

# As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso

CARLOS BLANCO DE MORAIS \*

SUMÁRIO: 1. O Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional português como uma sentença aditiva de revisão constitucional; 2. Introdução conceptual e tipológica às mutações informais da Constituição; 3. Introdução à mutação constitucional no ordenamento português; 3.1. A relevância relativa das mutações geradas por condutas dos órgãos do poder político: apreciação crítica à tese da transfiguração constitucional; 3.2. O Tribunal Constitucional na zona undosa e de penumbra entre o desenvolvimento interpretativo da Constituição e as “sentenças de revisão constitucional”; 4. Da legitimidade e validade das mutações geradas pela jurisprudência dos Tribunais constitucionais; 4.1. Os ciclos das mutações informais da Constituição; 4.2. Interpretação criativa dos tribunais constitucionais e mutação jurisprudencial; 4.3. Mutações jurisprudenciais “puras” e “impuras”; 4.4. A justiça Constitucional como um poder limitado pela Constituição, pela teleologia da sua função de controlo e pelo dever de fundamentação das suas decisões.

## 1. O Acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional português como uma “sentença aditiva de revisão constitucional”

Dizem os clássicos que só quem sofre cria.

No universo judiciário, o Tribunal Constitucional português, um órgão usualmente discreto, pouco inventivo e praticante do “*self restraint*”, fez jus a esta asserção. No

---

JURISMAT, Portimão, n.º 3, 2013, pp. 55-90. ISSN: 2182-6900.

\* Professor da Faculdade de Direito de Lisboa; Consultor para os Assuntos Constitucionais da Presidência da República Portuguesa.

mês de julho de 2012, através do Acórdão n.º 353/2012, tirado em controlo abstrato sucessivo, o Tribunal Constitucional criou. Criou, ensaiando uma variante de mutação constitucional através de uma componente manipulativa da sentença que modelava os seus próprios efeitos temporais. E criou, talvez, contagiado pelo sofrimento dos cidadãos em razão das severas medidas de rigor acordadas entre o Estado Português e as entidades credoras (FMI, Comissão Europeia e Banco Central Europeu), ou quiçá, marcado pelo seu próprio sofrimento decorrente de um “*anus horribilis*” em que a sua imparcialidade foi ofuscada, talvez com menor justiça, pela partidariização do processo de designação parlamentar dos seus titulares e por reparos de certos setores políticos a um hipotético “*favor legislatoris*” em matéria de suspensão ou restrição de direitos sociais.

Assim, a decisão foi, sintomaticamente, marcada por uma envolvimento política *sui generis*. O Tribunal proferiu o polémico Ac. n.º 353/2012 no contexto de uma “prova de vida” formalizada em tempos de debate sobre a sua relevância institucional e a sua própria existência (colocada inesperadamente em causa pela Ministra da Justiça e pelo Presidente do Supremo Tribunal de Justiça) e num tempo de vésperas relativamente à eleição de um novo Presidente e a um render da guarda entre juizes. Efetivamente, a sentença foi estranhamente aprovada poucos dias antes da tomada de posse de três novos juizes-conselheiros que tinham sido recém-eleitos pelo Parlamento, volvido um processo arrastado e controverso nalgumas das suas fases preliminares.

Neste aresto estava em causa uma norma do Orçamento de Estado que, no âmbito das medidas de austeridade tendentes a garantir o equilíbrio financeiro, suspendia para o ano de 2012 duas componentes da remuneração dos servidores públicos e pensionistas, o chamado subsídio de férias e o subsídio de Natal. Suspensão que deveria prosseguir nos próximos anos, enquanto subsistisse o programa internacional de assistência a Portugal.

As medidas adotadas sempre suscitaram variadas dúvidas de inconstitucionalidade, umas mais justas e procedentes do que outras.

Em primeiro lugar, certas sensibilidades jurídicas entendem que, integrando os referidos subsídios a remuneração salarial (cfr. art.º 70.º, n.º 3, da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro) e sendo esta prestação (alínea a) do n.º 1 do art.º 59.º da CRP) qualificável como um direito análogo aos direitos liberdades e garantias,<sup>1</sup> o corte puro e simples dessas componentes retributivas violaria o principio da intangibilidade salarial.

<sup>1</sup> GOMES CANOTILHO-VITAL MOREIRA “Constituição da República Portuguesa- Anotada”-I- Coimbra-2007-p. 770.

Em segundo lugar, tendo a legislação natureza suspensiva (na medida em que se admitiu no próprio Orçamento e em declarações públicas do Governo a retoma do pagamento das prestações depois do fim do programa de assistência), estar-se-ia a paralisar a eficácia de um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias através de um ato legislativo, quando a Constituição apenas prevê a suspensão desses direitos através do instituto do estado de sítio e do estado de emergência. Trata-se de duas figuras previstas no art.º 19.º da CRP, em cujos pressupostos não cabem situações de urgência financeira, criando-se assim um estado de exceção financeira à margem da Constituição.

Em terceiro lugar, constituindo a regra do n.º 4 do art.º 63.º da CRP (segundo a qual, todo o tempo de trabalho contribui, nos termos da lei, para o cálculo das pensões de aposentação), um direito social de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, há quem sustente que a suspensão dos subsídios de férias e Natal aos aposentados violaria o princípio da proteção da confiança no que respeita à fruição do direito às referidas prestações, atentas as contribuições já feitas pelos pensionistas no passado, afetando-se a legítima e fundada expectativa do seu pagamento.

Em quarto e último lugar, o corte nos salários dos servidores públicos não foi acompanhado por idêntico corte nos subsídios de férias e Natal dos trabalhadores do setor privado, o que levantaria a ideia de que apenas uma categoria de cidadãos seria sacrificada, sem fundamento material relevante, no processo de aplicação de medidas de austeridade de interesse público geral, violando-se o princípio da igualdade (art.º 13.º da CRP).

Em face destas dúvidas, o Tribunal Constitucional proferiu uma peculiar sentença que se caracterizou por um forte impacto político (indignando a maioria governamental e os credores internacionais e encantando um setor da oposição) mas, simultaneamente, por uma ausência de efeitos jurídicos, sendo entendida como uma espécie de tiro de pistola de alarme relativamente a uma lei nascitura, mais precisamente, a Lei do Orçamento de Estado para o ano de 2013.

Optámos não por comentar o mérito da decisão quanto à questão de constitucionalidade, a qual envolvendo debates interessantes não nos suscita especiais reparos. O que nos interessa no aresto em causa, para o efeito do presente escrito é a componente processual relativa à modelação da eficácia da própria sentença.

Será, em primeiro lugar, legítima a interrogação: como poderá uma sentença que não produz efeitos jurídicos repressivos ensaiar uma primícia de mutação constitucional?

Vejamos em que termos. A decisão julgou, por maioria, a inconstitucionalidade com força “*erga omnes*” de duas normas que suspendiam os subsídios de Férias e Natal para 2012, com fundamento em violação do princípio da igualdade. Para o Tribunal,

a partilha de sacrifícios tendo em vista assegurar o equilíbrio orçamental não teria de ser rigorosamente igual entre servidores públicos e trabalhadores do setor privado. O que não seria admissível seria fazer impender os sacrifícios exclusivamente nos servidores públicos: haveria, neste ponto, uma desigualdade desproporcionada que discriminaria esses servidores impondo-lhes onerações excessivas.

Como a reposição dos subsídios retidos aos cidadãos e derivada do juízo de inconstitucionalidade implicaria um desequilíbrio orçamental que violaria os compromissos internacionais do Estado junto dos credores, no sentido de se garantir para 2012 um défice de 4,5%, o Tribunal Constitucional, invocando interesse público de excepcional relevo, restringiu temporalmente os efeitos da decisão, nos termos do n.º 2 do artº 282.º da CRP, salvaguardando tanto os efeitos inconstitucionais passados da norma, como os efeitos futuros até ao final do mesmo ano.

Assim, o subsídio de férias cujo pagamento foi invalidamente suspenso no passado mês de Junho, assim continuará, e o subsídio de Natal cujo pagamento fora suspenso para os próximos meses de Novembro ou Dezembro não será igualmente atribuído. O efeito de caso julgado material da sentença não valerá, contudo, para o próximo ano, atento o princípio da anualidade orçamental que envolve a aprovação de uma nova Lei de Orçamento e Estado para 2013, a qual não integrou o objeto do pedido de fiscalização de constitucionalidade e que, como tal, não será no plano jurídico-positivo afetado pela decisão. A declaração de inconstitucionalidade operou, desta forma, como uma decisão de acolhimento fictício, associada a uma advertência ou “apelo” ao legislador para que, no próximo orçamento, não repita a solução que adotou para o ano de 2012 e fixe critérios distributivos dos sacrifícios de forma mais equitativa.

Mas, o que nos interessa neste Acórdão consiste num pequeno pormenor processual inédito: o Tribunal Constitucional, pela primeira vez na sua história de três décadas, ignorando a letra da Constituição, proferiu uma sentença manipulativa que fez publicar no mês de Julho e que permite a uma norma declarada inconstitucional com eficácia “*erga omnes*” vir a produzir efeitos futuros até ao final do ano de 2012.

Para austríacos e brasileiros semelhante solução jurisprudencial não causaria perplexidade. Na Áustria<sup>2</sup> onde a sanção da declaração de inconstitucionalidade em controlo abstrato é a anulabilidade, o Tribunal Constitucional pode determinar que a norma inconstitucional produza efeitos durante o prazo de 18 meses após a decisão

<sup>2</sup> Cfr. PETER OBENDORFER “A Justiça Constitucional no Quadro das Funções Estaduais” in AAVV- “Justiça Constitucional e Espécies, Conteúdo e Efeitos das Decisões sobre a Constitucionalidade das Normas”-Lisboa-1997-p. 165 e 168 e seg.

(art.º 140, al. 7 da Constituição e art.º 139.º al. 6). E no Brasil,<sup>3</sup> o art.º 27.º da lei n.º 9.868 de 1999 permite implicitamente que a declaração de inconstitucionalidade, por razões de excecional interesse social, possa produzir efeitos após o trânsito em julgado da mesma declaração (veja-se, de entre outras, a ADI n.º 3022 relativa à defensoria do estado do rio Grande do Sul e a ADI n.º 3.689, relativa a legislação inválida de criação de certo município, a qual permitiu que a norma declarada inconstitucional vigorasse 24 meses).

Não se contesta em abstrato e em casos verdadeiramente excepcionais,<sup>4</sup> a pertinência da figura do diferimento dos efeitos de inconstitucionalidade para o futuro fora do contexto da nulidade e admite-se até que, no caso em apreço, atenta a necessidade de garantir a execução do Orçamento em todo o ano económico e o cumprimento das obrigações financeiras do Estado no plano internacional, pudesse fazer sentido a preservação dos efeitos inconstitucionais da norma até Dezembro de 2012. Contudo, o que se contesta é a admissibilidade jurídica do meio utilizado, na medida em que esse instituto manipulativo das decisões e inconstitucionalidade não se encontra previsto na Constituição portuguesa, tendo a sua introdução derivado, não de um ato de emenda da Lei Fundamental pelo Parlamento, mas antes de uma simples decisão do Tribunal Constitucional, a qual nem sequer fundamentou juridicamente a opção tomada.

Quatro razões fundamentais de ordem jurídica e constitucional tornam insubsistente essa componente manipulativa dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 353/2012.

Em primeiro lugar, a norma constante do n.º 4 do art.º 282.º da CRP delimita à partida o espectro temporal do alcance da eficácia jurídica da decisão de inconstitucionalidade. No caso de inconstitucionalidade originária, à qual se reporta a situação em análise, a mencionada norma, quando determina que o Tribunal Constitucional possa fixar efeitos da declaração e inconstitucionalidade com alcance mais restrito do que o previsto no disposto no n.º 1 do artigo, projeta-se exclusivamente sobre efeitos da declaração de inconstitucionalidade previstos neste preceito, ou seja: a declaração, desde a data da sua publicação (alínea g) do n.º 1 do art.º 119.º da CRP), produz efeitos retroativos de carácter repressivo (que envolvem a eliminação de consequências jurídicas póstumas produzidas pela norma inválida até à entrada em vigor desta última, eliminando os seus atos de aplicação, salvo os casos transitados em julgado e, segundo alguns, os atos administrativos inimpugnáveis). Isto significa que o Tribunal pode apenas conferir à sua decisão de inconstitucionalidade eficácia “*ex*

<sup>3</sup> GILMAR FERREIRA MENDES-INOCÊNCIO MARTIRES COELHO-PAULO GONET BRANCO “Curso de Direito Constitucional” - S. Paulo-2007-p. 1205.

<sup>4</sup> Cfr. os argumentos dos críticos in CARLOS BLANCO DE MORAIS “Justiça Constitucional”- II-Coimbra-2011-p. 331.

*nunc*”, preservando atos passados inconstitucionais. Nestes exatos termos, encontra-se coberta pela Constituição, a salvaguarda do ato inconstitucional passado de suspensão do 13.º mês, determinada pelo Ac. n.º 353/2012.

Contudo, da conjugação dos dois preceitos mencionados não resulta a possibilidade de o Tribunal salvaguardar a aplicação da norma inconstitucional para o futuro, pois o n.º 1 do art.º 282.º da CRP convocado pelo n.º 4 do mesmo artigo só alude a efeitos passados, não havendo cobertura constitucional para a decisão que foi tomada no aresto em exame.<sup>5</sup>

Em segundo lugar, no plano lógico e dogmático, a maioria da doutrina converge no sentido de considerar nula, a norma declarada inconstitucional com eficácia “*erga omnes*”.<sup>6</sup> Ora, uma norma nula, depois de publicada a declaração da nulidade, é expulsa do ordenamento jurídico e não pode produzir qualquer efeito. Assim sendo, como permitir que uma norma nula se aplique transitóriamente no futuro como se fosse válida, depois de ter deixado de permanecer na ordem jurídica? Gilmar Mendes foi a este propósito cuidadoso ao afirmar que no Brasil, quando se permite a continuidade da produção dos efeitos da norma inconstitucional para o futuro, não se pode falar em nulidade.<sup>7</sup>

Em terceiro lugar, o Tribunal não fundamentou a sua decisão no sentido da manutenção dos efeitos da norma inválida para o futuro nem invocou um dos poucos autores (Rui Medeiros) que sustenta esse entendimento (ou sustentava, pois veio recentemente, numa entrevista a um jornal a propósito deste caso, rever a sua posição anterior). O Tribunal, ao decidir deste modo, demonstrou ter escassa memória da sua própria jurisprudência pois não convocou o expediente que antes usara (Ac. n.º 866/96-Lei da Caça), inspirado na prática jurisprudencial italiana,<sup>8</sup> no sentido de declarar no próprio Acórdão que, por razões presas ao n.º 4 do art.º 282.º da CRP, salvaguardava efeitos passados e retinha a publicação da decisão durante um determinado período de tempo, dando espaço ao legislador para intervir, já que é apenas a partir do momento dessa publicação, não sujeita a prazo, que a decisão produz os seus efeitos. Pese o carácter malabar deste expediente, ele não contrariaria a Constituição ou a lei e permitiria um efeito análogo ao diferimento da eficácia da norma julgada inconstitucional para data futura.

<sup>5</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc cit, p. 359 e seg; minoritariamente, a favor da solução, RUI MEDEIROS “A Decisão de Inconstitucionalidade”- Lisboa-1999-p. 724 e seg.

<sup>6</sup> Por todos MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor jurídico do Acto inconstitucional”- Lisboa-1988-p. 233 e seg.

<sup>7</sup> GILMAR MENDES “Jurisdição Constitucional” - S. Paulo-2004-p. 363.

<sup>8</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc cit, p. 368; R. PINARDI “La Corte, I Giudici ed il Legislatore. Il Problema degli Effetti Temporalmente Degli Sentenze D,incostituzionalità”-Milano-1993-p. 199 e seg.

Criou-se, assim, um precedente instável e duvidoso, criticado por uma larga maioria da doutrina, que abre caminho para que o Tribunal Constitucional, no futuro, volte a autorizar que uma norma declarada inconstitucional produza efeitos futuros, sem que tal resulte da letra da Constituição ou do espírito de um legislador que excluiu essa hipótese nos trabalhos preparatórios da revisão constitucional de 1982.<sup>9</sup>

Sob o manto diáfano da interpretação da Lei Fundamental foi gerada uma primícia de mutação constitucional, informal e algo sorrateira, operada por via jurisprudencial e contida numa “sentença aditiva de revisão constitucional”.<sup>10</sup> Importa agora responder à seguinte questão: será a mesma juridicamente legítima?

## 2. Introdução conceptual e tipológica às mutações informais da Constituição

A normatividade de uma Constituição nunca é reduzível ao seu texto. Isto porque toda a constituição positivamente decidida nunca é uma construção acabada. As suas normas experimentam alterações formais por via de emendas parlamentares ou referendárias mas, igualmente, alterações informais e difusas que desvitalizam ou alteram o seu sentido, sem que as disposições ou enunciados normativos experimentem qualquer modificação. Estas alterações tácitas ou implícitas da Lei Fundamental em que o conteúdo das normas é modificado sem prejuízo de o texto se manter intocado, são designadas de mutações informais da Constituição.<sup>11</sup>

A mutação informal foi apreendida nos Estados Unidos no Séc. XIX a propósito da noção de “*Living Constitution*” criada pela prática política e pela jurisprudência. A questão ganhou especial relevo desde o caso *McCulloch v. Maryland* (1819), tendo o Juiz Marshall defendido um construtivismo constitucional, com base na cláusula dos poderes implícitos, o qual não mereceu então especial resistência.

No universo anglo-saxónico, as alterações informais da Constituição misturam-se com direito costumeiro e com a interpretação judicial inerente à “*common law*”, num processo há muito assumido e que leva autores como Lawrence Tribe a assumir que, a par de uma Constituição textual visível existe uma normatividade constitucional invisível que desafia a linearidade da Lei Fundamental como produto acabado de uma decisão constituinte.<sup>12</sup> Para o entendimento exposto, a *Constituição invisível*

<sup>9</sup> Diário da Assembleia da República, II Série de 27 de Março de 1982.

<sup>10</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc cit, p. 422.

<sup>11</sup> ANA CÂNDIDA FERRAZ “Processos Informais de Mudança da Constituição: Mutações Constitucionais e Mutações Inconstitucionais”. São Paulo 1986, p. 12, qualifica as mutações de “processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do poder (...)” de emenda constitucional.

<sup>12</sup> LAWRENCE TRIBE “The Invisible Constitution”-Oxford-2008-p. 22.

estaria no centro de gravidade constitucional e muito do que se entende por Constituição não radicaria nas fórmulas do texto normativo. Como refere Wheare, citado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho num notável e recente artigo sobre a mutação constitucional,<sup>13</sup> “*constitutions are not made: they grow*”, podendo em tese esse crescimento resultar de vias formais e, em certos casos, de vias informais.

Na Europa continental, a figura foi originariamente conceptualizada na Alemanha Imperial por Paul Laband (o talentoso “*Kronjurist*” da Casa Hohenzollern) e depois por Jellinek, a propósito da Constituição alemã de 1871.

Laband constatou a existência dessas mudanças tácitas e identificou algumas das suas modalidades, assinalou que as mesmas representavam uma “*contradição entre a situação constitucional e a lei constitucional*”<sup>14</sup> e estabeleceu uma diferenciação conceptual entre reforma e mutação constitucional. Já Jellinek esboçou uma tentativa de categorização das mutações, a qual foi criticada no tempo presente pelo fato de transportar alguma falta de sistematicidade. Se bem que Jellinek tenha elaborado, sob um ponto de vista doutrinal, uma construção restritiva quanto à admissibilidade dessas mutações, não deixou o mesmo autor de assinalar a dificuldade, que persiste até à atualidade em se traçar limites jurídicos a essas transformações silenciosas, já que entendeu, corretamente, que as mutações se caracterizam por ser um “*fato consumado*”, uma imposição fática de um fenómeno histórico e político de “*potencialidade constituinte*” contra o qual qualquer oposição poderá ser um “*intento vão*”.<sup>15</sup> Na verdade, as normas dificilmente logriam domar toda a realidade relativa ao exercício do poder, pelo que seriam as forças políticas reais a impor as suas regras à margem do direito pré-estabelecido.

Uma importante reelaboração taxinómica sobre as espécies de mutação no respeitante à Constituição de Weimar foi realizada pela pena a logo improvável de Hsu Dao Lin,<sup>16</sup> um meticuloso jurista chinês discípulo de Smend que se doutorou na Alemanha antes da Segunda Guerra Mundial, e cujas elaborações da sua tese “*Die Verfassungswandlung*” permanecem atuais. Segundo este autor, a Constituição não poderia quedar-se numa posição estática perante um Estado e uma sociedade em progressão, sendo as mutações informais o resultado natural de um imperativo do ajustamento elástico da Carta Fundamental à realidade em mudança. O fundamento

<sup>13</sup> KENNETH C. WHEARE, “*Modern Constitutions*”, London- 1966.cit por Manoel Gonçalves Ferreira Filho “Alteração e mudança da Constituição. O caso brasileiro”- p. 5,- 2012-inédito-texto respeitante a uma Conferência proferida em Porto Alegre e integrado na obra coletiva em homenagem a Monica Caggiano, que se encontra em preparação.

<sup>14</sup> KONRAD HESSE “ Limites da Mutação constitucional” in “Temas Fundamentais de Direito Constitucional”-S. Paulo-2009- p. 151-152.

<sup>15</sup> KONRAD HESSE (p. 154-155) apreciando a construção de Jellinek.

<sup>16</sup> HSU DAO LIN “Mutación de la Constitución”-Instituto Vasco de Administración Pública-Tad. Christian Förster- 1998.



das mutações radicaria, assim, na necessidade política e na vitalidade de um Estado em evolução.<sup>17</sup>

Múltiplas têm sido as categorizações das fontes informais que na Europa fazem crescer a Constituição através de mutações informais. Anotando contributos tão diversos como os de Hsu Dao Lin, de Maria Cândida Cunha Ferraz<sup>18</sup> ou, em especial, de Michele Carducci e Michele Macri<sup>19</sup> que procuraram ressystematizar na atualidade o naipe dessas fontes, teremos pela nossa parte a considerar as seguintes:

i) *Fontes fáticas de formação espontânea*: é o caso do costume (*praeter e contra legem*); das práticas e de convenções constitucionais consolidadas que alteram o funcionamento do sistema político criando regras informais, umas vinculativas e outras ordenadoras (“*soft law*”); do desuso de princípios e regras, gerador da sua nominalização progressiva ou da sua caducidade normativa; e de omissões constitucionais suscetíveis de integração reflexa pelo legislador, pela Administração ou pelos tribunais;

ii) *Fontes “ato”*, geradas por manifestações de vontade infraconstitucional das instituições políticas que, mais ou menos intencionalmente, vão desaplicando ou derogando informalmente o sentido das normas da Constituição, derrogação essa que se vai sedimentando sem contraditório relevante ou sanção: é o caso de decisões legislativas e administrativas “*contra constitutionem*”; do direito positivo da União Europeia contrário à norma constitucional escrita; do desenvolvimento inovatório e discricionário de princípios proteiformes como o princípio da subsidiariedade, com relevo para as relações entre o poder central e territórios autónomos, bem como entre o Estado e a União Europeia; e do impacto político do trans-constitucionalismo cosmopolita corporizado em tratados que disciplinam direitos fundamentais;

iii) *Fontes jurisprudenciais de base interpretativa e integrativa* que criam ou revelam inovatoriamente normas materialmente constitucionais e envolvem, em níveis de intensidade diversa, tanto as chamadas *sentenças aditivas de revisão constitucional*, como também uma intensa e impalpável atividade construtiva e inovadora de desenvolvimento dos princípios e normas constitucionais, tecida a partir da função hermenêutica dos Tribunais Constitucionais e das decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.

<sup>17</sup> KONRAD HESSE p. 159.160.

<sup>18</sup> ANNA CÂNDIDA FERRAZ op. cit.

<sup>19</sup> MICHELE CARDUCCI “Dualismo e Monismo nella Osservazione dei Mutamenti Costituzionali Informali”- in “Diritto Pubblico Comparato ed Europeo”-2009-IV- p. 1653 e seg; e MICHELE MACRI “Sintesi Rappresentative dei Mutamenti Costituzionali Informali”- “Diritto Pubblico Comparato ed Europeo”-2009-IV- cit, p. 1911 e seg.

Perguntar-se-á então: em sistemas onde foram instituídas jurisdições vocacionadas para a garantia da Constituição, se essas alterações constitucionais são introduzidas à margem das normas que dispõem sobre a revisão formal da mesma Lei Fundamental através de emendas, por que razão não são as mesmas, pura e simplesmente, julgadas inválidas?

A questão é complexa, na medida em que as mutações se exprimem primariamente no domínio dos fatos para, posteriormente, evoluírem para o universo do direito. Neste sentido, tem pertinência a ideia já aludida por Hesse, segundo a qual existe nas mutações algo em comum com o poder constituinte que nasce originariamente como um fenómeno existencial. As mutações, quando vingam e passam do universo fático para jurídico, constituem uma vicissitude constitucional híbrida pois, situando-se a paredes meias com a revisão ou emenda constitucional, tem na sua formação algo que as aproxima do poder constituinte no léxico de Schmitt e que consiste numa génese existencialista imposta pela realidade dos fatos.

Em segundo lugar, um fator decisivo para a consolidação das mutações consiste na sua aceitação tácita pelas instituições políticas e jurisdicionais, de cuja vontade ou atuação prática promanam e de cuja subsistência, as mesmas também dependem. Na medida em que contrariam normas constitucionais explícitas ou envolvam aditamentos inovadores criados fora do processo de emenda formal, muitas mutações nascem num *status* de virtual inconstitucionalidade. Contudo a sua afirmação como nova normação constitucional e a dissipação desse *status* anti-jurídico depende da imposição factual dos seus critérios de decisão junto das instituições, podendo considerar-se que a mutação obterá êxito quando as instituições políticas a interiorizam sem reagir, quando a comunidade jurídica e a opinião pública se lhe não opõe e quando a justiça constitucional não a censura. É, a força do político que faz vingar as mutações,<sup>20</sup> frequentemente através da inércia institucional e comunitária.

Em terceiro lugar, se é certo que existem mutações que nascem instantaneamente (como é o caso de certas decisões inovadoras e flamejantes da Justiça Constitucional), frequentemente as mutações envolvem uma alteração constitucional que se vai realizando silenciosa e deslizantemente, de uma forma lenta e nem sempre perceptível, como é o caso dos costumes, de práticas constitucionais, de atuações legislativas ou normativas derogatórias e de uma interpretação constitucional permanente e consistente em torno da construção de novos critérios, feita a partir de fórmulas antigas. A inércia, a aquiescência tácita e a legitimação interpretativa dos tribunais cria uma mutação por sedimentação que vai fazendo o seu caminho e se acaba por impor.

<sup>20</sup> Neste sentido, em geral, SILVANO TOSI “La Direttiva Parlamentare”-Milano-1969-1673.

No fundo, a norma intrusa ocupa tranquilamente parcelas do espaço constitucional, instala-se durante um tempo razoável e adquire esse espaço por usucapião.

São estas as razões que explicam a “indenidade” concedida às mutações, a sua lenta afirmação a partir de um estatuto inicial de contradição com a Constituição e a dificuldade em traçar limites quanto à sua admissibilidade jurídica. O que não significa que não os haja ou que não existam pistas doutrinárias para a sua conceção e efetivação e que a precisão desses limites não constitua uma questão central na Ciência do Direito Constitucional.<sup>21</sup>

Na Europa, no período anterior à instituição dos tribunais constitucionais, a simples força política dos órgãos de poder impunha as mutações à comunidade e à ordem jurídica como um dado adquirido. O autor das transformações informais, depois de um ciclo inicial de afirmação governamental criado pelas Monarquias dualistas, passou a localizar-se no Parlamento que era, simultaneamente, o defensor político da Constituição, fato que conduziu a uma legitimação política endogenética das próprias mutações que o mesmo órgão gerava. Volvido o início de funcionamento da Justiça Constitucional, as mutações continuaram a operar por via das instituições políticas (se bem que sujeitas ao escrutínio e episódico consentimento dos tribunais constitucionais) mas passaram, igualmente, a emergir da própria atividade da Justiça Constitucional que teceu não infrequentemente por via interpretativa, normas ideais de valor constitucional. Tal como sucedia antes com os parlamentos, os tribunais constitucionais passam a legitimar endogeneticamente as mutações por si próprias segregadas.

Em síntese, as mutações constitucionais tácitas consistem, no tempo presente, em critérios invisíveis de decisão, de alcance constitucional, oriundos dos poderes político e jurisdicional, sedimentados informalmente junto do texto constitucional e impostos no plano jurídico face a este último, graças: à sua consolidação larvar associada ao fator tempo (sobretudo no âmbito dos costumes e práticas); à não oposição relevante da comunidade jurídica e política (práticas políticas e decisões jurisprudenciais inovadoras); e à aquiescência, expressa ou tácita, do custódio da Constituição quanto à validade e subsistência dessas alterações na ordem jurídica.

O valor jurídico-normativo das normas geradas por mutação informal não é unívoco. Há, por um lado, normas materiais cogentes e interiorizadas pela comunidade. Há normas cuja vinculatividade é precária e instável atentas as oscilações dos agentes que as produziram, o seu caráter recente e o seu déficit relativo de aceitação. Veja-se quanto a esta última situação, no Brasil, o caso da eficácia geral ou eficácia ampliada de uma decisão substitutiva do legislador proferida por parte de sentença do STF que defira mandado de injunção, concordante com o precedente que resulta do MI. n.º 710).

<sup>21</sup> HESSE, ult. loc cit 164 e seg.

Há, igualmente, diretrizes políticas com o valor de “*soft law*” que ordenam o poder, mas que se forem contrariadas não envolvem juridicamente uma violação da Constituição, gerando antes uma censura política passível de afetar a legitimidade puramente política do decisor.

Observe-se, a este respeito, na ordem jurídica portuguesa, o caso hipotético de um ato presidencial de demissão do Governo, o qual se deve fundar no pressuposto constitucional da garantia do “*regular funcionamento das instituições democráticas*” (n.º 2 do art.º 195.º da CRP). Sem prejuízo de se poder discutir se o preceito já terá perdido, ou não, efetividade (já que não foi convocado desde 1977, tempo em que o poder de demissão não estava sujeito ao referido pressuposto), a prática institucional ligada a esse não uso, sustentada por um amplo consenso doutrinal, consolidou a ideia (eventualmente ancorada numa norma implícita que se foi formando), de que, pese o fato de o Presidente da República ser único juiz da existência dessa necessidade de assegurar o regular funcionamento das instituições, o exercício dessa faculdade passou a situar-se no domínio dos poderes excepcionais ou extraordinários do Chefe do Estado, incompatíveis com faltas de confiança política deste em relação ao Executivo ou com conflitos políticos comuns entre os dois órgãos. Assim sendo, se o Presidente demitir o Governo por razões de desconfiança política onde não esteja objetivamente em causa o regular funcionamento institucional, ele terá violado de algum modo a Constituição, mormente o critério que se consolidou com o tempo, por via de uma eventual mutação de efeito “integrativo” no sentido de proibição do uso dessa faculdade fora de situações extraordinárias de crise que envolvam bloqueamentos graves entre os órgãos de poder. Ainda assim, o ato presidencial em causa (que não é sujeito a controlo de constitucionalidade) produzirá os seus efeitos jurídicos, sendo a sanção presidencial por eventual ofensa a uma norma invisível de “*soft law*” que se foi afirmando, remetida para um universo puramente político, onde a legitimidade presidencial poderá vir ou não, a ser questionada, tudo dependendo do acolhimento que o ato tiver na opinião pública e na comunidade jurídica e política.

### **3. Introdução à mutação constitucional no ordenamento português**

#### **3.1. A relevância relativa de mutações geradas por condutas dos órgãos do poder político: apreciação crítica à tese da “transfiguração constitucional”**

Tal como escreveu uma constitucionalista italiana,<sup>22</sup> a matéria das mutações encon-

<sup>22</sup> ANNA CIAMMARICONI “Ipotesi ricostruttive nella Prospettiva dell’emersione di una “Constituição não Oficial” in Portugallo in “Diritto Pubblico Comparato ed Europeo”-2009-IV-p. 1720.

tra-se muito pouco presente na doutrina portuguesa.<sup>23</sup> A exceção radica em Paulo Otero que sustenta ter ocorrido com a Constituição de 1976 uma “*transfiguração constitucional*” gerada por uma *normatividade “não oficial”* e até subversiva do *texto constitucional*, a qual teria adormecido ou transformado um conjunto significativo de normas escritas.<sup>24</sup>

Para o autor, a transformação do regime económico, a subversão informal do princípio socialista, a deslocação do primado do legislativo da Assembleia da República para o Governo e a pretensa inversão da responsabilidade do Governo (com um Primeiro-Ministro liderante) perante a Assembleia da República fariam com que a Constituição já não fosse exatamente a mesma de 1976 ou, até daquela que foi revista em 1982 (e que envolveu uma transição política de um regime de democracia tutelada pelas Forças Armadas para um regime plenamente democrático).

Consideramos, pela nossa parte, que a dimensão das mutações informais na Constituição portuguesa alcançou um nível muito mais modesto do que o sustentada pela tese exposta, sendo difícil falar numa transfiguração constitucional em sentido próprio. Isto, logo à partida a propósito do léxico ideológico, porque as menções ao rumo socialista foram eliminadas por via de emendas formais à Lei Fundamental, logo em 1982 e 1989, restando hoje uma referência isolada no preâmbulo que é um documento histórico de cariz panfletário, desprovido de qualquer valor jurídico.

Quanto ao regime económico, a sua transformação teve como pressuposto fundamental a emenda formal de 1989 que permitiu a reprivatização dos bens nacionalizados, reduziu a natureza planificadora da economia e expurgou das cláusulas pétreas da Carta Fundamental (atual art.º 288.º), o princípio coletivista da apropriação coletiva dos meios de produção, limando simultaneamente no texto da Constituição fórmulas de teor mais ideológico.

Já no que toca à centralidade legislativa do Governo, esta resulta das amplas competências constitucionais positivas de que o mesmo órgão dispõe e, circunstancialmente, da predominância de executivos maioritários desde 1987.

Finalmente, o reforço da componente primo-ministerial do sistema político não constitui um dado adquirido, dependendo a sua manifestação da ocorrência de variáveis decisivas mas conjunturais, como a existência de uma maioria parlamentar absoluta de apoio ao Governo, do perfil mais ou menos liderante do Primeiro-Ministro e do protagonismo regulador mais ou menos intenso do Presidente da República.

<sup>23</sup> JORGE MIRANDA faz um apontamento do fenómeno in “Manual de Direito Constitucional”-II-Coimbra-2007-p. 168 e seguintes.

<sup>24</sup> PAULO OTERO “As Instituições Políticas e a Emergência de uma Constituição não Oficial”-in Anuário Português de Direito Constitucional”-II-Coimbra-2003-p. 83 e seg; “Direito Constitucional português”-I-Coimbra-2010-p. 207 e seg.

Explicitemos este nosso entendimento em relação a três dos domínios referidos.

No respeitante ao regime económico, o *princípio da irreversibilidade das nacionalizações* ditadas durante o período revolucionário pelo poder militar e garantido no primitivo art.º 83.º da Constituição fora, antes de 1989, colocado parcialmente em causa por uma lei ordinária, com respaldo na Justiça Constitucional, que permitia reprivatizações até 49% do capital das empresas nacionalizadas. O legislador passou a fazer uma leitura minimalista do princípio coletivista que dominava na Constituição, atentos os objetivos de adesão a um espaço de Livre Mercado como era o da Comunidade Económica Europeia e procurando reduzir as perdas em recursos públicos derivadas do processo de nacionalizações que importou até 1991, um montante de 5 biliões de euros, calculados em razão do valor do escudo à época.

Sucedem, porém, que semelhante tipo de privatizações minoritárias e parciais do capital dessas unidades empresariais, bem como a privatização da gestão de empresas do setor público (já antes admitida pela Comissão Constitucional no Parecer n.º 15/77), só por si, não alterariam nem o regime económico, nem permitiriam que o País se pudesse integrar com um mínimo de viabilidade na Comunidade Europeia. Uma privatização a 49% do capital de uma empresa não permite o seu controlo pelo setor privado nem é passível de ser considerada uma mutação constitucional informal, mas antes a concretização operativa de uma evolução conceptual, consensualizada entre legislador e juiz constitucional, sobre os critérios que permitem qualificar um dado bem como pertencente ao setor nacionalizado. A nacionalização passou a ser entendida, num contexto puramente interpretativo de cariz atualista, como domínio maioritário do capital da empresa pelo Estado tendente ao seu controlo e não como uma titularidade da totalidade do capital.

Daí que, decisiva para a alteração do regime económico terá sido a revisão constitucional de 1989 que permitiu a reprivatização integral dos bens nacionalizados e eliminou, nas cláusulas pétreas, o princípio da apropriação coletiva dos meios de produção. Sem ela não teria havido uma gradual mas efetiva transição do regime económico para uma economia livre.

Mas tem parcialmente razão Paulo Otero quando afirma que uma boa parte da Constituição económica se encontra desvitalizada por força da integração de Portugal na União Europeia. Como já tinha sido reconhecido em termos gerais por Gomes Canotilho, preceitos como as normas das alíneas d) a g) do art.º 80.º, alínea h) do art.º 81.º, n.º 4 do art.º 83.º, n.º 3 do art.º 85.º, art.º 89.º, art.º 95.º e art.º 100.º, caducaram total ou parcialmente desde a entrada de Portugal na CE. Em seu lugar não emergiu, quanto a nós, uma norma constitucional contrária, mas antes o reforço do alcance e do peso dos direitos fundamentais de propriedade e de iniciativa privada, concreti-

zados pelo direito europeu e pela lei ordinária, tendo a expansão do âmbito de proteção dos mesmos direitos prevalecido sobre certas dimensões intervencionistas de tarefas económico-sociais do Estado que colidiam ou limitavam o alcance desses direitos. Quem se lembra hoje de invocar a norma constitucional que visa a eliminação dos latifúndios? Os limites à dimensão da propriedade privada agrária deixaram de fazer sentido em face da ampliação do direito de fruição da mesma propriedade, cujo grau efetivo de otimização se tornou incompatível com limites espaciais ditados por razões ideológicas, radicando doravante os limites pertinentes ao exercício desse direito na esfera da dimensão social da propriedade, reconhecida pelo Tribunal Constitucional

Em suma, o desuso de certas normas a que aludiram Hsu Dao Lin<sup>25</sup> e Ana Cândida Ferraz,<sup>26</sup> associado à consolidação de um costume ou de uma prática infra-constitucional contrária e persistente, mumificaram uma boa parte da Constituição económica de recorte mais intervencionista. Aí sim, terá havido um campo semi-aberto à mutação tácita ou informal.

Já no sistema de fontes não é possível afirmar que uma mutação tenha retirado o primado da função legislativa ao Parlamento.

Com efeito, de entre as constituições dos estados da União Europeia, a Constituição portuguesa é a que maior acervo de competências legislativas atribui ao Governo. O art.º 198.º da CRP que prevê, a par de competências legislativas exclusivas, delegadas e de desenvolvimento de leis de bases, também as competências concorrenciais com a Assembleia da República em todas as matérias que a esta se não encontrem reservadas, confere um poder significativamente relevante ao Executivo que inexistia na larga maioria de outros ordenamentos.

Pode assim dizer-se que, por força da própria letra da Constituição de 1976, se criaram condições para que o Governo pudesse legislar em maior volume do que o Parlamento e para que pudesse dominar a própria iniciativa na produção de leis parlamentares, detendo o que há muito designamos por “*centralidade legislativa*”.<sup>27</sup> Isso não significa, contudo, que o Parlamento tenha perdido o seu “primado”, pois legisla reservadamente sobre as matérias mais importantes, aprova leis “paraconstitucionais” mediante maiorias qualificadas que reforçam consensos alargados, adota certas leis paramétricas que detêm hierarquia material sobre os decretos-leis do Governo

<sup>25</sup> HSU DAO LIN “Mutación de la Constitución”-Instituto Vasco de Administración Publica” p. cit-p. 29 e seg.

<sup>26</sup> ANNA CÂNDIDA FERRAZ “*Processos Informais de Mudança da Constituição (...)*” op. cit-p. 13 e seg, p. 180 e p. 213.

<sup>27</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS “Curso de Direito Constitucional”-I-2008-p. 387 e 428 e seg.

que a elas se subordinam (como as leis de bases, leis de delegação legislativa e leis de enquadramento) e pode revogar, praticamente, todos os atos legislativos do Governo e submete-los à sua apreciação parlamentar.<sup>28</sup>

Quando muito, poderá constatar-se que, sempre que o Governo tem maioria absoluta no Parlamento reforça essa centralidade governativa e transforma o Parlamento numa instituição “carimbante” de uma boa parte das suas propostas. Isto, pese o fato de, na última década, os próprios deputados da maioria se terem mostrado mais afoitos na alteração das propostas de lei apresentadas pelos Executivos suportados pela respetiva bancada. Em qualquer caso, a centralidade descrita consiste numa prática política própria dos governos maioritários e que ocorre igualmente, embora numa menor medida, em sistemas parlamentares como o inglês ou o espanhol, não deixando de ser reversível em caso de governos minoritários, pelo que em bom rigor a sua emergência cíclica não envolve uma mutação informal. Precisamente, no período entre 2009 e 2011, o Governo minoritário do Primeiro-Ministro Sócrates confrontou-se com uma coligação negativa das oposições que aprovaram leis contrárias aos interesses da maioria, tendo-se aliás demitido no contexto da reprovação pelos deputados das bancadas adversárias de um conjunto de medidas financeiras de rigor.

Finalmente o chamado sistema *primo-ministerial* ou *presidencialismo de primeiro-ministro* que a prática constitucional teria introduzido no sistema político não constitui uma realidade normativa mas um simples efeito, *não permanente*, gerado predominantemente pela existência de uma maioria absoluta parlamentar de apoio ao Governo (monopartidária ou envolvendo uma coligação entre partidos de famílias políticas próximas) e, secundariamente, condicionado pelos perfis de liderança do Primeiro-Ministro e do Presidente da República, bem como por cenários de confluência ou coabitação entre estes dois titulares.<sup>29</sup>

O pendor governativo do sistema político é, assim, uma realidade predominante, mas reversível que depende, em boa parte, da existência dessa maioria parlamentar homogénea, podendo-se desvanecer na ausência dela. Quando o Governo goza do apoio de uma maioria parlamentar absoluta e o Primeiro-Ministro tem um perfil liderante, o domínio do sistema político repousa no Governo e, no seio deste, na figura do Primeiro-Ministro. O protagonismo do Parlamento apaga-se, podendo o papel de supervisão moderadora do Presidente da República flutuar, acentuando-se em cenários de coabitação (presidente eleito por maioria distinta da que pontifica no

<sup>28</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc cit, p.387 e seg.

<sup>29</sup> Para uma explicação desta mecânica, vide CARLOS BLANCO DE MORAIS “Semipresidencialismo on Probation” in AAVV “A Constituição revista- Coord. A. Tavares-Poiars Maduro-Nuno Garoupa-Pedro Magalhães-Fundação Francisco Manuel dos santos (- <http://www.ffms.pt/ebook/5/a-constituicao-revista>)- p. 65 e seg.



Parlamento). Tal ocorreu entre 1987 e 1995 nos governos de Cavaco Silva e regressou entre 2005 e 2009, com o Governo de José Sócrates.

Em cenários de coligação maioritária entre partidos da mesma família e com um Primeiro-Ministro mais compromissório, o protagonismo é do Governo, mas o papel do chefe do Executivo experimenta alguns limites pela ação de ministros-chave que são parceiros de coligação, bem como pela ação de fiscalização e controlo do Presidente da República (caso do governo de Durão Barroso entre 2002 e 2004 e de Passos Coelho no ciclo iniciado em 2011)

Já em executivos minoritários, o protagonismo do Governo atenua-se em face do Parlamento, sem que todavia se apague. Tal ocorreu com os governos quase maioritários de António Guterres (obrigado a negociar políticas públicas no Parlamento) e mais pronunciadamente com o executivo minoritário de José Sócrates entre 2009 e 2011, cujo perfil liderante não lhe permitiu dominar um sistema político marcado por um Parlamento hostil e um Presidente crítico num quadro de coabitação. Nesse ciclo, a Assembleia da República dominada pelas oposições reforçou o seu poder, sendo acusada pelo Executivo de se tornar um “parlamento governante”.

Não é pois, possível, reconhecer uma mutação constitucional no sentido da primoministerialização do sistema político, mas sim anotar a ocorrência de uma prática governamentalizante que tem predominado desde 1987 graças à preponderância de governos maioritários ou quase maioritários. Se o Governo tiver maioria absoluta o Executivo tende a dominar o sistema. Se não dispuser dessa maioria o sistema tende a parlamentarizar-se. Trata-se de algo que não é um exclusivo do semipresidencialismo português já que tem igualmente lugar com outros sistemas de cariz parlamentar como o britânico, o canadiano, o espanhol e, até, o italiano durante o ciclo liderado por Berlusconi. A prática política não criou uma mutação constitucional que tivesse eliminado a componente semipresidencial de geometria variável do sistema político, e nesta os períodos de predomínio parlamentar sempre que existam governos minoritários.

Não deixa de ser certo que as “leis de ferro” politológicas decorrentes da prática política permitem reconhecer que o funcionamento efetivo do sistema político se projeta para além do modelo que se encontra expresso no texto da Constituição, como reconheceu precocemente Lassalle. Por exemplo, em França, pese a circunstância de a Constituição não prever a demissão do Primeiro-Ministro pelo Presidente da República, resulta da prática que, em confluência, o Primeiro-Ministro pede a demissão quando o Presidente lha requer e que, em coabitação, o Presidente não usa da referida faculdade, exceto se ocorrerem eleições parlamentares antecipadas e o partido do Governo perder essas eleições (como sucedeu em 2012). E em Portugal, se é um fato que o Presidente, nos termos da Constituição, é livre para dissolver o Parlamento, a prática conduziu a que apenas o faça como solução de último recurso perante situações de crise.

Perguntar-se-á, então, o que sucederia se, em França, o Primeiro-Ministro num cenário de confluência (Presidente e Governo oriundos da mesma maioria) não se demitisse, ignorando um pedido do Presidente nesse sentido ou se, em Portugal, um Presidente da República decidisse dissolver o Parlamento logo após a sua reeleição, como usualmente ocorre em França, fora do contexto de uma crise política, de forma a favorecer a constituição de uma maioria parlamentar que a ele se pudesse afeiçoar? Sucederia, simplesmente, uma quebra na prática política, que geraria potenciais conflitos partidários e institucionais e criaria condições para uma forte censura na opinião pública, a qual reprovava eventualmente aos referidos protagonistas uma leitura desviante do espírito da Constituição. Todavia, as referidas condutas não seriam juridicamente inconstitucionais, na medida em que não exibiriam desconformidade com os poderes formalmente atribuídos pela Carta Fundamental aos dois órgãos. No caso português, o Chefe de Estado que dissolvesse o Parlamento por razões político-partidárias quebraria um uso político rodeado por um amplo consenso que favorece a sua função moderadora e supra-partidária e poderia, por isso mesmo, ser fortemente questionado no plano político (ficando a sua legitimidade política em causa se das eleições resultantes do ato de dissolução retornasse uma maioria parlamentar idêntica à anterior). Contudo, o ato de dissolução não seria “a se” juridicamente inválido pois na letra da Constituição, a alínea e) do art.º 133.º e o art.º 172.º não limitam o poder de dissolução através da sua ligação à ocorrência de circunstâncias políticas determinadas,<sup>30</sup> convertendo-o, antes, num ato livre insuscetível de derrogação por qualquer costume (atenta a inexistência de uma prova do tempo suficiente que amparasse uma prática consistente em sentido contrário aceite por toda a comunidade). Em suma, a prática limitativa do ato de dissolução a uma solução de último recurso num contexto de crise assume *uma dimensão ordenadora de “soft law” constitucional*, mas não constitui uma norma constitucional cogente.

A par dos casos mencionados terão ocorrido em Portugal outras mutações constitucionais de escasso impacto, geradas pelos órgãos do poder político, que foram evidenciadas pela doutrina portuguesa e italiana:<sup>31</sup> terá sido o caso póstumo dos governos de gestão ( tendo a prévia prática política do estatuto diminuído de um governo demitido nos primeiros governos de Mário Soares na década de setenta influenciado uma alteração formal da Constituição sobre a matéria); o reforço do poder dos Presidentes dos Municípios (que aguarda um consenso para ser formalizado com um maior alcance, através de uma emenda constitucional); e, com maior destaque, o reforço do protagonismo das comissões parlamentares em face do Plenário do Par-

<sup>30</sup> Ressalvados, é certo, determinados períodos e circunstâncias em que a dissolução é proibida, como os primeiros seis meses de uma nova legislatura, os últimos seis meses do mandato presidencial e os estados de exceção.

<sup>31</sup> ANNA CIAMMARICONI ult. loc cit, p. 1730 e seg.

lamento, no tocante à votação das leis na especialidade, consistindo a regra geral atinente à votação na especialidade em comissão o produto de um eventual costume “*contra legem*”, entretanto plasmado no regimento parlamentar ( art.º 150.º do RAR), o qual terá derogado a letra da Constituição que sustenta uma solução inversa ( n.º 3 do art.º 169.º da CRP).

Em conclusão, em Portugal, salvo o caso já aludido da narcotização da Constituição económica pelo direito europeu e pela legislação ordinária, as principais alterações à mesma Lei fundamental decorreram de emendas formais e não de mutações informais geradas pela ação dos órgãos do poder político.

### **3.2. O Tribunal Constitucional na zona undosa e de penumbra entre o desenvolvimento interpretativo da Constituição e as “sentenças de revisão constitucional”**

Fica-nos a jurisprudência do Tribunal Constitucional como fator de transformação constitucional, fonte que não foi especialmente desenvolvida pela doutrina examinada.

A jurisprudência constitucional, em Portugal, teve um papel relevante na construção do direito regional,<sup>32</sup> na configuração das garantias e do modo de exercício de direitos fundamentais,<sup>33</sup> na atualização do direito penal<sup>34</sup> e, em especial, do direito processual penal.<sup>35</sup>

Se bem que a atividade criadora dessa jurisprudência não tenha ultrapassado, em regra, os limites metódicos da interpretação e da concretização de normas e princípios constitucionais abertos, no plano do chamado “desenvolvimento constitucional”, existem domínios de fronteira onde será possível ponderar a eventual ocorrência de transformações constitucionais de fonte jurisprudencial, embora no contexto de uma mutação ou de uma vicissitude análoga, de tipo “puro”.

Assim, decidiu a revisão Constitucional de 2004 substituir o limite positivo de competência legislativa das regiões com autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira, representado até então pelo conceito jurídico indeterminado do “*inte-*

<sup>32</sup> JORGE MIRANDA “A Jurisprudência Constitucional sobre as Regiões Autónomas”-in AAVV “XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa”-Coimbra-2009- p. 419 e seg.

<sup>33</sup> JORGE REIS NOVAIS “Os princípios Estruturantes da República Portuguesa”-Coimbra-2004.

<sup>34</sup> FIGUEIREDO DIAS “O Direito Penal do Bem jurídico como Princípio Constitucional” in AAVV “XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa” op. cit, p. p. 31.

<sup>35</sup> ANABELA RODRIGUES “A jurisprudência Constitucional Portuguesa e a Reserva do Juiz nas Fases anteriores ao Julgamento ou a Matriz Basicamente Acusatória do Processo penal”- in “XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa” op. cit p. 47 e seg.

*resse específico*”, pelo conceito também ele indeterminado de “âmbito regional” (n.º 4 do art.º 112.º e 227.º da CRP). Este último foi gizado implicitamente na base de um escopo predominantemente geográfico, com o desiderato de reforçar a competência legislativa das regiões (no sentido de estas poderem legislar no espaço regional em todas as matérias que nos termos constitucionais ou estatutários, integrassem o referido “âmbito”, afastando-se, assim, uma interpretação centralista que o Tribunal Constitucional fazia do referido interesse e que levou à declaração de inconstitucionalidade de numerosas leis regionais).<sup>36</sup>

Contudo, depois da emenda de 2004, o Tribunal Constitucional decidiu manter, com escassas alterações, o seu prévio entendimento centralista sobre interesse específico, injetando-o na nova noção de “âmbito regional”. Em bom rigor tratou-se, não de uma mutação, mas de uma “contra-mutação”, na medida em que se gerou uma interpretação jurisprudencial conservadora da Constituição que bloqueou a vontade superveniente do legislador subjacente ao “telos” de uma emenda constitucional e conservou em boa parte a própria interpretação do Tribunal inerente a uma norma revogada por essa emenda. Em suma, o legislador pretendeu, através de uma emenda constitucional, alterar o sentido centralista dado pelo Tribunal Constitucional a um conceito indeterminado ancorado numa norma pré-existente, mas o mesmo Tribunal Constitucional reagiu, por via interpretativa, moldando o conteúdo do conceito indeterminado resultante da emenda, de forma a conservar o sentido originário que conferira à norma revogada, ignorando a vontade superveniente do legislador. Dado que estava em causa a descodificação de uma fórmula plástica, essa contrariedade jurisprudencial ao espírito de uma lei constitucional não constituiu um ato visível ou objetivável, pois o legislador e Tribunal terçaram armas na zona de penumbra do referido conceito indeterminado, fazendo o segundo prevalecer, numa linha positivista, uma norma jurisprudencial por si gizada sobre lei constitucional posterior.

Não se abordará a complexa temática do direito processual penal, em boa parte construído pelo Tribunal Constitucional. Aludir-se-á, ainda assim, ao fato de este órgão, nos Acórdãos n.ºs 351/91 e 695/95, ter extraído do princípio da presunção da inocência (n.º 2 do art.º 32.º da CRP) o sub-princípio da proibição de inversão do ónus da prova e, no contexto deste último, o sub-princípio do “direito ao silêncio” (o qual supõe que o silêncio do arguido em juízo, em face da acusação, não possa valer em seu desfavor como admissão dos fatos ou presunção de culpa). Tratou-se de uma solução criativa de índole garantística e operada em favor do arguido, na fronteira entre a interpretação extensiva e a mutação deslizante (que alarga uma a solução interpretativa de índole criativa dada a uma norma explícita, a institutos próximos ou conexos com o anterior não previstos no texto, mediante uma técnica que relembra a “*slippery role*” da Justiça Constitucional).<sup>37</sup>

<sup>36</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS “Curso (...)” op. cit, p. 487 e seg.

<sup>37</sup> LAWRENCE TRIBE “The Invisible Constitution” op. cit, p. 199 e sg.

Contudo, os tempos estão a mudar e o Tribunal Constitucional poderá ter ensaiado timidamente, algumas incursões domínio das mutações informais da Lei Fundamental, ditadas pela via jurisdicional.

Um caso menos recente foi o do Ac. n.º 786/96, no qual o Tribunal Constitucional se limitou a seguir o sentido da jurisprudência contrária à Constituição dos tribunais administrativos que impunha, no fundo, uma alteração material implícita ao n.º 3 do art.º 282.º da CRP. Alteração que implicava que, a par da salvaguarda da coisa julgada enunciada no mesmo preceito em relação aos efeitos repressivos “*ex tunc*” de uma declaração de inconstitucionalidade, se salvaguardasse igualmente o ato administrativo inimpugnável, uma figura extra-constitucional de natureza distinta da do caso julgado e insuscetível de ser aditada ao n.º 3 do art.º 282.º da CRP mediante qualquer tipo de analogia.<sup>38</sup>

Na verdade, a segurança jurídica da coisa julgada inere à paz jurídica e ao estabelecimento de um momento a partir do qual se impõe um termo à luta pelo direito, sendo selada por uma decisão jurisdicional ordinariamente irrecorrível. Já a segurança do caso administrativo decidido não tem qualquer cobertura jurisdicional, visa evitar a intervenção dos tribunais e envolve, em regra, um ato inválido e anulável (como efeito da declaração da inconstitucionalidade da norma que lhe serve de suporte) que se torna, todavia, inatacável contenciosamente mediante ação administrativa especial, pela circunstância de não ter sido impugnado nos prazos devidos, em sede do contencioso administrativo. Por outro lado, a salvaguarda do caso julgado em relação aos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, prevista no referido n.º 3 do art.º 282.º, conforma uma norma excecional em face do n.º 1 do mesmo artigo. Ora, constitui um princípio dogmático a proibição da analogia em relação a normas excecionais (art.º 11.º do Código Civil).<sup>39</sup>

Ao ignorar esta realidade, sem fundamentar a sua decisão, o Tribunal Constitucional crismou um ensaio (precário) de mutação *contra constitutionem* desenvolvida pelos tribunais administrativos que consideravam os atos de aplicação das normas declaradas inconstitucionais como atos anuláveis e não como atos nulos (tendo o Supremo Tribunal Administrativo entretanto revisto, em parte, a sua posição em matéria de violação de direitos fundamentais, considerando nulos os atos violadores desses direitos nos termos do art.º 133.º do Código de Procedimento Administrativo, sem que o Tribunal Constitucional tenha, consequentemente, seguido esta mudança de orientação).

<sup>38</sup> Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS “A Querela da Intangibilidade do Caso Decidido inconstitucional”- in AAVV “Direito Constitucional Estado de Direito e democracia”- Homagem Ferreira Filho- Coord Horbach-Menezes de Almeida-Amaral Júnior - Stiffelmann Leal- S. Paulo-2011-p. 155.

<sup>39</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS ult. loc. cit, p. p. 188.

Outro caso foi evidenciado no Ac. n.º 121/2010 relativamente ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, no qual o Tribunal Constitucional desvitalizou (ou derogou tacitamente) o disposto no n.º 2 do art.º 16.º da CRP, que determina que as normas sobre direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), documento internacional que assume valor paramétrico do texto constitucional em matéria de direitos.

Havendo que interpretar a noção supostamente neutra de “casamento” no texto da Constituição portuguesa (casamento que é um direito fundamental e uma garantia institucional), verifica-se que o art.º 16.º da DUDH declara que o mesmo instituto consiste numa relação entre um homem e uma mulher. Contudo, o Tribunal entendeu que a Declaração só se aplicaria ao caso “*sub iudicio*” se envolvesse uma interpretação mais favorável aos direitos fundamentais do que a que resultaria da letra da Constituição. Esta sentença amputou, sem fundamento material, o comando jurídico do n.º 2 art.º 16.º da CRP que impõe que a DUDH opere como parâmetro interpretativo geral, tanto na sua dimensão “bonificadora” de direitos como na sua dimensão restritiva. Ao ditar por razões políticas ou de conveniência social, uma ablação a esta última dimensão da norma, esvaziando o “*telos*” e o alcance pleno da receção da DUDH pela Constituição da República, o Tribunal produziu uma alteração informal da Constituição com alcance redutivo que depreciou o sentido útil de um dos grandes princípios estruturantes dos direitos liberdades e garantias, cujo sistema é defendido por uma cláusula pétrea.

Finalmente, teremos o caso do Ac. n.º 353/2012 com o qual abrimos esta intervenção e sobre cujo conteúdo já nos pronunciámos na primeira rubrica do presente texto.

#### **4. Da legitimidade e validade das mutações informais geradas pela jurisprudência dos tribunais constitucionais**

##### **4.1. Os ciclos das mutações informais da Constituição**

Para além do caso particular dos Estados Unidos da América, o *primeiro ciclo* das mutações iniciou-se na Europa ainda no Século XIX, tendo diversas transformações informais e silentes à Constituição derivado de fatores como:

- i) A ação dos executivos dependentes do Monarca (com a aprovação não prevista na Constituição, dos chamados “decretos ditatoriais”, dotados de força de lei e exculpados posteriormente por *bills* de indemnidade parlamentares); a criação de cargos fora dos seus pressupostos constitucionais, como foi o caso da figura do

“lugar tenente” como substituto do Chanceler alemão na Constituição de 1871; e, ainda, quadros de desvio de poder no exercício de funções políticas (tal como sucedeu com o uso de competências de exceção do Presidente do Reich na Constituição de Weimar mediante a invocação do art.º 48.º para lidar com questões não contempladas nos seus fins, como a queda do marco);

ii) A difícil implantação do federalismo em certos Estados como na Alemanha, depois da aprovação da Constituição imperial de 1871 (a qual reunia Estados liberais e estados absolutistas numa construção ambígua entre confederação e federação, não prevendo por exemplo no seu texto, a incorporação de novos territórios na União Alemã, o que não impediu que a mesma se concretizasse, e também não prevendo uma repartição completa e satisfatória de competências legislativas entre os estados e o Reich, o que implicou que a leitura dominante dessa repartição fosse feita a partir das leis federais).

Tratou-se de um tempo em que Justiça Constitucional inexistia ou dava os seus primeiros passos (mormente em Tribunais de conflitos constitucionais de ordem territorial), e em que a admissibilidade das mutações vacilava entre posições mais abertas (Paul Laband) ou mais fechadas (Jellinek).<sup>40</sup>

O *segundo ciclo*, parcialmente sobreponível ao primeiro no plano temporal, mas que teve expressão mais relevante desde o termo das Monarquias dualistas até ao tempo presente, erigiu os Parlamentos a principais protagonistas de mutações, ganhando dimensão os costumes de génese parlamentar, leis integrativas de lacunas constitucionais e leis contrárias a normas constitucionais desvitalizadas (vide o caso da Constituição de Weimar, marcada por leis ordinárias derogatórias da Constituição para casos singulares e emendas constitucionais tácitas).

O *terceiro ciclo*, iniciado na Europa após a segunda guerra mundial, teve como autor fundamental a Justiça Constitucional. Trata-se de uma realidade com antecedentes nos Estados Unidos durante o período oitocentista, tendo medrado em torno da “*loose construction*” jurisprudencial e dos “*poderes implícitos*”. Ora, na Europa e também a América Latina, os tribunais constitucionais, erigidos a guardiões da Constituição, passaram não poucas vezes, sob o pretexto de interpretar a Carta Fundamental, a injetar-lhe inovações que se configuraram como verdadeiras mutações.

A revelação criadora de normas constitucionais pelos tribunais constitucionais através de uma interpretação evolutiva e transformadora coloca três problemas: i) o primeiro é de se saber se essa criação ou transformação envolve uma autêntica muta-

<sup>40</sup> Cfr. sobre o tema ANA SANCHEZ URRUTIA “Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto”-Revista Española de Derecho constitucional”-Año 20-200-58-p.108 e seg.

ção; ii) O segundo, pretende aferir se a referida transformação é ou não inconstitucional; iii) E o terceiro implica uma resposta sobre os remédios do Estado de direito perante as situações em que é o próprio Guardião da Constituição, como relembra Manuel Gonçalves Ferreira Filho, a alterar a Lei Fundamental que se encontra à sua guarda.<sup>41</sup>

#### 4.2. Interpretação criativa dos tribunais constitucionais e mutação jurisprudencial

A definição e a identificação de uma mutação constitucional operada ou ensaiada por via interpretativa não é uma operação fácil, sob um ponto de vista dogmático.

É possível, preliminarmente, falar em mutação constitucional informal por via da interpretação jurisprudencial quando as jurisdições constitucionais, com ou sem conexão com o direito constitucional positivo, revelam critérios materiais de decisão de natureza inovadora que não defluem “*prima facie*” da semântica do texto da Lei Fundamental e que implicam alterações constitutivas no ordenamento constitucional.

Existem, todavia, operações interpretativas que evoluindo “paredes meias” em relação à mutação não constituem, em bom rigor, genuínas alterações tácitas da Constituição, na medida em que defluem do preceituado constitucional por via de extensão, de subsunção, de atualização teleologicamente fundada, de concretização lógica e axiologicamente justificada ou de ponderação constitucionalmente orientada.

A título exemplificativo, Böckenforde,<sup>42</sup> numa aproximação seletiva-negativa, considerou não se inscreverem na figura das mutações, as seguintes situações que se passa a mencionar.

O *primeiro caso* reporta-se a alterações no âmbito da realidade da vida regida pelas normas constitucionais que modifiquem a relação de significado destas últimas. Será o caso, evidenciado por Tribe, da noção de “*free speech*” que não se reporta apenas à expressão oral mas envolve também a expressão escrita, a expressão gestual e a que se encontra inscrita em imagens, *posters* e panfletos.<sup>43</sup> É, igualmente, na Constituição portuguesa, o caso das normas constitucionais sobre liberdade de imprensa previstas no n.º 38.º da CRP que se aplicam, com adaptações, aos meios de comunicação social áudio-visuais e eletrónicos. E terá sido, já no contexto de uma maior proximidade com uma forma benigna de mutação, o caso que envolveu na ordem

<sup>41</sup> MANUEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, op. cit, p. 19 e seg.

<sup>42</sup> BÖCKENFORDE “Estudios Sobre el Estado de Derecho y la Democracia”-Madrid-2000-p. 185.

<sup>43</sup> LAWRENCE TRIBE “The Invisible Constitution”-(...) cit -p. 25.



interna portuguesa o valor atribuído às pensões das viúvas de cônjuges mortos em acidentes de trabalho que era superior ao dos viúvos em iguais circunstâncias, solução que, não sendo originariamente inconstitucional, se tornou gradualmente com o tempo e as circunstâncias, ofensivo do princípio da igualdade. Isto, a partir do momento em que as mulheres passaram a afluir ao mercado de trabalho e se procedeu à igualização do estatuto remuneratório entre homens e mulheres, tendo o Tribunal Constitucional português julgado essa inconstitucionalidade através de uma sentença aditiva (Ac. n.º 449/87).

A *segunda situação* prende-se com a descodificação jurisprudencial de conceitos jurídicos indeterminados através da elucidação dos mesmos, feita a partir de uma zona de clareza pré-definida no texto da Constituição. Por exemplo, em Portugal, a noção de questões da competência dos órgãos de soberania “respeitantes às regiões autónomas” prevista no n.º 2 do art.º 229.º da CRP, as quais obrigam à audição dos órgãos de governo regional pelo legislador soberano foi definida inovatoriamente pela justiça Constitucional, um pouco à luz da antiga definição de interesse específico, noção também ela de criação jurisprudencial. O Tribunal Constitucional criou interpretativamente um verdadeiro parâmetro normativo de valor constitucional embora com reporte direto ao direito posto ou decidido, cuja indeterminação foi propositadamente equacionada pelo legislador para que o citado parâmetro fosse densificado pela Justiça Constitucional.

A *terceira situação* respeita ao desenvolvimento e concretização de conceitos extrajurídicos como os de ordem ética quando as normas constitucionais para eles explicitamente remetem. Na verdade, seguindo-se a linha positivista dita inclusiva de Herbert Hart,<sup>44</sup> quando a Constituição remete a clarificação do conteúdo de certas disposições para conceitos ou padrões de referência extrajurídicos, a interpretação daquelas faz-se à luz do significado próprio desses padrões. Tal sucede, por exemplo, com a elucidação de fórmulas como “moralidade”, “probidade”, “penas degradantes” e “dignidade da pessoa humana” (cfr. no Brasil, como decisão híbrida, a ADI 661-MC sobre a noção de “moralidade administrativa” e a Súmula Vinculante n.º 12 sobre nepotismo e princípio da moralidade administrativa a qual terá ficado a meio caminho entre interpretação concretizadora e mutação, talvez no hemisfério da primeira).

A *quarta e última situação* tange com diversas variantes da construção interpretativa jurisprudencial incidente sobre normas abertas que declaram e configuram direitos fundamentais, sendo este o domínio mais poroso entre mutações informais e desenvolvimento hermenêutico da Lei Fundamental sobre o qual é difícil, à priori, traçar critérios especialmente definidos. Isto, na medida em que a construção da “irradia-

<sup>44</sup> H.HART-PENELOPE BULLOCH-J. RAZ “Post Scriptum al Concepto de Derecho”-Mexico-2000-p. 26.

ção” de efeitos vinculativos das normas que configuram os direitos para determinado domínio pode envolver, em certos casos, autênticas mutações.

Já mais explicitamente no universo das decisões com um “*quid*” inovatório da Justiça Constitucional que potenciam mutações constitucionais, importa referir, a título exemplificativo, três situações.

A primeira prende-se com uma *decisão que revele a presença de uma norma pré-existente*.

Essa norma poderá ter sido consolidada gradualmente através de um costume “*prae-ter*” e “*contra constitutionem*” ao qual falte um reconhecimento superior que crisme ou torne inequívoca a sua obrigatoriedade constitucional. Poderá, ainda ser uma norma constante de lei ordinária ou de convenção internacional que crie um direito fundamental análogo a um direito constitucionalizado e cuja natureza cabe ao tribunal qualificar mediante um poder interpretativo dotado de uma eficácia normativa próxima à de um legislador constitucional (como seria a situação de norma materialmente constitucional ínsita numa lei ou num tratado que consagrasse um direito fundamental fora do catálogo, nos termos do n.º 1 do art.º 16.º da CRP). Poderia, ainda, estar-se diante de uma norma sedimentada “*contra constitutionem*” por fenómenos de caducidade ou perda de efetividade normativa (caso da nominalização de parte da Constituição económica portuguesa, no contexto exemplificativo da extinção dos latifúndios, caso o Tribunal Constitucional se pronunciasse sobre a matéria).

A segunda situação envolve a *aplicação das normas constitucionais a novas e relevantes decorrências jurídico-normativas não configuradas no texto e ainda não representadas ou totalmente consolidadas na comunidade jurídica* (vide o caso Lüth na Alemanha, BverfGE, 7, 198) sobre a dupla qualificação dos direitos de liberdade, oponíveis não apenas frente ao Estado, mas igualmente às relações privadas.<sup>45</sup>

Finalmente, teremos o cenário em que *é a própria Justiça Constitucional a introduzir uma norma inovadora a partir de uma releitura do espírito ou da prática constitucional, mas sem sustentação no texto, na finalidade da norma ou na vontade do legislador*. Cenário em que o Tribunal, ao cabo e ao resto, “*inventa uma disciplina constitucional que não existe*”<sup>46</sup> (caso dos três Acórdãos do Tribunal Constitucional português e, no Brasil, de uma boa parte jurisprudência citada por Manuel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>47</sup> impondo-se destacar o MS 26.602 relativo à questão da fidei-

<sup>45</sup> BÖCKENFORDE ult. loc. cit -p. 191 e seg.

<sup>46</sup> Aproveita-se, para o caso em exame, uma frase sobre as sentenças aditivas discricionárias de LUDOVICO MAZZAROLLI “Il Giudice dele Leggi tra Predeterminazione Costituzionale e Creatività”-Padova-2000-p. 76.

<sup>47</sup> MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO “Alteração e Mudança (...)”, op. cit.

dade partidária, o MI 708/DF relativo aos efeitos substitutivos do mandado de injunção associados a uma eficácia ampliada ou “*erga omnes*” e a ADI 4277 e ADPF 132 sobre a união familiar homoafetiva).

Frequentemente é referido que certas formas de interpretação ativista da Justiça Constitucional decorrem, a par das delegações tácitas que o legislador constitucional lhe confere através de normas excessivamente abertas, também de deficiências técnico-jurídicas na conceção de normas constitucionais. Se essa é uma realidade, sucede também que normas produzidas perante uma técnica legislativa inatacável podem quedar-se desvitalizadas ou distorcidas em consequência de deficientes técnicas interpretativas jurisdicionais ou de operações interpretativas fictícias que albergam uma decisão modificativa de conteúdo político.<sup>48</sup>

#### 4.3. Mutações jurisprudenciais “puras” e “impuras”

A fronteira difusa entre a construção interpretativa da Constituição e as emendas tácitas de criação jurisprudencial remete-nos para o tema das mutações “puras” e “impuras”,<sup>49</sup> as quais se pautam, respetivamente pela sua não inconstitucionalidade e pela sua contrariedade à Constituição.

Dizer como Häberle que “*a mutação é um problema de interpretação*”<sup>50</sup> é dizer muito pouco. Isto porque, se é um fato que diversas formas de mutação resultam reflexamente de uma atividade interpretativa da Constituição metodicamente fundada e desenvolvida pela Justiça Constitucional no exercício dos seus poderes de controlo,<sup>51</sup> outras há em que a interpretação é apenas um “*leit motiv*” para a própria Justiça Constitucional crismar uma alteração “*ex novo*” da Lei Fundamental. É o caso das situações problemáticas, em que os tribunais constitucionais legitimam um verdadeiro fato consumado que envolve por parte do poder político uma inobservância do programa normativo ínsito Lei Fundamental. E é o caso da exorbitância do exercício dos poderes de controlo da constitucionalidade e da atividade interpretativa

<sup>48</sup> ANTONIO RUGGERI “Revisione e Interpretazione della Costituzione Attraverso il Prisma dei Giudizi sulla Legge”-*Diritto e Società*”-4-2000-4-p. 624.

<sup>49</sup> Cfr. MICHELE CARDUCCI “Sobre a Distinção entre Mutações Constitucionais Informais “Puras e Impuras”-*Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*”-Belo Horizonte-Ano 4-nº 15-2011; e RONALDO GUIMARÃES GALLO “*Mutação constitucional*”- “*Jus Navigandi*”, nº 63, 2003.

<sup>50</sup> Häberle Cit por BÖCKENFORDE ult. Loc cit, p. 191 e seg.

<sup>51</sup> Como é o caso da atestação ou revelação de alterações constitucionais já consolidadas e oriundas de práticas e costumes consistentes, da introdução de direitos fundamentais de natureza análoga aos direitos constitucionalizados sempre que à hipotética analogia falem atributos próprio de uma “lógica parcial”, do reconhecimento do desuso de normas, da aceitação da prevalência de direito supranacional quando for o caso e do desenvolvimento constitucional mediante uma interpretação evolutiva e construtiva.

que lhe inere, por um Tribunal Constitucional que decide ele próprio alterar o programa normativo-constitucional mediante uma sentença que contém materialmente autênticas derrogações e aditamentos inovadores à Carta Fundamental, carentes de amparo no texto. Nestas situações é a interpretação jurisprudencial que passa a constituir um problema para a garantia da Constituição, na medida em que resvala para uma autêntica revisão constitucional operada à margem do procedimento constitucional devido e da vontade democraticamente expressa pelo legislador constitucional.

Coloca-se, quanto a este ponto, a questão mais importante mas menos satisfatoriamente desenvolvida pela doutrina sobre as mutações e que foi evidenciada com precisão por Konrad Hesse:<sup>52</sup> quais os limites jurídicos da mutação constitucional?

Na medida em que, no tempo presente, a gênese das mutações passa pelo crivo dos tribunais constitucionais ou pelo seu próprio protagonismo criador, os limites em causa terão esses tribunais como seus destinatários primários.

Na verdade, uma cómoda renúncia à densificação de limites jurídicos efetivos à mutação informal não é aceitável pois significaria: a “legitimação do fato consumado”;<sup>53</sup> a negação da função da Constituição como limite jurídico superior do poder político;<sup>54</sup> a negação do fim compromissório da rigidez constitucional;<sup>55</sup> a negação do princípio democrático como fonte da legitimidade do poder constituinte e do poder de revisão;<sup>56</sup> e a negação do princípio do Estado de direito Constitucional que supõe a subordinação dos centros de poder político ao direito estabelecido, com exclusão do arbítrio inerente ao império dos fatos.<sup>57</sup>

Por conseguinte, para ser válido, o direito jurisprudencial deve progredir a partir da norma constitucional positiva e democraticamente decidida. Impõe-se, assim, que a interpretação constitucional que envolva criatividade normativa (a qual pode ou não implicar uma mutação) não exorbite a sua função de desenvolvimento evolutivo do

<sup>52</sup> KONRAD HESSE “Limites da Mutação Constitucional” p. cit, p.164 e seg.

<sup>53</sup> KONRAD HESSE ult. loc cit, p. 171.

<sup>54</sup> O movimento constitucionalista nasceu, no contexto de uma reação contra o absolutismo, como doutrina que preconizava a existência de uma “Higher Law” destinada a separar os poderes e a estabelecer entre eles controlo inter-orgânicos, como forma de limitar o seu exercício, na medida em que, tal como evidenciava Montesquieu, “s  o poder limita o poder”.

<sup>55</sup> A rigidez constitucional tem como escopo garantir a hierarquia da Constituição e estabelecer através de uma via procedimental agravada trâmites que faç m depender a alteração da mesma Lei Fundamental da adoção de amplos compromissos entre os representantes do povo.

<sup>56</sup> O povo é a única fonte do poder constituinte e do poder de revisão, pelo que não   admissível, em democracia, introduzir alterações constitucionais inovadoras não ratificadas pela vontade popular.

<sup>57</sup> Os fatos políticos, no contexto de um Estado subordinado ao direito, devem ser conformes ao direito e não o inverso, sob pena da legitimação do arbítrio.

“*direito posto com anterioridade*” por um decisor democrático e não se converta, ao invés, em algo meramente “*proposto*” pelo Tribunal que controla a constitucionalidade.<sup>58</sup> Tal não inibe a mesma interpretação de assumir uma feição evolutiva e adaptativa, aperfeiçoando, atualizando ou reconstruindo conceitos constitucionais face a novas situações da vida, integrando criteriosamente lacunas da própria Constituição, operando extensões normativas da Carta Fundamental a situações conexas e, como diz Tribe,<sup>59</sup> escavando, na raiz das normas as suas premissas de modo a ajustá-las a situações carentes de tutela.

Uma mutação “pura” resultante de uma operação interpretativa exige que esta se não separe da norma interpretada devendo fidelidade ao programa normativo desta última, tal como é enfatizado por Bockenförde, por Hesse e pelo próprio Friedrich Müller.<sup>60</sup> Essa exigência envolve o uso de um método jurídico.

Como tem recordado Gomes Canotilho em conferências recentes e para decepção de alguns dos seus admiradores, a Constituição é lei, é direito; a produção, aplicação e interpretação do direito são inseparáveis de uma Ciência jurídica; e a ciência reclama um método de recorte dogmático, pois não há ciência sem método. Ora, numa Constituição em sentido formal, o texto constitucional é necessariamente o ponto de partida de uma operação interpretativa válida, pelo que, tanto a simples interpretação constitucional, como uma mutação “pura” que seja revelada interpretativamente por via jurisprudencial carecem de validade a partir do momento em que se revelem ilógicas em face do disposto no texto constitucional ou em que a norma jurisprudencial contrarie objetivamente o enunciado normativo. Haverá, pois que equilibrar a realidade dos fatos com a função ordenadora da Constituição, não podendo a primeira impor-se sobre a segunda, sem um largo assentimento ou uma reforma constitucional.

É certo que o programa normativo da Constituição não se reduz apenas ao texto, já que o preceito constitucional que declara um princípio ou uma regra constitucional envolve realidades fáticas que são o seu pressuposto, o seu efeito ou que se encontram implícitas por conexão material necessária no seu “âmbito normativo” de previsão ou de estatuição. E é igualmente certo que alterações relevantes nesses fatos ou no ângulo da sua apreciação objetiva podem integrar o chamado “âmbito normativo” da norma constitucional e justificar uma mudança no sentido primitivo da referida norma, cabendo à jurisprudência demonstrar a ocorrência de uma alteração na sua

<sup>58</sup> BÖCKENFORDE ult loc cit, p. 193.

<sup>59</sup> TRIBE *The Invisible (...)* op. cit, p. 194) qualifica a apreensão interpretativa das raízes e premissas dos direitos positivados em normas textuais no método “geológico” de identificação da Constituição invisível.

<sup>60</sup> BÖCKENFORDE ult loc cit 193 e seg; HESSE, ult. loc cit, p. 168; FRIEDRISH MÜLLER “Discours de La Methode Juridique”-Paris-1997- p, 275 e seg.

relação de significado, demonstração que não dispensa uma fundamentação exigente através de “critérios comprováveis”.<sup>61</sup> Todavia, já não será legítimo impor, como fator exogenético de mutação: fatos que não tenham uma evidente relação material de cabimento no âmbito normativo; o recurso a linhas de reflexão tópicas fundadas numa exuberância argumentativa de ordem filosófica e ideológica que indicie por parte do intérprete um marcado subjetivismo na apreciação dos fatos; e a formulação de soluções normativas consumadas e mudas que contrariem a exigência de fundamentação e o princípio da publicidade.

Em suma, não parece aceitável uma mutação exogenética decorrente de uma operação interpretativa aparente, em que se separe o princípio ou regra constitucional interpretada, do produto final da interpretação, decorrendo este de uma construção inventiva juiz a partir de conjugações dispersas de valores (constitucionais ou morais) ou de juízos que envolvam a derrogação de uma regra constitucional expressa por um molhe de princípios livremente interpretados. Esta última situação poderá ter ocorrido na decisão do STF do Brasil (ADI 4277 e ADPF 132) sobre a união homoafetiva em que se conferiu a princípios jurídicos plásticos uma prevalência sobre uma regra constitucional inequivocamente portadora de um mandado de definição, solução que nem a Constituição, nem os critérios dogmáticos de relações entre normas autorizam.

Independentemente de o conteúdo da solução que prevaleceu poder ter a sua pertinência política e social,<sup>62</sup> embora em sede de emenda constitucional, o fato é que, a sua revelação por via jurisprudencial envolveu a criação política de uma norma constitucional pelo juiz a partir de princípios, afastou uma regra constitucional consonante com o programa normativo da Constituição e afetou o princípio dogmático da especialidade que, entre normas de idêntica hierarquia, confere prevalência à norma especial ou menos extensa, sobre a norma mais extensa ou mais indeterminada.

Ao ter-se feito prevalecer a hierarquia de princípios sobre regras e ao ter-se destornado os critérios dogmáticos de relações entre normas ensaiou-se, voluntariamente ou não, uma abordagem de inspiração neoconstitucionalista em sede de controlo de constitucionalidade, a qual não deixou de implicar uma rotura de paradigma, de questionar o papel da segurança jurídica na garantia da Constituição (passando o império dos princípios sobre as regras a impedir um mínimo de calculabilidade sobre o desfecho dos processos e a validade das condutas) e criando-se um precedente

<sup>61</sup> HESSE, op. cit p. 167.

<sup>62</sup> Contrariamente ao casamento, que natural e historicamente é uma instituição privativa de relações entre sexos diferentes, a união entre pessoas, que é um instituto diverso e relativamente novo, pode envolver parecerias heterossexuais ou homossexuais, contanto que a Constituição que regula a mesma figura, o admita.

sobre uma hipotética precedência entre categorias de normas constitucionais que abre uma “caixa de Pandora”.

Não constituirá, igualmente, uma mutação pura, uma operação integrativa de lacunas fictícias da Constituição, através de normas jurisprudenciais inovadoras não fundadas em regimes homólogos e não suscetíveis resultarem de um recurso válido à analogia (como é o caso, em Portugal, da salvaguarda de atos administrativos inimpugnáveis em relação aos efeitos repressivos de inconstitucionalidade por pretensa analogia com a salvaguarda do caso julgado como resulta do Ac. n.º 786/96 e da antiga jurisprudência dos tribunais administrativos que este aresto homologa).

Será, também, com grande probabilidade, uma mutação “impura”, toda a criação normativa jurisprudencial que contrarie o “*aquis* constitucional” sobre uma dada matéria e substitua o programa normativo da norma interpretada, modificando a esfera das competências explícitas dos órgãos de poder (salvo o caso de uma inefetividade funcional de poderes, largamente assumida pela comunidade, nunca as competências implícitas podem contrariar competências explícitas). Tal seria o caso da “mutação constitucional” declarada no voto de alguns ilustres Juizes do STF (Reclamação n.º 4.335-A/AC que aguardaria ainda visto de um dos mesmos Juizes mas que terá sido superada pela Súmula vinculante n.º 26 que solucionou a questão em concreto relativa à temática dos crimes hediondos) e que implicasse a remoção, por sentença judicial, dos poderes explícitos do Senado brasileiro quanto à possibilidade de suspender com força “*erga omnes*”, normas julgadas inconstitucionais em concreto pelo STF e a simultânea transferência desses poderes para o referido Tribunal, sem que a referida norma tivesse inequivocamente caído em desuso. Independentemente do acerto da solução final proposta, neste caso, por Gilmar Mendes, com a qual se concorda (atribuir força “*erga omnes*” às decisões da Justiça Constitucional proferidas em controlo concreto, a qual defendemos há muito, também para a ordem jurídica portuguesa por razões de segurança jurídica e economia processual<sup>63</sup>), entende-se que a mesma solução só pode ser operada por via de uma emenda, e não por uma mutação feita ao arrepio da tradição constitucional brasileira e da vontade constituinte expressa em 1988.

Finalmente, configura uma mutação de validade controvertida a substituição jurisprudencial do pensamento dogmático por soluções tópicas carentes de fundamentação ou de consenso na comunidade jurídica (sendo o último caso o do Acórdão 343/2012 do Tribunal Constitucional português, já aqui aludido na primeira rubrica deste artigo).

Este é o espetro, puramente exemplificativo, de eventuais mutações “impuras” à Constituição de génese jurisprudencial que envolvem um potencial vício de usurpa-

<sup>63</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS “Justiça Constitucional (...)”-II- op. cit-p. 1066.

ção de poderes e que, por essa circunstância, merecem algumas prevenções adicionais.

#### **4.4. A Justiça Constitucional como um poder limitado pela Constituição, pela teleologia da sua função de controlo e pelo dever de fundamentação das suas decisões**

As Constituições nasceram imbricadas ao Estado de direito como instituto jurídico e político destinado a limitar o poder. Primeiro o poder absoluto dos monarcas e depois a onnipotência maioritária dos parlamentos.

Restou, porém, no processo de evolução da Constituição e das suas garantias, um défice em termos de limitação de um dos três poderes fundamentais do Estado: trata-se do poder dos tribunais constitucionais para o qual não existe um heterocontrolo com eficácia definitiva por parte de qualquer outra instância. E não existe, porque o Tribunal Constitucional nasceu idealisticamente como um poder independente, investido na missão de defesa da Constituição contra as normas inconstitucionais oriundas dos restantes poderes; porque é um órgão de controlo e os órgãos de controlo, em tese e à luz da Constituição, não devem deter competência para emitir normas positivas inovadoras que careçam de ser fiscalizadas;<sup>64</sup> e porque, sendo um Tribunal (embora com uma morfologia política, em razão do objeto e do modo de designação dos seus titulares), deve a mesma jurisdição atuar ao abrigo dos atributos constitutivos da função jurisdicional, compondo imparcialmente conflitos entre normas de hierarquia diversa, de acordo com critérios regidos pelo direito, o que exclui o seu protagonismo como decisor político ou como vigário do legislador.

Ora, a partir do momento em que o custódio jurisdicional, fundado no prestígio social que deriva do seu estatuto de imparcialidade e conhecimento técnico, se auto-investe numa posição discreta e informal de legislador constituinte ou de poder de reforma constitucional de ocasião, produzindo no plano material verdadeiras emendas constitucionais para as quais não existe heterocontrolo, emerge um problema de difícil resolução a nível dos poderes do Estado e a nível da própria Ciência Jurídica.

A Constituição originária é obra de um poder constituinte soberano e democraticamente legitimado no povo, pelo que a emenda às suas normas constitui reserva da representação popular, através de um assentimento expresso em maiorias parlamentares qualificadas que não estão ao alcance do legislador ordinário. Ora, sendo legítimo ao judiciário interpretar evolutivamente a Constituição, já será mais duvidoso

<sup>64</sup> As súmulas vinculantes no Brasil são normas de génese jurisprudencial que, nos termos constitucionais, não podem inovar, mas sim corporizar e simplificar o sentido de uma norma interpretada por decisões jurisdicionais anteriores que lhe servem de precedente.



que, fora de cenários objetivos de caducidade possa, a coberto dessa interpretação, substituir normas formalmente constitucionais por normas jurisprudenciais ou, então, aditar silenciosamente, sem consenso público, novas normas “ideais” à Carta Fundamental. Nesses casos, a reserva de competência parlamentar pode ser ofuscada pelo órgão especificamente criado para a garantir. Embora ainda não seja esta a situação de Portugal e mesmo do Brasil, existe algum “*fumus malus iuris*” que por vezes ressalta de algumas sensibilidades que sustentam um paradigma de judiciário convertido no “*supra-ego*” do sistema político, narcisisticamente apaixonado pelo seu próprio positivismo jurisprudencial, indiferente ao legislador democrático e à Ciência do Direito, a qual, como advertem certos autores é destronada altivamente por alguma jurisprudência auto-referencial.<sup>65</sup>

Como as Constituições não anteviram meios de custodiar o custódio, as mutações “impuras” envolvem um problema crítico de alta política constitucional para o qual existem escassos remédios, todos eles implicando dilemas complexos na interdependência de poderes e um elevado grau de tensão política e institucional.

O círculo restrito de decisores do Tribunal Constitucional impõe-se, não tanto pela sua legitimidade democrática indireta, mas mais pelo seu estatuto de magistrados de uma jurisdição suprema a quem cabe ter “*le dernier mot*” sobre a validade das normas, quando confrontadas com o parâmetro da Constituição. É sempre possível, em teoria, ao poder político democrático reivindicar o incumprimento de componentes normativas ilegítimas das sentenças, com fundamento na sua *inexistência jurídica*<sup>66</sup> decorrente de uma usurpação de poderes.<sup>67</sup> Contudo, trata-se de um cenário reservado para situações extremas nas quais seja desfigurada a essência do programa constitucional e a própria identidade da Constituição, pelo que o mesmo nunca ou quase nunca foi convocado. E, a bem da verdade, qualquer eventualidade de não acatamento de decisões, mesmo que duvidosas, da Justiça Constitucional transmite uma ideia difusa de quebra da legalidade, de desobediência ou de deslegitimação institucional do poder político que assim age, mesmo que as suas razões sejam procedentes e a Justiça Constitucional atue como um verdadeiro governo judiciário.

Existem, de qualquer forma, modos de reação institucional que fizeram, por vezes, as jurisdições recuar.

<sup>65</sup> SCHLINK cit por PABLO LUCAS VERDÚ “La Constitución Abierta y sus Enemigos” Madrid-1993-p.90. A justiça constitucional teria por vezes a pretensão, segundo o autor, de dizer e impor o que é a Constituição e transformar por arrasto a Ciência do Direito, fomentando a criação de um positivismo jurisprudencial através da revelação “*ex cathedra*” de verdadeiros critérios normativos.

<sup>66</sup> CARLOS BLANCO DE MORAIS “Justiça Constitucional” - I-2006- p. 193 e seg.

<sup>67</sup> Quando um órgão exerce uma função do Estado que se lhe não encontra atribuída incorre neste vício de incompetência agravada.

Assim, os órgãos do poder político reagem em cenários complexos de bloqueio gerados por decisões políticas da Justiça Constitucionais (sejam elas protagonistas, ou não, de mutações), através da emenda constitucional ou da ameaça da sua aprovação.

Nos Estados Unidos da América, o Presidente Roosevelt, frente ao bloqueio das suas políticas sociais pelo STF, mormente pela ação dos chamados “quatro cavaleiros do Apocalipse” que mediante uma interpretação exuberante e criativa feita a partir de liberdades negativas, construíram um defeso contra as mesmas políticas, fez-se em 1936 “plebiscitar”<sup>68</sup> numa reeleição para a Presidência e nas eleições para o Congresso, onde obteve larga maioria, como forma de obter legitimidade política para brandir uma emenda constitucional que envolvia a reforma do mesmo STF.

Frente ao projeto de emenda que não chegou a ser aprovado e que foi conhecido como “*court packing*” (o qual envolveria a abertura do STF a seis novos juízes designados por uma dupla maioria liberal, como forma de contrabalançar a maioria conservadora), o STF recuou, renunciando tacitamente a exercer um *review* ativista sobre as políticas sociais.

Segundo Ackerman,<sup>69</sup> tal recuo corporizou (a par do processo aprovatório da própria Constituição feita contra os artigos da Confederação, bem como das emendas posteriores à Guerra Civil operadas ao arripio da liberdade de ratificação de antigos estados secessionistas) um significativo ato de transformação ou mutação informal da Constituição realizada pelo poder político contra um STF que foi convertido em instituição subsidiária, em face do Congresso e do Executivo.

Também, mais recentemente, na década de oitenta, em França, foi aprovada uma emenda constitucional destinada a superar decisões do Conselho Constitucional que julgaram inconstitucionais normas de diplomas securitários propostos pelo Ministro do Interior Charles Pasqua.

No Brasil, no primeiro semestre de 2013, a reação ao ativismo do STF teve finalmente lugar com a apresentação de uma proposta de emenda Constitucional. A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara de Deputados aprovou uma Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que submete ao Congresso decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre inconstitucionalidade de emendas à lei Fundamental e a súmulas vinculantes. Os parlamentares passariam a ter o direito de cassar decisões do STF sobre essa matéria. Mesmo que não seja definitivamente aprovada, a proposta consistiu num poderoso sinal ao referido Tribunal recordando-lhe os seus limites.

<sup>68</sup> BRUCE ACKERMAN “We the People: Transformations” - London-Cambridge-Assachusetts-1998-p. 38.

<sup>69</sup> BRUCE ACKERMAN ult. Lic cit, p. 312 e seg.

Noutras situações, a reação ao ativismo da Justiça Constitucional não é oriunda do poder político mas sim dos próprios tribunais comuns quando se recusam a acatar a componente normativa de decisões da Justiça Constitucional que estimam como invasivas da sua competência constitucional. Foi o caso do braço de ferro que a “Corte Cassazione” italiana manteve com o Tribunal Constitucional deste país, obrigando-o a recuar quer na prolação de sentença aditivas discricionárias e sentenças substitutivas, quer em sede da interpretação conforme à Constituição contrária ao chamado “direito vivente”.<sup>70</sup> Trata-se de um tipo de reação que pode expandir-se para o domínio das mutações impuras geradas pela Justiça Constitucional e beneficia do fato de se travar no circuito interno dos órgãos jurisdicionais, fora de uma exposição excessivamente política. Se no Brasil o instituto da reclamação para o STF de sentenças judiciais que incumpram decisões prolatadas pelo primeiro órgão e dotadas com eficácia vinculante mitiga este poder de resistência dos tribunais comuns, já em Portugal o poder do Tribunal Constitucional é mais frágil. Por exemplo, se os tribunais comuns incumprissem deliberadamente a componente que consideramos inconstitucional do Acórdão n.º 353/2012 relativo à modelação de efeitos futuros da decisão, o Tribunal Constitucional não ficaria numa posição fácil e dificilmente voltaria a recorrer de novo a este tipo de decisões normativas, carecendo a inovação gerada da necessária consolidação como precedente fiável para consubstancia uma autêntica mutação.

Dir-se-á que estas considerações e prevenções pecam pelo exagero ou pela extemporeidade, na medida em que foram potenciadas por três ensaios de hipotéticas “decisões de revisão constitucional” do Tribunal Constitucional português que não se consolidaram nem imprimiram, afinal, qualquer alteração à identidade constitucional ou aos seus princípios fundamentais. A ter havido um arremedo de mutação ela não foi profunda ao ponto de constituir uma fraude agravada à Constituição nem de propiciar uma transição constitucional por via interpretativa.

E contudo, o que está verdadeiramente em causa é o próprio início do processo de sedimentação deslizante e cada vez menos envergonhado deste tipo de decisões.

Zagrebelki afirma que os tribunais constitucionais se legitimam no consenso que deve suscitar as suas decisões e na adequada fundamentação das mesmas.

Não tendo sucedido, a bem da verdade, com as três decisões mencionadas, nem uma

<sup>70</sup> Cfr. em geral, ZAGREBELSKI “La Dottrina del Diritto Vivente i Strumenti e Tecniche di Giudizio della Corte Costituzionale”-AAVV- “Atti del Convegno di Trieste de 1986”-Milano-1988; LUDOVICO MAZZAROLLI “I Giudice delle Leggi (...)”-p. 190; CARLOS BLANCO DE MORAIS “Justiça Constitucional II” op. cit, p. 278 e 319 e seg.

coisa nem outra, parece claro que a legitimidade dessas mutações impuras, operadas por via jurisprudencial permanece uma questão em aberto que importa discutir num constitucionalismo democrático adulto que reclama que todos os atos do poder, de qualquer um dos poderes, sejam conformes à Constituição e ao princípio democrático, sujeitando-se ao debate da comunidade jurídica e dos seus intérpretes.

Nota: O presente artigo será até ao final do ano de 2013 publicado no Brasil, resultando de uma conferência realizada na universidade de S. Paulo.