



O inevitável diálogo constitucional entre o Tribunal Constitucional e o legislador na análise de questões fraturantes da sociedade civil¹

Dora Lucas Neto

Juíza Conselheira do Tribunal Constitucional de Portugal

1. A Conferência deste ano tem como tema principal “*A Jurisdição Constitucional e outros poderes*”, um tema incontornável quando se discute o lugar que a jurisdição constitucional ocupa hoje no quadro do Estado de Direito Democrático, em particular na forma como se relaciona com outros poderes, exercidos por diferentes órgãos de soberania. Assalta-nos neste contexto, e desde logo, o princípio fundamental que norteia a relação entre os diferentes poderes soberanos do Estado - o princípio da separação de poderes. Mas em que consiste, hoje, o princípio da separação de poderes?

Quando foi originariamente formulado por JOHN LOCKE no contexto da revolução liberal inglesa e posteriormente desenvolvido por MONTESQUIEU no contexto da revolução liberal francesa, este princípio tinha na sua génese uma ideia de *desconfiança* entre poderes. Esta ideia é facilmente compreensível tendo presente o contexto em que o princípio surgiu. Vivia-se então a transição do Estado absolutista da Idade Moderna para o Estado liberal que marcou o início da Idade Contemporânea. O Estado absolutista caracterizava-se pela concentração dos poderes legislativo, executivo e judicial numa só pessoa, o Rei, o que deu origem aos mais variados abusos. Para os evitar, os citados autores vieram defender que estes três poderes tinham de estar separados e ser exercidos por diferentes órgãos, através da criação de um sistema de «*checks and ballances*», ou seja, um sistema de pesos e contrapesos que assegurasse a existência de um controlo mútuo entre esses poderes.

Esse princípio de desconfiança estava bem explícito na forma como era concebida a relação entre o poder legislativo e o poder judicial, com uma delimitação bastante rígida: por um lado, cabia ao legislador *criar* a lei; por outro lado, cabia ao juiz *aplicar* essa lei aos casos concretos. Nessa tarefa, o juiz deveria limitar-se a ser «*a boca da lei*» (MONTESQUIEU) e a

¹ O presente texto corresponde, na sua síntese, à intervenção por mim proferida na VI Assembleia da Conferência das Jurisdições Constitucionais dos Países de Língua Portuguesa, subordinada ao tema “*A Jurisdição Constitucional e outros poderes*”, que se realizou em Maputo, nos dias 15 e 16 de julho de 2024, tendo-se aqui optado por manter os respetivos traços de oralidade.



aplicá-la de forma neutra e quase mecânica aos factos, não tendo qualquer autonomia neste processo.

Porém, passaram hoje mais de dois séculos desde as revoluções liberais. O contexto da relação entre os diferentes poderes soberanos do Estado já não é o mesmo. Naturalmente que se mantêm as ideias basilares do equilíbrio, da interdependência e do controlo entre os diferentes poderes, para garantir que são exercidos de forma correta e sem abusos. O que não se mantêm é a ideia da desconfiança entre esses poderes, no sentido de serem exercidos de forma isolada e quase antagónica por parte dos seus titulares.

Na verdade, no contexto do Estado de Direito Democrático dos nossos dias, a convivência salutar entre os diferentes poderes pressupõe a existência de uma relação de *cooperação* entre os mesmos. É nessa ideia de *abandono de um caminho em contraposição com o caminho que pretendemos seguir* que devem ser procuradas e demonstradas as virtualidades do diálogo institucional constitucional, tendo por referência a relação entre o poder judicial e o poder legislativo, ou, mais concretamente, a relação entre o Tribunal Constitucional de Portugal (o qual, no sistema português, está formalmente integrado no poder judicial) e o Parlamento e o Governo (os quais, no sistema português, são os órgãos titulares do poder legislativo).

2. O Tribunal Constitucional de Portugal, tendo como principal competência a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, naturalmente que exerce um certo grau de controlo sobre o exercício do poder legislativo. Porém, esse escrutínio não é exercido de forma isolada e aut centrada. Com efeito, para além de ser um órgão deliberativo, o Tribunal é um ator constitucional que se insere num sistema democrático deliberativo. Ora, não há deliberação sem diálogo. Assim, o bom funcionamento deste sistema pressupõe a existência de um contínuo *diálogo constitucional* entre os vários atores que o compõem, à luz dos princípios estruturantes que o suportam, em particular os da separação e da interdependência de poderes.

Uma das vertentes mais visíveis deste diálogo institucional e constitucional entre o Tribunal e o legislador - e da consequente interação dos dois sobre o problema comum da constitucionalidade de determinada norma e a forma como esta pode/deve ser enfrentado no presente e no futuro -, é o Tribunal Constitucional de Portugal, em determinadas pronúncias de inconstitucionalidade, poder dar e já ter dado algumas *pistas* ao legislador sobre a forma como poderia ter sido ou vir a ser evitado o problema de constitucionalidade concretamente verificado.



Apesar de tais *orientações positivas* não vincularem, naturalmente, o legislador a atuar no sentido indicado (pois isso traduzir-se-ia numa violação inequívoca do princípio da separação de poderes), não deixam, porém, de delinear ou revelar um dos caminhos que poderia ser seguido para corrigir a inconstitucionalidade verificada e, nessa medida, contribuem para evitar que, de futuro, uma nova versão da norma seja novamente declarada inconstitucional com tal fundamento. Como ponto de ordem, é incontornável que o legislador é sempre inteiramente livre de decidir se acolhe a *indicação positiva* traçada pelo tribunal ou se envereda por um outro caminho que considere que não virá a suscitar nenhum juízo positivo de inconstitucionalidade. É neste diálogo que o nosso sistema de justiça constitucional funciona e deve funcionar.

3. São vários os domínios em que este diálogo constitucional tem ocorrido. Há, contudo, um domínio específico em que consideramos que tem sido particularmente importante, por evidenciar uma interação e cooperação efetiva entre ambos os poderes. Referimo-nos, designadamente, a duas situações em que o Tribunal teve de *desbravar terreno desconhecido* no domínio das chamadas *questões fraturantes da sociedade civil*. Estas questões, pela sua natureza particularmente complexa, geram, ou podem gerar, grande polarização e divisão de opiniões no seio da sociedade portuguesa (embora as dificuldades em encontrar consensos para determinadas questões de pendor eminentemente moral/ético num plano puramente social nem sempre se refletem num grau equivalente de complexidade ponderativa no plano constitucional).

Nos últimos anos, o Tribunal Constitucional de Portugal foi, assim, chamado a apreciar aquelas que são, com grande probabilidade, as questões sociais mais fraturantes no que se prende com a vida humana, por recaírem sobre os dois momentos centrais que delimitam os seus contornos: o início e o fim da vida.

No que respeita ao início da vida, o Tribunal pronunciou-se, por exemplo, em duas diferentes ocasiões, sobre legislação aprovada pelo Parlamento destinada a regular o acesso à chamada *gestação de substituição*, ou seja, situações em que uma mulher se dispõe a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade.

Por seu turno, no que respeita ao fim da vida, o Tribunal pronunciou-se, também em duas diferentes ocasiões, sobre legislação aprovada pelo Parlamento destinada a despenalizar e regular o acesso à chamada *morte medicamente assistida*, em que uma pessoa, em determinadas



circunstâncias, pede para que profissionais de saúde a auxiliem a pôr fim à própria vida, por meio de eutanásia ou de suicídio assistido.

Em ambos os casos, estavam em causa questões profundamente fraturantes que geraram um grande debate na sociedade portuguesa, embora não se tenha resumido a esta, tendo-se igualmente estendido aos próprios órgãos de soberania, numa relação dialética entre legislador e Tribunal que assumiu um papel preponderante na regulação destas matérias.

Num primeiro momento, coube ao Parlamento o papel de adotar a decisão político-legislativa de permitir o recurso a práticas de gestação de substituição e de morte medicamente assistida e de regular as condições em que as mesmas poderiam ocorrer (particularmente os seus pressupostos e o seu procedimento). E, num segundo momento, o Tribunal Constitucional foi chamado a apreciar a compatibilidade constitucional dessas soluções legais em duas diferentes vertentes. Por um lado, avaliando a constitucionalidade em *abstrato* da opção legislativa em si, ou seja, determinando se as práticas de gestação de substituição e de morte medicamente assistida seriam, em si mesmas, compatíveis com a Constituição, independentemente da forma como viessem a ser reguladas, e, por outro lado, avaliando a constitucionalidade em *concreto* das soluções legislativas criadas, ou seja, determinando se a forma como estas práticas foram concretamente reguladas na lei (pressupostos e o procedimento) era suficiente para cumprir todas as exigências constitucionais relevantes.

E porque é que nos parece ser verdadeiramente fulcral trazer-vos e mostrar-vos esta relação dialética na regulação dos mencionados temas de grande relevância social? Porque, estou convencida, foi a relação estabelecida entre o Tribunal e o legislador que permitiu que ambos os poderes desbravassem em conjunto horizontes desconhecidos, de forma a que a versão final da legislação que veio a ser aprovada pudesse ter em consideração as exigências constitucionais que o Tribunal considerou aplicáveis, algumas delas de natureza contraposta e que exigiam uma tarefa de particular conciliação e ponderação.

De facto, se num primeiro momento a iniciativa cabe ao legislador o papel de *dizer para onde quer ir*, num segundo momento cabe ao Tribunal o papel de *dizer até onde pode ir*.

É nesta interlocução, nesta conjugação dialogante entre ambos os poderes, que podem e devem ser limadas arestas, tomadas opções e, em alguns casos, definidos os modelos estruturantes destas práticas, como se irá referir de seguida.

4. O início da vida humana.



Importa referir que o diálogo constitucional sobre esta questão é já antigo em Portugal. Logo em 1984, apenas um ano depois da entrada em funções do Tribunal Constitucional, este foi chamado a apreciar a constitucionalidade das normas que passaram a admitir a interrupção voluntária da gravidez em determinadas circunstâncias excecionais previstas pelo legislador. Posteriormente, em 2010, o Tribunal foi chamado a apreciar a constitucionalidade da legislação que alargou essa possibilidade também para os casos em que a gestante manifeste simplesmente a vontade de interromper a gravidez, sem quaisquer outras causas associadas, desde que tal seja feito até às dez semanas de gestação. Em ambos os casos, o Tribunal declarou que as soluções legislativas em apreciação não eram inconstitucionais, o que foi importante para legitimar, no plano constitucional, a validade destas opções do legislador, que tinham sido muito controversas e gerado uma grande polarização na sociedade portuguesa.

Mais recentemente, o Tribunal voltou a pronunciar-se sobre problemas associados ao início da vida humana quando foi chamado a apreciar a constitucionalidade de legislação aprovada pelo Parlamento destinada a regular o acesso à chamada “gestação de substituição”. Como referido anteriormente, o diploma em causa permitia que uma mulher que estivesse impedida de forma absoluta e definitiva de ter uma gravidez (em particular por ausência de útero, ou por lesão ou doença deste órgão) celebrasse um contrato com uma terceira mulher (a gestante) para suportar a gravidez de uma criança concebida com recurso a técnicas de procriação médica assistida e a entregar após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. Este foi também um tema que gerou um amplo debate na sociedade portuguesa, havendo várias vozes que defendiam que o recurso a esta prática era inconstitucional por afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana (quer da gestante, quer da criança concebida por esta via).

Na sua primeira pronúncia, expressa no Acórdão n.º 225/2018, o Tribunal começou por validar, no plano constitucional, esta opção legislativa do Parlamento. Com efeito, considerou que a gestação de substituição não era, em abstrato, incompatível com a Constituição, ou seja, não implicava, por si só, uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Deste modo, o Tribunal teve o importante papel de clarificar, não só perante o legislador, mas também perante a própria sociedade, que não existiam obstáculos constitucionais de princípio a esta opção legislativa. Não obstante, o Tribunal viria a concluir no sentido da inconstitucionalidade das normas fiscalizadas em *concreto*, por entender que a



forma como o procedimento em causa tinha sido especificamente regulado pelo legislador não satisfazia todas as exigências constitucionais aplicáveis. Foram vários os problemas detetados. Em primeiro lugar, o Tribunal entendeu que a lei era excessivamente indeterminada em vários domínios, o que não permitia estabelecer parâmetros de atuação previsíveis para as partes nos contratos de gestação de substituição, nem critérios controláveis por parte da entidade administrativa encarregada de supervisionar a validade da sua celebração. Em segundo lugar, o Tribunal considerou que o facto de a gestante não poder revogar o seu consentimento a partir do início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida (ou seja, da implementação do embrião) afrontava o seu direito ao desenvolvimento da personalidade e o direito de constituir família. Por fim, o Tribunal entendeu que o facto de os dadores de material genético estarem abrangidos por um princípio de anonimato impunha uma restrição desnecessária aos direitos à identidade pessoal e ao desenvolvimento da personalidade das pessoas nascidas em consequência de processos de procriação medicamente assistida com recurso a dádiva de gâmetas ou embriões, incluindo nas situações de gestação de substituição.

Na sequência desta pronúncia de inconstitucionalidade, o legislador aprovou uma nova versão do diploma que não satisfaz totalmente estas exigências. Com efeito, apesar de ter solucionado a maioria dos problemas apontados, o diploma continuava sem prever a possibilidade de a gestante revogar o seu consentimento a partir do início dos processos terapêuticos de procriação medicamente assistida. No entender do Tribunal, esta era uma garantia necessária para assegurar que a gestante não seria instrumentalizada no âmbito do processo de gestação de substituição. Esta omissão levou, assim, à declaração de inconstitucionalidade da segunda iniciativa legislativa aprovada, através do Acórdão n.º 465/2019.

Finalmente, em dezembro de 2021, o Parlamento aprovou a Lei n.º 90/2021, de 16 de dezembro, dando cumprimento a esta derradeira exigência do Tribunal. A lei foi posteriormente promulgada e publicada em Diário da República, estando a implementação do seu regime jurídico agora dependente de regulamentação por parte do Governo.

Esta articulação dialogante entre legislador e Tribunal foi fundamental, por um lado, para clarificar a constitucionalidade, em abstrato, desta opção legislativa e, por outro lado, para delinear as traves-mestras deste inovador regime jurídico. O legislador teve o papel de elaborar uma versão inicial desse regime e o Tribunal validou algumas dessas propostas e determinou a necessidade de corrigir outras, tendo por referência as exigências



constitucionais aplicáveis. Desta dialética resultou, assim, a versão final do diploma, que é hoje, sem qualquer dúvida, mais garantística do que a versão inicialmente sujeita ao crivo do Tribunal.

5. O fim de vida humana.

Quanto ao fim da vida humana, o Tribunal Constitucional de Portugal foi chamado, por duas vezes, a apreciar a constitucionalidade de iniciativas legislativas do Parlamento destinadas a despenalizar e regular o acesso à chamada *morte medicamente assistida*, as quais, como já referimos, visavam permitir que uma pessoa, em determinadas circunstâncias, pudesse ter auxílio médico para pôr fim à própria vida através de eutanásia ou de suicídio assistido.

Na sua primeira pronúncia, em sede de fiscalização abstrata preventiva da constitucionalidade, expressa no Acórdão n.º 123/2021, o Tribunal começou por validar, no plano constitucional, esta opção legislativa do Parlamento. Com efeito, à semelhança do que tinha feito relativamente à gestão de substituição, considerou que a morte medicamente assistida não era, *em abstracto*, incompatível com a Constituição, ou seja, não implicava por si só uma violação das normas constitucionais relevantes, particularmente a que protege o valor da vida humana. Porém, o Tribunal viria, mais uma vez, a concluir no sentido da inconstitucionalidade das normas fiscalizadas por referência ao problema *em concreto*, ou seja, por considerar que a forma como os procedimentos de morte medicamente assistida tinham sido especificamente regulados pelo legislador não satisfazia todas as exigências constitucionais aplicáveis. Em especial, o Tribunal considerou que uma das situações clínicas que poderiam legitimar o acesso a este tipo de procedimentos – o facto de o doente padecer de uma «*lesão definitiva de gravidade extrema de acordo com o consenso científico*» - não cumpria as exigências de densidade normativa resultantes do princípio da determinabilidade da lei, porque o conceito não estava definido de forma suficientemente determinada. Isto, porque o legislador não fornecia qualquer indício do que se deveria entender como «*extremamente grave*» para efeitos da concretização desta exigência, o que fazia com que a mesma não fosse passível de ser facilmente verificada e determinada pelos destinatários da norma (desde logo, os profissionais de saúde).

Ainda assim, em mais um bom reflexo de um salutar diálogo institucional entre os dois poderes, o Tribunal não deixou de dar algumas pistas ao legislador sobre a forma como poderia legislar para evitar este problema. Com efeito, o Tribunal apontou dois exemplos de



conceitos próximos, já utilizados na legislação nacional e na legislação estrangeira também em contexto de fim de vida, que poderiam ser utilizados pelo legislador como pontos de orientação para densificar o conceito de «*lesão definitiva de gravidade extrema*». No que respeita à legislação nacional, foi apontada a definição do conceito de «*dependência*», previsto na Lei de Bases dos Cuidados Paliativos; e, no que respeita à legislação estrangeira, foi indicado o conceito de «*condição grave, crónica e incapacitante*» previsto na legislação espanhola sobre a morte medicamente assistida, que, à semelhança da legislação portuguesa, também figurava como uma das condições clínicas passíveis de legitimar o acesso a este procedimento. Em ambos os casos, a gravidade da lesão era definida por referência ao seu carácter incapacitante ou ao grau de dependência em que colocava o seu titular.

Na sequência desta primeira pronúncia de inconstitucionalidade, o legislador elaborou então uma nova versão do diploma onde passou a definir o conceito de «*lesão definitiva de gravidade extrema*» em termos bastante próximos dos sugeridos pelo Tribunal. Com efeito, o Parlamento centrou, por um lado, a definição do requisito da «*gravidade*» na natureza incapacitante da lesão e na situação de dependência em que colocava o seu titular; e, por outro lado, densificou a definição desses elementos recorrendo a critérios semelhantes aos que se encontravam previstos na legislação espanhola.

Esta nova definição, claramente inspirada pela sugestão do Tribunal, não foi censurada quando este foi chamado a apreciar esta segunda versão do diploma, no Acórdão n.º 5/2023, também em sede de fiscalização abstrata preventiva. Nesta ocasião, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma outra norma entretanto introduzida pelo legislador, determinada por um novo problema de determinabilidade. Uma vez solucionado, a versão final do diploma viria finalmente a ser promulgada e publicada em Diário da República, como Lei n.º 22/2023, de 25 de maio. Também aqui, a implementação do seu regime jurídico está dependente de regulamentação por parte do Governo, deixando aqui uma nota de que se encontram atualmente pendentes no Tribunal Constitucional de Portugal pedidos de fiscalização sucessiva abstrata da legislação em apreço, o que é revelador do diálogo permanentemente aberto com o legislador enquanto perdura a vigência das leis.

6. Concluindo, é sabido que o debate tem sido centrado na questão de saber se os juízes constitucionais devem assumir o papel de *legisladores negativos* ou pretender ser *legisladores positivos* (na versão “*watchdogs*” ou “*polymakers*”). Os dois exemplos apontados demonstram que a relação entre legislador e juízes constitucionais é, naturalmente, pautada por momentos



de tensão, tanto de índole prática como teórico-dogmática. Assim é, porque assim o exige o princípio da separação de poderes, que obriga a um diálogo cooperante entre instituições e não a inférteis monólogos. O Estado de Direito Democrático revela-se na dialética institucional de respeito mútuo entre a vontade popular, expressa pelo legislador num determinado momento, e a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, também expressão de uma vontade popular, mas que, por natureza, transcende aquele concreto tempo, e de que os juízes constitucionais são guardiões. Só dessa forma, estamos em crer, se fará o melhor caminho no sentido da conceção de leis justas, espelho de uma sociedade temporalmente situada, mas abrigada nos seus princípios basilares e estruturantes através da intervenção de um tribunal constitucional.