e sucessiva: diagnosticar se as políticas públicas vertidas em normas respeitam ou não a Constituição⁴³. Como afirma Joaquim Cardoso da Costa, a justiça constitucional é “tão politizada e «impura» como o são as normas constitucionais que lhe cabe interpretar e aplicar”⁴⁴.

Há muito que se ultrapassou o paradigma do juiz como mera “*bouche qui prononce les paroles de la loi*”. O exercício do poder judicial não implica somente uma lógica subjuntiva ou uma mera aplicação mecânica de disposições normativas, mas acaba por envolver, como não poderia deixar de ser, uma certa componente *criadora*⁴⁵. De uma visão do juiz-funcionário, cuja atividade assentava em silogismos jurídicos, transitou-se para uma perspetiva da função judicial como instrumento ativo do processo político, que influencia a própria realidade social⁴⁶.

Nas últimas décadas, tem-se intensificado a utilização do rótulo “ativista” para classificar a atuação de alguns tribunais supremos e constitucionais. Alguma doutrina alerta que o *ativismo judicial* quase se metamorfoseou numa

⁴¹ HIRSCHL, Ran, *Towards Juristocracy — The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, Cambridge, 2004, pp. 169-210, e NEVES, António Castanheira, “O Instituto dos Assentos e a Função Jurídica dos Tribunais”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, 110, 1983, pp. 289 ss., p. 432.

⁴² BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 27, 1974, pp. 1529-1538, p. 1534.

⁴³ BOTELHO, Catarina Santos, “Aspirational constitutionalism, social rights proximity and judicial activism: trilogy or trinity?”, *Comparative Constitutional Law and Administrative Law Quarterly*, 3 (4), 2017, pp. 62-87, p. 77.

⁴⁴ “Tribunal Constitucional e debate público”, *40 Anos de Políticas Públicas de Justiça em Portugal*, Almedina, 2016, pp. 113-141, p. 126.

⁴⁵ BOTELHO, Catarina Santos, *Os Direitos Sociais em Tempos de Crise — Ou Revisitar as Normas Programáticas*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 480, e CHRISTENSEN, Ralph/ FISCHER-LESCANO, Andreas, *Das Ganze des Rechts — Vom hierarchischen zum reflexiven Verständnis deutscher und europäischer Grundrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, p. 263.

⁴⁶ BOTELHO, Catarina Santos, *A Tutela Directa dos Direitos Fundamentais — Avanços e Recuos na Dinâmica Garantística das Justiças Constitucional, Administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 64-66, CANOTILHO, J. J. Gomes (nota 33), p. 874, e RANGEL, Paulo Castro, *Repensar o Poder Judicial — Fundamentos e Fragmentos*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2001, p. 161.

qualidade definidora da própria justiça constitucional⁴⁷. Acontece que o ativismo judicial não é uma mera categoria jurídica, mas uma categoria interdisciplinar que incorpora igualmente aspetos económicos, sociais e políticos⁴⁸.

Por tal razão, entendemos que a crítica a um suposto “ativismo” das jurisdições constitucionais pode estar, intencional ou não intencionalmente, mal direcionada⁴⁹. Por exemplo, no contexto português, em que o modelo de justiça constitucional é forte (ou *quasi*-forte)⁵⁰, parece-nos perfeitamente defensável que o controlo da constitucionalidade seja forte (ou *quasi*-forte), sem que tal signifique ativismo judicial na forma de usurpação de competências pelo Tribunal Constitucional.

Daí que Nuno Garoupa classifique o conceito de ativismo judicial como uma noção algo “vazia”⁵¹ e, portanto, um vicioso conceito *redondo e ziguezagueante*. Entendemos que lhe assiste toda a razão. “Ativismo judicial” assume contornos de um rótulo etéreo e adaptável ao que interessa defender. A *plasticidade* do termo presta-se a utilizações que não se subsumem a críticas metodológicas à tarefa da jurisdição constitucional e que se inserem numa lógica oportunista de alcunhar de “ativista” uma atuação jurisdicional com a qual não estamos de acordo, fechando os olhos a similares momentos de ativismo judicial resultantes de uma ponderação judicial com a qual já concordamos⁵².

Um bom exemplo é o Acórdão do Tribunal Constitucional Federal alemão da década de 80 do século passado, que decidiu pela existência de um direito à autodeterminação informativa — direito este não plasmado na Lei Fundamental alemã, mas que o Tribunal inferiu do direito ao livre desenvolvimento da personalidade — tendo inclusive estabelecido condições bastante detalhadas da constitucionalidade daquela que viria a ser a legislação de proteção de dados. Ora, esta decisão, claramente “ativista”, não mereceu reparos de maior por parte da doutrina⁵³.

⁴⁷ MESONIS, Gediminas, “Judicial Activism in the Context of the Jurisprudence of the Constitutional Court”, *II Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State*, pp. 342- 361, p. 342.

⁴⁸ POLLICINO, Oreste, *Legal Reasoning of the Court of Justice in the Context of the Principle of Equality between Judicial Activism and Self-Restraint*, *German Law Journal*, 5 (3), 2004, 283-317.

⁴⁹ Numa argumentação bastante interessante, GAROUPA, Nuno, “Comparing Judicial Activism — Can we say that the US Supreme Court is more Activist than the German Constitutional Court?”, *Revista Portuguesa de Filosofia*, 2016, pp. 1089—1106, p. 1090, discute se a denominação “ativismo” deverá ser associada a uma conotação pejorativa.

⁵⁰ Do vasto elenco de competências do Tribunal Constitucional falta o recurso de amparo ou queixa constitucional. Cfr. Botelho, Catarina Santos, “Haja uma Nova Jurisdição Constitucional — Pela introdução de um mecanismo de acesso directo dos particulares ao Tribunal Constitucional”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 70, 2010, Almedina, 2011, pp. 591-623.

⁵¹ *Comparing Judicial Activism — Can we say that the US Supreme Court is more Activist than the German Constitutional Court?*, RPF 1090-1091, 1089—1106 (2016).

⁵² BRITZ, Gabriele, “An Active Role of Constitutional Courts as an Objective Necessity”, *II Judicial Activism of a Constitutional Court in a Democratic State*, pp. 374-381, p. 380.

⁵³ IDEM, p. 379.

Então temos uma curiosa inversão argumentativa: o ativismo judicial pode ser tão pernicioso como a estratégia de autocontenção judicial adotada por várias jurisdições. A autocontenção judicial é, como bem elucida Gonçalo de Almeida Ribeiro, uma “tática de sobrevivência” do legalismo constitucional, que procura contornar os problemas do constitucionalismo, em especial o paradoxo democrático de uma magistratura não eleita diretamente pelos cidadãos poder invalidar normas emanadas por órgãos dotados de legitimidade democrática direta (Assembleia da República) ou indireta (Governo)⁵⁴.

Isto significa que na sua relação com o legislador, podem existir situações em que as jurisdições constitucionais devam adotar uma postura ativa. Gabriele Britz, juíza conselheira do Tribunal Constitucional alemão, elenca quatro domínios em que a jurisdição constitucional alemã se deverá abster da sua tradicional postura de autocontenção e enveredar por um comportamento mais ativista. São eles, a saber, os seguintes: (i) a proteção do conteúdo principal de direitos fundamentais, em que se descortine uma forte conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana; (ii) a proteção da liberdade, igualdade e não-discriminação das minorias⁵⁵; (iii) os direitos fundamentais novos, que resultam da “sociedade de risco”, tais como o direito à autodeterminação informativa; (iv) as características essenciais da Democracia e do Estado de Direito⁵⁶.

Na nossa ótica, classificar uma atuação judicial como ativista poderá significar dois cenários: (i) atuação judicial rigorosa, de acordo com a legislação que se lhe aplica, que, no caso do Tribunal Constitucional, é a Constituição e a Lei do Tribunal Constitucional; (ii) atuação judicial que extravasa o leque de competências atribuídas à jurisdição. No primeiro cenário, o juiz, em vez de optar por uma estratégia de autocontenção, exerce as competências que lhe são atribuídas, sem incorrer em qualquer violação do princípio da separação de poderes.

Na segunda hipótese, porém, a atuação do juiz já não será legítima, porquanto o juiz avoca competências político-legislativas que não possui, ficcionando interpretações constitucionais que não resultam plasmadas do texto constitucional nem da sua proba interpretação⁵⁷. Podemos cogitar alguns exemplos de ativismo judicial para além das competências: *v.g.*, se o Tribunal Constitucional invalidar legislação que não padece de nenhum vício de inconstitucionalidade material, formal ou orgânica, ou se o Tribunal Constitucional

⁵⁴ “O Paradoxo democrático na Constituição portuguesa de 1976”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, I, Almedina, 2016, pp. 121-148, p. 147. Numa crítica muito assertiva e certa ao “pensamento jurídico formalista e legalista dominante na ciência portuguesa de direito constitucional”, *vide* AMARAL, Maria Lúcia/ PEREIRA, Ravi Afonso (nota 29), p. 435.

⁵⁵ No contexto português, GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO (nota 54), p. 140, alerta que os direitos fundamentais alicerçados num “pacto supramaioritário”, “obrigam o juiz constitucional a proceder a juízos de ponderação da mais elevada temperatura política”.

⁵⁶ (Nota 52), pp. 377-381.

⁵⁷ IDEM, p. 374.

ajuizar de forma contaminada pelos interesses de um partido político ou pelas suas próprias mundividências acerca da definição das políticas públicas primárias⁵⁸.

3.2. O Tribunal Constitucional português e a relação com o legislador

No pós-Guerra, os textos constitucionais tornaram-se crescentemente politizados, criando genuínas “expectativas constitucionais” (*Verfassungserwartungen*), que podem abrir fragilidades ao nível da constância e estabilidade constitucionais⁵⁹. Por isso se diagnostica que, nos Estados constitucionais, se “tende a constitucionalizar o político e a politizar a Constituição”⁶⁰.

Desde logo, importa lembrar que o Tribunal Constitucional português pertence à “família” de tribunais constitucionais europeus, ao nível de “Roma, Karlsruhe, Madrid ou Warschau ou Zagreb”⁶¹. Num sistema de justiça constitucional como o português, em que coabitam elementos concentrados e difusos de controlo, a jurisdição constitucional pode ser acusada de *ativismo em duas frentes*: ativismo judicial e ativismo legislativo⁶². Em Portugal, o amplo leque de competências atribuído à nossa jurisdição constitucional — mormente no âmbito da fiscalização abstrata preventiva (artigos 278.º e 279.º da CRP) e sucessiva da constitucionalidade (artigos 281.º e 282.º da CRP), e da verificação da inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º da CRP) — acaba por condicionar e influenciar o desenvolvimento do processo político⁶³.

As crises económicas e financeiras que assolaram vários Estados europeus reabriram o debate sobre se a autocontenção judicial deverá ser o mecanismo indicando para interpretar normas constitucionais mais abstratas, tais como as normas-princípio ou os preceitos relativos a direitos fundamentais⁶⁴. A ideia é

⁵⁸ GAROUPA, Nuno (nota 49), pp. 1090-1091, e MESONIS, Gediminas (nota 47), pp. 344-345. Na Alemanha, alguma doutrina considera como ativismo judicial do Tribunal Constitucional Federal alemão quando este declara uma norma inconstitucional mas não inválida e concede algum tempo para o legislador adotar uma nova norma, dando indicações concretas de como o fazer de forma a não desrespeitar a Lei Fundamental alemã. Vide STREINZ, Rudolf, “The Role of German Federal Constitutional Court Law and Politics”, *Ritsumeikan Law Review*, 2014, pp. 95-118, p. 109.

⁵⁹ SCHOLZ, Rupert (nota 30), p. 12.

⁶⁰ ROSENFELD, Michel (nota 30), p. 205. No mesmo sentido, SCHLINK, Bernhard, “German Constitutional Culture in Transition”, *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy — Theoretical Perspective*, Duke University Press, 1994, pp. 197-222, p. 197.

⁶¹ HÄBERLE, Peter, *Verfassungsvergleichung in europa-und weltbürgerlicher Absicht — Späte Schriften*, Duncker & Humblot, Berlim, 2009, pp. 61-62.

⁶² BOTELHO, Catarina Santos (nota 45), p. 476. No ordenamento jurídico-espanhol, alertando para idêntica situação, TUR AUSINA, Rosario, *Garantía de Derechos y Jurisdicción Constitucional — Efectividad del Amparo tras la Sentencia Estimatoria*, Tirant to Blanch, Valência, 2008, p. 175, nt. 328.

⁶³ COSTA, José Manuel Cardoso da, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Almedina, 2007, p. 103.

⁶⁴ BOTELHO, Catarina Santos (nota 43), p. 76.

a de que a atividade legislativa contrária à Constituição pode ser sindicada pelos tribunais ordinários e/ou pelo Tribunal Constitucional. Inversamente, como as decisões da jurisdição constitucional não são suscetíveis de recurso, o único controlo possível é a própria jurisdição constitucional exercer um autocontrolo através da autocontenção⁶⁵.

Uma análise de Direito Constitucional Comparado tem atestado uma cautela das jurisdições constitucionais quando se trata de decidir questões que imponham consequências financeiras para os Estados⁶⁶. A ser seguida, sem mais, esta orientação, a “primazia da Constituição significaria tão simplesmente subordinação do legislador”⁶⁷.

No contexto de austeridade vivido em Portugal, aquando intervenção da “Troika” (Fundo Monetário Internacional, Comissão Europeia e Banco Central europeu), muitos prognosticaram que a jurisdição constitucional portuguesa iria ser deferente para com as medidas governamentais, porquanto os magistrados constitucionais são acordados entre os principais partidos políticos⁶⁸. Pois bem, veio a realidade das coisas a provar o contrário e atestar que o argumento da conotação política dos juízes acaba por ser já um cliché⁶⁹.

A atuação do Tribunal Constitucional português em plena crise económico-financeira mereceu uma atenção sem precedentes dos atores internacionais, um elevado escrutínio público e gerou, como seria de esperar, tanto vozes críticas como manifestações de apoio⁷⁰. Na conjuntura nacional, as opiniões acerca do constitucionalismo da crise dividiram-se e polarizaram-se⁷¹. Algumas vozes mais críticas chegaram a sugerir, perante o ativismo exacerbado do TC, a introdução de sanções para os magistrados constitucionais que se desviassem da orientação do partido que os indicou, ou até a dissolução do Tribunal Constitucional, com a transferência das suas competências para uma secção do Supremo Tribunal de Justiça⁷².

⁶⁵ IDEM, pp. 76-77.

⁶⁶ BRINKS, Daniel M./ GAURI, Varun, “A New Policy Landscape: Legalizing Social and Economic Rights in the Developing World”, *Courting Social Justice — Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, 2008, pp. 303-351, p. 344.

⁶⁷ WAHL, Rainer, “Der Vorrang der Verfassung”, *Der Staat*, 20, 1981, pp. 485 e ss., p. 487.

⁶⁸ VIEIRA, Mónica Brito/ SILVA, Filipe Carreira da, “Getting Rights Right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal”, *International Journal of Constitutional Law*, 11 (4), 2013, pp. 898-922, p. 921.

⁶⁹ CORADO, Susana/ GAROUPA, Nuno/ MAGALHÃES, Pedro, “Judicial Behaviour Under Austerity — An Empirical Analysis of Behavioral Changes in the Portuguese Constitutional Court, 2002-2016”, *Journal of Law and Courts*, 2017, p. 26.

⁷⁰ COSTA, Joaquim Cardoso da (nota 44), p. 113, e KILPATRICK, Claire, “Constitutions, social rights and sovereign debt states in Europe: a challenging new area of constitutional inquiry”, *European University Institute*, 2015, pp. 13-14.

⁷¹ Criticando a jurisprudência da crise, vide o livro *O Tribunal Constitucional e a Crise — Ensaios Críticos* (org. Gonçalo de Almeida Ribeiro e Luís Pereira Coutinho), Almedina, Coimbra, 2014. Em resposta e apoiando, em geral, a jurisprudência constitucional, Jorge Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional — Resposta aos Críticos*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁷² Vide as críticas recolhidas no estudo de CORADO, Susana/ GAROUPA, Nuno/ MAGALHÃES, Pedro (nota 69), p. 10.

Numa reflexão em jeito de autognose, podemos afirmar que os tribunais constitucionais são instituições muito respeitadas. Há inclusivamente tribunais constitucionais que gozam de um enorme prestígio mundial, tais como o Tribunal Constitucional Federal alemão ou o *Supreme Court* norte-americano, cuja jurisprudência é, amiúde, citada e estudada pelas instâncias congéneres⁷³.

O que é curioso verificar é como a reputação do nosso Tribunal Constitucional passou de 30 anos de uma existência relativamente desconhecida (para não dizer mesmo diminuída) para uma espécie de *super-guardião-herói da constitucionalidade*, para uns, ou para uma *juristocracia constitucional* (governo de juízes), para outros⁷⁴.

Quanto a nós, ainda que algumas decisões do constitucionalismo da crise possam merecer reparos, a atitude vigilante da jurisdição constitucional teve dois aspetos positivos: (i) primeiro, trouxe maior respeito pelo figurino do Tribunal Constitucional, dando-lhe a dignidade e o peso institucional que merece ter; (ii) segundo, não perdendo de vista que uma crise económico-financeira pode e certamente deve ser um fator no juízo de ponderação efetuado pelo Tribunal Constitucional, esta não pode substituir-se à própria Constituição, degradando-a a mero espelho da realidade fáctica de um determinado momento societal. A nosso ver, tal seria um retorno à perda da força normativa da Constituição que resultou de uma aplicação não matizada das teses realistas que resumem a constituição real à perspetiva fáctica⁷⁵.

4. BREVES CONSIDERAÇÕES FINAIS

A terminar, refira-se que à afirmação demasiado restritiva de Ernst Benda, que designava a jurisdição constitucional como o “fiel depositário da Constituição” e os restantes tribunais como os “guardas das leis”, contrapomos a nossa conceção de justiça constitucional, confiada a todos os tribunais e assente numa lógica dialogante entre estes⁷⁶.

Pode, assim, concluir-se que a questão da demarcação entre a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária não é despicienda e, bem pelo contrário, pode demonstrar-se decisiva para uma proteção efetiva dos direitos fundamentais⁷⁷. Com efeito, se uma perspetiva *restritiva* nesta matéria arriscará

⁷³ AMARAL, Maria Lúcia/ PEREIRA, Ravi Afonso (nota 29), p. 384, e STREINZ, Rudolf (nota 58), p. 96. Num interessante estudo, BRINKS, Daniel M./ BLASS, Abby, “Rethinking Judicial Empowerment: The New Foundations of Constitutional Justice”, *International Journal of Constitutional Law*, 15, 2017, pp. 296-331, p. 321, reconhecem que não há um consenso na metodologia mais indicada para aferir da importância ou impacto de uma jurisdição constitucional.

⁷⁴ BOTELHO, Catarina Santos (nota 43), p. 81.

⁷⁵ VAZ, Manuel Afonso, *Teoria da Constituição — O que é a Constituição, hoje?*, Coimbra Editora, 2012, p. 64.

⁷⁶ SCHLAICH, Klaus/ KORIOTH (nota 10), p. 139.

⁷⁷ Como reconhecem, entre outros, BERKEMANN, Jörg, “Das Bundesverfassungsgericht und «seine» Fachgerichtsbarkeiten auf der Suche nach Funktion und Methodik”, *Deutsches*

vazios de proteção constitucional, uma abordagem mais *generosa* poderá comprometer a capacidade operacional do Tribunal Constitucional, transformando-o numa nova instância de recurso⁷⁸.

No que respeita à relação entre o Tribunal Constitucional e o legislador, a questão que se tem colocado é a de saber se os juizes constitucionais deverão ascender de meros “legisladores negativos” a legisladores positivos, na versão “*watchdogs*” ou “*policymakers*”⁷⁹. Parece bastante óbvio que o Tribunal Constitucional e o legislador terão sempre uma relação pautada por momentos de tensão, tanto de índole prática como teórica/dogmática⁸⁰. Como sublinha Mattias Kumm, num cenário em que o poder judicial se torne tão forte que faça tábua rasa do poder legislativo, então “deu-se o primeiro passo de uma democracia participativa para uma *juristocracia*”⁸¹.

Para finalizar, lembramos as palavras de Jutta Limbach, a já falecida antiga Presidente do Tribunal Constitucional Federal alemão. Numa entrevista, quando lhe pediram uma reflexão sobre a sua experiência na jurisdição constitucional alemã, não hesitou em reconhecer que “a honestidade intelectual” a impedia de adiantar um critério fidedigno para traçar uma “linha divisória entre direito e política”, uma vez que “os dois campos de ação sobrepõem-se parcialmente, e não podem ser separados um do outro sem ambiguidades”⁸².

Quanto a nós, e como fomos sustentando ao longo desta nossa cogitação, nada vemos de positivo em exorcizar da Constituição e do constitucionalismo a Política, como se de domínios impenetráveis se tratasse. Não há Constituição sem Política. E talvez esta indagação nos deva bastar.

Verwaltungsblatt, 111 (18), 1996, pp. 1009-1072, p. 1030, DANNEMANN, Gerhard, “Constitutional Complaints: The European Perspective”, *International and Comparative Law Quarterly*, 43 (1), 1994, pp. 142-153, p. 148, e SCHULTE, Martin, “Zur Lage und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit”, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 111 (18), pp. 1009-1020, p. 1015.

⁷⁸ BOTELHO, Catarina Santos (nota 46), p. 206.

⁷⁹ URBANO, Maria Benedita, “Ainda algumas notas breves sobre a criação de direito pelos juizes constitucionais”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, Almedina, 2016, pp. 363-379, p. 377.

⁸⁰ BRITZ, Gabriele (nota 52), p. 381.

⁸¹ “Constitutional Courts and Legislatures — Institutional Terms of Engagement”, *Católica Law Review*, 1, 2017, pp. 55-66, p. 56.

⁸² “The Law-Making Power of the Legislature and Judicial Review”, *Law Making, Law Finding and Law Shaping: The Diverse Influences*, Oxford University Press, 1997, II, pp. 161 ss., p. 174.