

A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?***

1. INTRODUÇÃO

O Tribunal Constitucional (TC) é uma das mais intrigantes e enigmáticas instituições do sistema político português. Ignorado pela opinião pública¹, o TC, aparentemente, não suscita grande controvérsia no seio do mundo académico, político ou judicial. Destacados constitucionalistas descrevem-no como um órgão «discreto»², «de controlo, e não co-produtor de normas jurídi-

* Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

** Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa.

*** Os autores agradecem aos responsáveis do Centro de Documentação e Informação da Presidência da República e do Núcleo de Informação e Apoio Documental do Tribunal Constitucional o precioso auxílio prestado ao longo da investigação que conduziu a este artigo. Agradecem ainda os importantes contributos de Joaquim Pedro Cardoso da Costa, António Rocha Marques e Margarida Meneres Pimentel. Este estudo insere-se no Programa de Investigação sobre as Instituições do Sistema Político Português, realizado no Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa ao abrigo do financiamento programático da Fundação para a Ciência e Tecnologia. Pedro Coutinho Magalhães desenvolveu alguma da investigação que conduziu a este artigo enquanto bolseiro da Fundação Calouste Gulbenkian e da Comissão Fulbright-Portugal.

¹ Num estudo recente realizado em 17 nações europeias e nos E.U.A., os resultados de inquéritos por questionário mostram que apenas os tribunais constitucionais russo e búlgaro são menos conhecidos do que o TC português. Em Portugal apenas 33,3% dos inquiridos afirmam conhecer «algo» ou «muito» sobre a instituição, contra 66,7% que afirmam desconhecer-la completamente ou conhecê-la mal. Para a República Federal da Alemanha, estes valores são, respectivamente, de 85,9% e 14,1% (cf. James L. Gibson, Gregory Caldeira e Vanessa A. Baird, «On the legitimacy of national high courts», in *American Political Science Review*, n.º 2, vol. 92, 1998, p. 348).

² Jorge Miranda, «Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional», in AAVV, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional. Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 98.

cas»³, que vem desenvolvendo uma jurisprudência de «alcance médio»⁴. Os mais altos responsáveis políticos e institucionais já enaltecem o «altíssimo múnus» do Tribunal, a sua «contribuição de valor inestimável para a afirmação do nosso Estado de direito» e «a forma vincadamente positiva como o Tribunal tem prosseguido a sua actividade»⁵. E as relações com o poder judicial, mais precisamente com o Supremo Tribunal de Justiça, parecem caracterizar-se pela existência de um espírito de «inteira solidariedade» e de «respeito mútuo»⁶. No que se refere ao aparelho judiciário em geral, o TC tem obtido um respeito generalizado pelas suas decisões e, ao menos na aparência, até há data não se têm confirmado os receios de eclosão de conflitos graves com os outros tribunais⁷. Igualmente bem sucedido em face do poder político, o TC vem ainda desenvolvendo, nas palavras do seu presidente, uma «virtualidade pacificadora de tensões»⁸.

Quem ficasse por aqui poderia rapidamente concluir pela irrelevância política do papel desempenhado pela justiça constitucional em Portugal ou, pelo menos, pela sua natureza incontroversa. Acontece, porém, que esta não é a única versão da história dos dezassete anos de vida do Tribunal Constitucional. Esta instituição já foi descrita, por exemplo, como «uma espécie de Conselho da Revolução partidário»⁹, «uma bizantinice do nosso sistema constitucional»¹⁰ ou uma «força de legitimação de medidas que desvalorizam [...] direitos sociais e garantias dos cidadãos»¹¹. Altos responsáveis governativos não hesitaram em classificar as decisões do TC como «um

³ Marcelo Rebelo de Sousa, «Legitimação da justiça constitucional e composição dos tribunais constitucionais», in AAVV, *Legitimidade...*, p. 226

⁴ J. J. Gomes Canotilho, «Direito, direitos. Tribunal, tribunais», in Mário Baptista Coelho (org.), *Portugal — O Sistema Político e Constitucional. 1974-1987*, Lisboa, Instituto de Ciências Sociais, 1989, p. 909; Marcelo Rebelo de Sousa, *op. cit.*, p. 226; Jorge Miranda, *Jurisprudência Constitucional Escolhida*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 1996, p. 6.

⁵ Cf. Mário Soares, «Discurso de Sua Excelência o Presidente da República», in AAVV, *op. cit.*, pp. 15 e 12, e Jorge Sampaio, «Discurso por ocasião da tomada de posse dos três juizes cooptados do TC», de 16-3-1988, p. 2.

⁶ Cf. a entrevista do presidente do TC, Cardoso da Costa, à rádio Antena Um, em 17-10-1986, e a entrevista do então presidente do STJ, Pedro Sousa Macedo, ao *Jornal de Notícias* de 27-1-1996, p. 17.

⁷ Cf., neste sentido, António Rocha Marques, «O Tribunal Constitucional e os outros tribunais: a execução das decisões do Tribunal Constitucional», in AAVV, *Estudos sobre a Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Lisboa, Aequitas, 1993, p. 470, e Antero Alves Monteiro Diniz, «A fiscalização concreta de constitucionalidade como forma privilegiada de dinamização do direito constitucional», in AAVV, *Legitimidade...*, p. 207.

⁸ José Manuel Cardoso da Costa, «Treze anos de justiça constitucional — Pacificar as tensões», in *O Diabo* de 13-2-1996, p. 36.

⁹ Comunicado da Juventude Centrista cit. in «PS e PSD aplaudem e oposição critica decisão do TC», in *Diário de Notícias* de 14-10-1983, p. 3.

¹⁰ Alberto João Jardim, «Como vai este 'país'», in *O Diabo* de 17-8-1994, p. 3.

¹¹ Vital Moreira, «Nos dez anos do Tribunal Constitucional», in *Expresso* de 19-6-1993,

obstáculo [...] no caminho do desenvolvimento do país»¹² ou como «juízos que extravasam nitidamente considerações técnico-jurídicas para se inserirem, de facto, em matéria política»¹³. Comentários como estes foram sempre mais frequentes quando o Tribunal fazia uso dos seus poderes de fiscalização abstracta de diplomas da Assembleia da República e do governo. Com efeito, nesse domínio, o Tribunal tem exercido, na verdadeira acepção da palavra, uma *acção decisiva* sobre algumas das opções e medidas políticas fundamentais tomadas em Portugal em áreas como a regulação do mercado de trabalho, o financiamento do ensino superior, a abertura de sectores económicos à iniciativa privada, a descentralização administrativa, as autonomias regionais, o funcionamento e organização do poder judicial e a despenalização do aborto, apenas para dar alguns exemplos. Não por acaso, no livro *As Reformas da Década*, onde faz o balanço da actividade dos três governos que chefiou, Cavaco Silva aponta o envio ao Tribunal pelo Presidente da República de diplomas situados no domínio das reformas estruturais e as «interpretações restritivas de normas constitucionais» feitas pelas «forças de bloqueio» como dois dos entraves fundamentais colocados ao seu governo entre 1986 e 1995¹⁴. A controvérsia política em torno do Tribunal também aumenta de tom sempre que está em causa a sua recomposição, que tem sido objecto de acordos complexos entre os dois grandes actores do sistema partidário, através de negociações que são frequentemente paralisadas e manipuladas por questões de conveniência e de *timing* políticos.

Estas apreciações contraditórias sugerem que numerosas questões acerca do papel político da justiça constitucional estão ainda por responder não só no que respeita ao caso português, mas também às democracias parlamentares modernas. A maior parte da bibliografia existente descreve a justiça constitucional como um mecanismo «contramajoritário», típico das chamadas «democracias consensuais»¹⁵. Esse efeito «contramajoritário» parece decorrer em grande medida das próprias decisões dos tribunais constitucionais, que tendem normalmente a condenar as mudanças políticas radicais ao insucesso, são feitas «em oposição às forças políticas dominantes» e podem mesmo pôr em causa a soberania parlamentar¹⁶. No conjunto de estudos que dedicou ao Conselho Constitucional francês, Alec Stone afirma que esta instituição apreciou «virtualmente toda a legislação parlamentar desde 1981» e que, desses envios, «mais de metade resultou em decisões de inconstitucio-

¹² Aníbal Cavaco Silva, cit. in «Juízes do TC irritados com Cavaco», in *Expresso* de 4-6-1988, p. 3.

¹³ José Manuel Durão Barroso, entrevista ao *Expresso* de 25-7-1992, p. A2.

¹⁴ Aníbal Cavaco Silva, *As Reformas da Década*, Venda Nova, Bertrand, 1995, pp. 14-16.

¹⁵ Arend Lijphart, *As Democracias Contemporâneas*, Lisboa, Gradiva, 1989, pp. 244-251.

¹⁶ A citação é de Christine Landfried, «Introduction», in Christine Landfried (org.), *Constitutional Review and Legislation: An International Comparison*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1988, p. 8 (cf. Alec Stone Sweet, «Judicialization and the construction of governance», in *EUI Working Paper*, RSC n.º 96/59, 1996, p. 41).

nalidade»¹⁷. No caso alemão, apesar de o activismo judicial ser menos evidente, o Tribunal Constitucional terá apreciado cerca de 20% de todas as leis aprovadas de 1951 a 1992 e «a fiscalização abstracta tornou-se uma arma comum no arsenal político alemão»¹⁸. Além disso, há também efeitos políticos indirectos e anteriores às próprias decisões judiciais. Para uns, tais efeitos resultam de uma *autolimitação* do poder legislativo face ao poder judicial, através da qual os deputados integram a jurisprudência dos tribunais na própria legislação com o fim de evitarem futuras decisões desfavoráveis¹⁹. Para outros, essa autolimitação é dirigida em relação aos próprios actores políticos: a existência dos mecanismos de fiscalização da constitucionalidade e do potencial efeito de veto resultante de uma decisão judicial desfavorável cria incentivos a que as maiorias tomem em consideração os interesses das oposições, favorecendo, assim, o compromisso e o centralismo políticos²⁰.

Este estudo procura testar algumas destas hipóteses, aplicando-as ao caso do TC português. Está dividido em três partes. Na primeira apresentam algumas das regras institucionais que regulam o funcionamento do Tribunal, particularmente ao nível das suas competências e da sua composição. A análise destas regras sugere que o TC pode, particularmente no âmbito da fiscalização abstracta da constitucionalidade, exercer aquilo a que poderia chamar-se um «poder de veto condicional» sobre a legislação aprovada por governos e maiorias parlamentares. «Poder de veto» porque, assim que o TC é chamado a pronunciar-se, os diplomas da Assembleia ou do governo que aguardam promulgação ou foram recentemente aprovados — e que procuravam modificar o *status quo* político-legislativo — passam a carecer da «concordância» do Tribunal para prosseguirem o seu caminho até à promulgação presidencial ou para continuarem em vigor intactos²¹. Estas regras sugerem ainda que o TC dispõe de grande potencial para o activismo judicial contramaioritário. Os seus vastos poderes e a forma como está regulada a sua composição, que impede que maiorias políticas efémeras designem a maioria dos membros do TC,

¹⁷ Cf. Alec Stone, *The Birth of Judicial Politics in France*, Oxford, Oxford University Press, 1992, «Abstract constitutional review and policy-making in Western Europe», in Donald W. Jackson e C. Neal Tate (orgs.), *Comparative Judicial Review and Public Policy*, Westport, Greenwood Press, 1992, p. 50, e «Judging socialist reform. The politics of coordinate construction in France and Germany», in *Comparative Political Studies*, n.º 4, vol. 26, 1994, p. 448.

¹⁸ Donald Kommers, «The Federal Constitutional Court in the German political system», in *Comparative Political Studies*, n.º 4, vol. 26, 1994, p. 475.

¹⁹ Cf. Christine Landfried, *op. cit.*, pp. 9 e 16, e «The judicialization of politics in Germany», in *International Political Science Review*, n.º 15; Stone, *The Birth...*, p. 210, e «Abstract...», p. 49; Stone Sweet, *op. cit.*, pp. 33-42, e «A comment on Vanberg. Rules, dispute resolution, and strategic behavior», in *Journal of Theoretical Politics*, n.º 3, vol. 10, 1998.

²⁰ Georg Vanberg, «Abstract judicial review, legislative bargaining, and policy compromise», in *Journal of Theoretical Politics*, n.º 3, vol. 10, 1998.

²¹ Assim, nestes casos, o Tribunal pode definir-se como aquilo a que George Tsebelis chama um *veto player* [cf. «Veto players and law production in parliamentary democracies», in Herbert Döring (org.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Frankfurt e Nova Iorque, Campus Verlag e St. Martin's Press, 1995, p. 108].

indicam a existência de fortes incentivos institucionais para o exercício de um papel de limitação do poder das maiorias parlamentares.

No entanto, as regras institucionais não são tudo. A segunda parte deste estudo diz respeito àquilo que é «condicional» no «poder de veto» do TC. Algo que é frequentemente esquecido quando se trata o papel da justiça constitucional em face do poder legislativo é o facto de, apesar da sua singularidade, os tribunais constitucionais não serem diferentes dos restantes tribunais no que diz respeito ao seu poder de iniciativa. Por outras palavras, necessitam de litigantes que lhes apresentem casos e questões de constitucionalidade. Assim, o papel político desempenhado pelo Tribunal Constitucional depende, em grande medida, de factores que lhe são externos, em particular dos incentivos dos actores políticos para «judicializar» os seus conflitos através da litigância constitucional. Através de uma análise dos actores e das dinâmicas da litigância constitucional em Portugal, concluímos que os contextos políticos e partidários afectem previsivelmente o uso da litigância constitucional como arma contramaioritária. Contudo, há também um vasto número de casos que escapam a esta lógica e as motivações e constrangimentos que determinam o envio de diplomas para fiscalização abstracta da constitucionalidade pelo Tribunal são bem mais complexos do que aquilo que a maioria dos estudos existentes sugere.

Finalmente, a terceira parte deste estudo debruça-se sobre os factores que determinam o exercício do «poder de veto» do TC assim que é chamado a pronunciar-se sobre questões de constitucionalidade. Aqui, mais uma vez, o papel da justiça constitucional em relação ao poder legislativo nas democracias parlamentares parece ter sido excessivamente simplificado pela maioria dos estudos existentes. Apesar de, estruturalmente, ser improvável que os tribunais constitucionais revelem uma atitude de deferência sistemática em relação ao poder legislativo, isso não significa que o seu papel seja de activismo e contramaioritarismo sistemáticos, particularmente quando dispõem de margem de manobra para evitarem confrontos com maiorias «contemporâneas», ou seja, com governos ou parlamentos que ainda se encontram em funções. É certo que, quando esse confronto é inevitável, a «judicialização da política» converte-se também — e inevitavelmente — numa certa «politização da justiça», que é patente, por exemplo, ao nível dos factores políticos que passam a influenciar a forma como o Tribunal decide. Todavia, esta politização não se converte necessariamente num alto grau de activismo ou contramaioritarismo judiciais.

2. AS REGRAS INSTITUCIONAIS: COMPETÊNCIAS E COMPOSIÇÃO DO TC

Do ponto de vista das suas competências e da sua composição — e apesar de algumas singularidades do ponto de vista comparativo —, o Tribunal Constitucional português não é muito diferente de instâncias congéneres

existentes noutras democracias parlamentares ou semiparlamentares. São duas as características institucionais do TC que o transformam potencialmente num «mecanismo consensual». Por um lado, o poder de exercer o controlo abstracto da constitucionalidade de um vasto leque de normas jurídicas a sollicitação de uma grande variedade de entidades públicas e políticas. E, por outro lado, a existência de regras que obrigam à formação de consensos interpartidários para a escolha dos juízes e, bem assim, de práticas que têm sido ainda mais abrangentes de um ponto de vista político.

O conjunto de competências ao dispor do Tribunal Constitucional português torna-o potencialmente uma das mais poderosas instâncias judiciais no mundo²². Essas competências incluem, entre muitas outras, o controlo da constitucionalidade (e de certas formas de legalidade) de diplomas do parlamento e do governo e de outras normas do ordenamento jurídico português. Nessa competência — a que possibilita a mais clara intervenção do Tribunal no processo de formulação e reformulação das medidas político-legislativas —, o TC exerce a fiscalização preventiva (antes da promulgação presidencial) de decretos da Assembleia e do governo a requerimento do Presidente da República e, no caso dos diplomas regionais, dos ministros da República. Em situações particulares — no caso das chamadas leis orgânicas —, o TC pode ainda actuar a requerimento do primeiro-ministro ou de um quinto dos deputados à Assembleia da República. O Tribunal exerce ainda a fiscalização sucessiva (após a entrada em vigor dos diplomas), quer no que respeita à fiscalização abstracta, quer no que respeita à fiscalização concreta. No primeiro caso, essa fiscalização pode ser requerida por uma grande variedade de entidades e tem por objecto todas as normas do ordenamento jurídico português. A fiscalização concreta corresponde, essencialmente, a duas modalidades: o recurso das decisões que apliquem norma que seja arguida de inconstitucional durante um processo judicial; o recurso das decisões dos tribunais que recusem a aplicação de uma norma com fundamento na sua inconstitucionalidade. Por fim, o TC procede ao controlo da chamada inconstitucionalidade por omissão, ou seja, verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais²³. O quadro n.º 1 resume estas competências de controlo da constitucionalidade.

²² Allan R. Brewer-Carías, *Judicial Review in Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.

²³ Para uma introdução mais aprofundada às competências do TC, cf. José Manuel Cardoso da Costa, *A Jurisdição Constitucional em Portugal*, Coimbra, 1992, Miguel Lobo Antunes, «Tribunal Constitucional», in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, vol. VII, Lisboa, 1996, pp. 433-452, e Armindo Ribeiro Mendes, «Portugal — Tribunal Constitucional», in AAVV, *I Conferência da Justiça Constitucional da Ibero-América, Portugal e Espanha*, separata do *Boletim de Documentação e Direito Comparado*, n.ºs 71-72, 1997, pp. 689-776.

Competências do Tribunal Constitucional no controlo da constitucionalidade

[QUADRO N.º 1]

Competência	Requerentes	Objecto
Fiscalização preventiva (ou a priori)	Presidente da República	Convenções internacionais Decretos da Assembleia da República ou do governo
	Primeiro-ministro ou um quinto dos deputados da Assembleia da República	Decretos da Assembleia da República respeitantes a leis orgânicas
	Ministros da República	Diplomas das regiões autónomas
Fiscalização abstracta sucessiva (ou a posteriori)	Presidente da República Presidente da Assembleia da República Primeiro-ministro Provedor de Justiça Procurador-geral da República Um décimo dos deputados da Assembleia da República	Todas as normas do ordenamento jurídico português
	Procurador-geral adjunto	Normas julgadas inconstitucionais em três casos de fiscalização concreta
	Ministros da República Assembleias legislativas regionais, seus presidentes ou um décimo dos seus deputados Presidentes dos governos regionais	Todas as normas do ordenamento jurídico português com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas.
Fiscalização concreta	Particulares Ministério Público	Todas as normas do ordenamento jurídico português
Fiscalização da inconstitucionalidade por omissão	Presidente da República Provedor da Justiça	Verificação do não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas
	Presidentes das assembleias legislativas regionais	Idem, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas

Uma análise sumária da jurisprudência do Tribunal confirma que, apesar do grande número de atribuições que detém, o TC tem tido uma vocação primordial: dos mais de 8700 acórdãos proferidos entre 1983 e 1998, apenas

8% não diziam respeito ao controlo da constitucionalidade (e da legalidade) de normas jurídicas. Dos restantes 8004 acórdãos, a esmagadora maioria diz respeito a decisões em fiscalização concreta (87%), a grande responsável pelo crescimento exponencial do volume de trabalho do Tribunal nos últimos anos. Todavia, apesar da sua reduzida expressão quantitativa no total da actividade do Tribunal, a fiscalização preventiva e a fiscalização abstracta sucessiva são as modalidades de controlo que possuem os maiores efeitos políticos. Ao contrário do que sucede na fiscalização concreta, as decisões em fiscalização abstracta que declaram a inconstitucionalidade de normas têm efeitos gerais, impedindo que essas normas sejam promulgadas ou eliminando-as do ordenamento jurídico. E, ao contrário do que sucede com a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, a sua eficácia não depende directamente da acção futura do poder político. Assim, as decisões no âmbito da fiscalização abstracta podem traduzir-se numa «intromissão» do Tribunal no processo legislativo, revogando ou alterando normas aprovadas por governos e maiorias parlamentares. Como salienta Habermas, «é precisamente no domínio do controlo abstracto que se agudiza a competição entre o tribunal constitucional e o legislador democraticamente legitimado»²⁴.

No que respeita à composição do Tribunal, a solução encontrada na revisão constitucional de 1982 não resultou de nenhum projecto apresentado pelos partidos, acabando por ser um dos aspectos da revisão que suscitaram maiores impasses nas negociações entre a Aliança Democrática (AD) e o Partido Socialista (PS)²⁵. Esta solução acabou por reflectir outros aspectos estruturais da própria revisão constitucional, preocupada em eliminar os poderes de reserva dos militares e em clarificar, limitando-os, alguns dos poderes presidenciais do general Ramalho Eanes. Já descrita como o «pecado original» do Tribunal Constitucional²⁶, a regulação da composição do TC resultou de um compromisso algo inesperado entre duas propostas iniciais que continham aspectos que se revelaram mutuamente inaceitáveis. Enquanto a AD propunha inicialmente que o TC fosse integrado por uma maioria de juizes de carreira, o PS defendia uma solução à italiana, que incluía uma parte substancial (um terço) de juizes nomeados pelo Presidente da República. Após várias rondas de negociações e múltiplas contrapropostas, o compromisso final acabou por excluir do processo de designação dos juizes

²⁴ Jürgen Habermas, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, Mass., MIT Press, 1996, p. 241.

²⁵ Cf. Miguel Almeida Fernandes, «PS e AD colocam Eanes entre a espada e a parede», in *Expresso* de 24-7-1982, p. 5, e Almeida Santos, «O Tribunal Constitucional», in *Diário de Notícias* de 17-8-1982.

²⁶ Luís Nunes de Almeida, «Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)», in AAVV, *Legitimidade...*, p. 242.

constitucionais não só o próprio poder judicial, mas também, e principalmente, o presidente Eanes²⁷. No final estabeleceu-se que, dos treze juízes do Tribunal, dez seriam eleitos pela Assembleia da República por uma maioria qualificada de dois terços e três seriam cooptados por aqueles.

As críticas dirigidas contra o compromisso alcançado — entre as quais se destacam as de Jorge Miranda²⁸, de um importante sector do PS²⁹ e do próprio presidente Ramalho Eanes³⁰ — não desapareceram inteiramente até aos nossos dias e fundam-se na noção de que o TC é um tribunal político, «com excessivas dívidas partidárias»³¹. À época geraram-se mesmo receios de que, em virtude da sua composição, a existência do Tribunal viesse a revelar-se inaceitável para os magistrados judiciais³² e que o TC se convertesse num instrumento de «maiorias mais ou menos efémeras»³³ ou até numa «bomba de relógio para o Estado de direito democrático»³⁴. Todavia, a forma como o processo de nomeação dos juízes veio a funcionar na prática acabou por afastar alguns dos receios iniciais, levando alguns dos mais cépticos a reverem a sua posição mais tarde³⁵. Dada a configuração do sistema partidário português, a exigência de uma maioria qualificada de dois terços

²⁷ Cf. Rebelo de Sousa, *op. cit.*, p. 224, e Nunes de Almeida, *op. cit.*, pp. 247-248.

²⁸ Cf. Jorge Miranda, *Revisão Constitucional e Democracia*, Lisboa, Rei dos Livros, 1983, pp. 184-185, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 3.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 407, «A fiscalização da constitucionalidade — uma visão panorâmica», in *Scientia Iuridica*, t. XLII, n.ºs 244-246, 1993, p. 172, e *Manual de Direito Constitucional*, t. I, 5.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1996, p. 381.

²⁹ Nesse sector do PS encontrava-se, aliás, o actual Presidente da República. Com efeito, em 1982 Jorge Sampaio votou a norma sobre a composição do TC com a seguinte declaração: «Votei favoravelmente o artigo 284.º do projecto de revisão da CERC apenas por disciplina partidária. Consagrou-se assim uma fórmula pela qual os juízes do Tribunal Constitucional são apenas escolhidos pela Assembleia da República. Teria preferido outra solução, nomeadamente a que se aproximasse da constante do projecto de revisão constitucional da FRS (cf. artigo 284.º desse projecto)», in *Diário da Assembleia da República*, 1.^a série, n.º 128, de 28-7-1982, p. 5417.

³⁰ Em comunicação ao país a propósito da revisão constitucional, Ramalho Eanes dizia, sobre o TC, «ter-se encontrado solução pouco razoável para a sua composição. De todas as soluções imagináveis, escolheu-se a mais estranha, em termos de democracia, já que o Tribunal Constitucional tem origem única no parlamento. Irá, pois, apreciar as leis elaboradas por quem o escolheu» (comunicação ao país de 5-11-1982, p. 10).

³¹ A expressão é de António Barreto em crónica no jornal *Público* de 10-11-1996, p. 7.

³² Cf. José Castelo, «Tribunal Constitucional é questão política», in *Diário de Notícias* de 21-5-1982, p. 15.

³³ Editorial, «A autofiscalização», in *Diário de Notícias* de 23-7-1982, p. 2.

³⁴ Cf. intervenção de Jorge Miranda na Assembleia da República cit. por Maria Manuela Morais Cunha e Viterbo do Rosário Rego (orgs.), *Constituição da República Portuguesa. A Letra e o Espírito de Uma Lei Fundamental*, Lisboa, Publicações Dom Quixote, 1983, p. 364.

³⁵ Jorge Sampaio, um dos críticos da composição do TC em 1982, diria, catorze anos mais tarde, que «o Tribunal tem sido sempre discutido, *erradamente*, por causa da forma de escolha dos seus membros» (cf. intervenção no encerramento do seminário «20 anos da Constituição Portuguesa», in *Público* de 8-5-1996, p. 9, *itálico* nosso).

para a eleição de dez dos juízes teve duas consequências. Por um lado, ao contrário do que chegou a temer-se, nenhum partido tem sido capaz de, por si só, eleger a maioria dos juízes. Por outro lado, apesar de os dois maiores partidos — o PS e o PSD — terem sempre possuído deputados em número suficiente para elegerem a totalidade dos juízes sem o apoio de outras forças partidárias, o total «bipartidarismo» das nomeações tem sido igualmente evitado. Em primeiro lugar, porque, aquando da criação do Tribunal, a existência de uma coligação governamental PSD-CDS levou a uma repartição de lugares entre os dois partidos que, de certo modo, se manteve mesmo após aquela coligação se ter dissolvido. E, em segundo lugar, porque os socialistas tiveram o cuidado de não excluírem o PCP da órbita constitucional, convidando os comunistas a indicarem o nome de um dos juízes eleitos pelo parlamento³⁶. Também aqui, no estabelecimento de acordos interpartidários que reproduzem ou mesmo excedem a proporcionalidade na representação das diversas forças parlamentares no seio do Tribunal, o caso português assemelha-se ao que sucede na maioria das instituições congéneres³⁷.

Subsistia, no entanto, a necessidade de proceder àquilo que já se designou por «difícil alquimia»³⁸, repartindo um número ímpar de treze juízes por quatro forças políticas. Para o efeito, a AD e o PS estabeleceram em 1982 um «acordo de cavalheiros» cujas cláusulas têm, no essencial, sobrevivido ao longo das diversas recomposições do TC: 1.^a, os dois maiores partidos repartem equitativamente os dez juízes eleitos pela Assembleia (5 + 5) e dois dos três juízes cooptados; 2.^a, o partido maioritário indica o nome do presidente do Tribunal, com a condição de o terceiro cooptado ser politicamente neutro, mas «inclinado» para o partido minoritário; 3.^a, o vice-presidente situa-se na área do partido minoritário; 4.^a, sem prejuízo do esquema de repartição previsto a cláusula 1.^a, os dois maiores partidos «permitem» que o CDS-PP e o PCP designem juízes, em número variável³⁹. Ao longo dos anos, este acordo nem sempre esteve ao abrigo das mudanças no equilíbrio de poderes entre os quatro partidos⁴⁰. Todavia, o *gentlemen's agreement* de

³⁶ Cf., por exemplo, «Vital Moreira analisa convite do PS», in *Expresso* de 30-10-1982, p. 2.

³⁷ Cf. Alexander von Brünneck, «Constitutional review and legislation in western democracies», in Christine Landfried (org.), *op. cit.*

³⁸ Aristide Canepa, «Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costituzionale como elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese», in Pasquale Costanzo (org.), *L'Organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Turim, G. Giappichelli Editore, 1996, p. 580.

³⁹ Para uma descrição mais detalhada deste acordo, cf. António de Araújo, *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um Estudo de Comportamento Judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, pp. 37-39.

⁴⁰ O PSD já pretendeu, pelo menos em duas ocasiões, renegociar o compromisso original. Primeiro, em 1987, após ter alcançado a maioria absoluta nas eleições desse ano, reclamou

1982 parece ter-se tornado uma espécie de «ponto focal» em relação ao qual as únicas forças partidárias com poder para o renegociarem — socialistas e social-democratas — não têm incentivos para se afastarem, dada a possibilidade de uma ou outra vir a ser prejudicada. Seja como for, importa sublinhar que o critério equitativo na repartição dos lugares e a concessão da possibilidade de designação de juízes aos pequenos partidos têm evitado que, do ponto de vista da contabilização das designações, o TC tenha sido sistematicamente «controlado» por partidos ou coligações políticas maioritárias.

Onde os críticos certamente não erraram foi na previsão de dificuldades nos processos de recomposição do TC, dada a exigência de um consenso interpartidário para a escolha dos juízes constitucionais⁴¹. Na verdade, a extrema dependência do Tribunal em relação ao clima de entendimento entre os dois principais partidos parece ser, sem margem para dúvidas, o principal «calcanhar de Aquiles» da solução encontrada em 1982. Em diversas ocasiões o próprio funcionamento do Tribunal foi afectado pela conflitualidade político-partidária gerada em torno da sua composição. Isso sucedeu várias vezes desde 1983 (quando a cooptação dos juízes se arrastou por vários meses, impedindo a entrada em funcionamento do Tribunal e ameaçando seriamente a sua credibilidade) até à última renovação global do TC (o mandato da maioria dos juízes terminou formalmente em Agosto de 1995 e a sua substituição só ocorreu no início de 1998). Prevendo estes problemas, a Lei do TC possui uma «válvula de segurança», nos termos da qual os juízes se mantêm em funções até serem substituídos. No entanto, aquilo que foi concebido como uma solução para os atrasos na recomposição do TC tornou-se uma das suas causas: dado que os juízes se mantêm em funções até serem substituídos, os partidos podem ajustar a recomposição do Tribunal para os *timings* que lhes forem politicamente mais convenientes. Corre-se mesmo o risco de a eleição dos novos juízes ser retirada *sine die* da agenda política, criando graves perturbações ao funcionamento interno do Tribunal⁴².

O «consensualismo institucional» que caracteriza a fiscalização da constitucionalidade em Portugal decorre, assim, dos vastos poderes do Tribunal em relação ao poder legislativo e de regras formais e informais que, do ponto de vista da sua composição político-partidária, impediram que o TC reflectisse sistematicamente o poder de maiorias políticas existentes noutros órgãos de soberania. Este consensualismo acompanha outros aspectos da arquitectura político-institucional portuguesa, tais como a proporcionalidade do

para si um lugar suplementar; mais tarde, em 1998, exigiu a presidência do Tribunal enquanto principal força da oposição (cf. Marcelo Rebelo de Sousa, *op. cit.*, p. 225).

⁴¹ Cf. Miguel Lobo Antunes, «A revisão constitucional e o Conselho da Revolução», in *Expresso* de 31-7-1982, p. 10.

⁴² Algo que, de resto, já foi reconhecido pelo seu anterior presidente (cf. Armando Marques Guedes, «Justice constitutionnelle. Rapport portugais», in AAVV, *Études de droit constitutionnel franco-portugais*, Paris, Economica, 1992, p. 318).

sistema eleitoral ou o semipresidencialismo⁴³, e sugere que o Tribunal possa ter desempenhado, em relação do poder político, um papel fundamentalmente «contramaioritário». Contudo, como veremos de seguida, os efeitos das regras institucionais têm sido mediados por diversos contextos políticos e pela forma como afectaram os incentivos dos actores políticos e institucionais que se relacionam com o TC.

3. AGENTES E DINÂMICAS DA LITIGÂNCIA CONSTITUCIONAL

3.1. PERSPECTIVAS TEÓRICAS

O que determina a litigância constitucional dos actores políticos? Segundo Alec Stone, «os tribunais constitucionais e as oposições políticas estão ligados por uma espécie de correia de transmissão jurisprudencial. As oposições ‘judicializam’ os processos legislativos para ganharem aquilo que normalmente perderiam através dos processos políticos normais»⁴⁴. Assim, «o notável desenvolvimento da fiscalização abstracta da constitucionalidade em França e na Alemanha é um resultado da (e uma resposta à) exploração dos tribunais por actores políticos para fins político-partidários»⁴⁵. Isto sugere, desde logo, uma hipótese empiricamente verificável acerca dos usos políticos da litigância constitucional. Em face da generalizada disciplina partidária e da debilidade institucional dos parlamentos, características da maioria dos regimes parlamentares ou semiparlamentares, os governos maioritários — especialmente os monopartidários — são capazes de reduzir ao mínimo a resistência dos grupos parlamentares da oposição às suas medidas políticas. Todavia, é também nestas circunstâncias que podemos esperar um mais intenso uso contramaioritário da fiscalização da constitucionalidade, já que aqueles que se encontram ideologicamente mais distanciados do partido da maioria e/ou mais desprovidos de poder e capacidade de intervenção no processo legislativo dispõem de maiores incentivos para enviarem diplomas ao Tribunal com vista a que o resultado final do processo legislativo venha a aproximar-se mais das suas preferências ideológicas.

No entanto, esta visão puramente «ideológica» da litigância constitucional apresenta alguns problemas. É o próprio Stone que sugere que existem limites a esta forma de «judicialização» dos conflitos políticos, dado que as oposições «não perdem tempo e recursos a ameaçar com a intervenção dos

⁴³ A. Lijphart, *op. cit.*, pp. 267-288.

⁴⁴ Alec Stone, «Judging...», p. 447.

⁴⁵ Id., «Abstract...», p. 49.

tribunais se não existirem ou não forem encontradas objecções credíveis à constitucionalidade da legislação em causa»⁴⁶. Esta formulação sugere que há razões técnico-jurídicas para que a «judicialização da política» se confine apenas aos casos onde podem gerar-se genuínas controvérsias jurídico-constitucionais, mas não devemos ignorar que essas razões são também políticas. Por um lado, porque, no fim de contas, «a maior parte da legislação em todos os parlamentos é de carácter rotineiro e administrativo, sendo aprovada consensualmente com o apoio explícito ou tácito dos partidos da oposição»⁴⁷. Portugal não escapa a essa regra. Por exemplo, uma parte substancial — e, por vezes, maioritária — do vasto número de leis produzidas pelo parlamento português é composta por «leis de reordenamento administrativo», aprovadas por acordo de todos os grupos parlamentares e que visam apenas criar vilas, concelhos e cidades⁴⁸. O uso das competências legislativas do governo, que produz largas centenas de decretos-leis por ano, corresponde a um número significativo de diplomas de regulação administrativa de rotina, que contêm normas incontroversas e insusceptíveis de colocarem questões de constitucionalidade relevantes. Deste modo, não devemos ficar surpreendidos se a «judicialização» da actividade legislativa através da litigância constitucional se confinar a uma percentagem reduzida da actividade normativa de governos e parlamentos, ou seja, à parte dessa actividade normativa que não é meramente rotineira, administrativa e politicamente incontroversa.

Por outro lado, o uso indiscriminado do controlo de constitucionalidade pode retirar credibilidade institucional aos litigantes e aumentar o risco de decisões desfavoráveis. Há boas razões para supor que os actores políticos são agentes sofisticados no uso da litigância constitucional para a prossecução de objectivos político-ideológicos, ou seja, que ponderam as consequências prováveis do envio de diplomas ao Tribunal. Isso é particularmente claro no caso dos presidentes, por exemplo. O eventual veto de um diploma em resultado de uma decisão do TC no sentido da sua inconstitucionalidade é, na perspectiva do presidente, uma «arma» mais letal do que o veto político: neste último caso, a maioria exigida para a confirmação é, em regra, a maioria absoluta, ao passo que o veto por inconstitucionalidade só pode ser ultrapassado por uma maioria de dois terços, o que constituiria uma espécie

⁴⁶ Id., *ibid.*

⁴⁷ Herbert Döring, «Institutions and policies: why we need cross-national analysis», in Herbert Döring (org.), *op. cit.*, p. 44.

⁴⁸ Cf. Walter C. Opello, «O parlamento português: análise organizacional da actividade legislativa», in *Análise Social*, n.º 100, vol. xxiv, 1988, Pedro Coutinho Magalhães, «A actividade legislativa da Assembleia da República e o seu papel no sistema político», in *Legislação*, n.º 12, 1995, e Cristina Leston Bandeira, «Relationship between parliament and government in Portugal: an expression of the maturation of the political system», in Philip Norton (org.), *Parliaments and Governments in Western Europe*, Londres, Frank Cass, 1998.

de emenda constitucional *ad hoc* (o que nunca sucedeu no caso português). No entanto, e por isso mesmo, os ganhos potenciais são tão elevados como os custos envolvidos no caso de uma decisão desfavorável ao chefe de Estado, decisão que, para mais, concederia legitimidade suplementar aos diplomas da maioria. Assim, as boas e más razões «jurídicas» para o envio de diplomas para o TC são também, frequentemente, as boas e más razões «políticas».

O outro problema suscitado por uma explicação puramente ideológica da litigância constitucional deriva da circunstância de os litigantes políticos serem movidos por motivações que não são unicamente ideológicas e de, na busca desses objectivos, serem igualmente agentes estratégicos e sofisticados. Os litigantes políticos não estão apenas preocupados com as consequências substantivas das decisões judiciais ou com a forma como elas coincidem ou não com as suas preferências. Num artigo recente, que utiliza a teoria dos jogos para gerar previsões acerca do uso e das consequências da litigância constitucional, Georg Vanberg utiliza aquilo a que chama um «factor de punição», através do qual procura captar os custos em que os actores políticos incorrem ao enviarem diplomas para o Tribunal ou ao apresentarem propostas legislativas «nas margens da constitucionalidade»⁴⁹. Essa punição não consiste apenas nos efeitos de uma eventual decisão desfavorável no conteúdo das políticas, mas também na perda de credibilidade dos litigantes perante a opinião pública, especialmente quando a invocação de inconstitucionalidades é inopinada, percebida como um confronto com o próprio Tribunal ou como uma politização excessiva das questões da constitucionalidade com fins obstrucionistas. Nas palavras do autor, «os cidadãos não estão preocupados apenas com o conteúdo das políticas públicas, mas também com os *processos*, ou seja, esperam que os políticos e os partidos ‘jogem segundo as regras’»⁵⁰. A «punição» possui, assim, contornos eleitorais. As eleições futuras lançam uma sombra sobre a legislatura em curso, inibindo os actores políticos de «judicializarem» os seus conflitos de forma excessiva e impelindo-os a estabelecerem consensos e compromissos políticos.

3.2. A LITIGÂNCIA CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL

O que nos diz o caso português acerca da plausibilidade destas diferentes explicações da litigância constitucional? A primeira coisa que importa notar

⁴⁹ G. Vanberg, *op. cit.*, p. 303.

⁵⁰ *Id.*, *ibid.* p. 305.

é que existe uma quantidade apreciável de pedidos de fiscalização abstracta que não são da responsabilidade de actores políticos. Isso dá-se particularmente nos pedidos de fiscalização sucessiva, onde os litigantes se dividem essencialmente em dois grupos. Por um lado, os litigantes «políticos» propriamente ditos (Presidente da República, presidente e deputados da Assembleia da República e primeiro-ministro), cujos mandatos estão directa ou indirectamente dependentes dos resultados de eleições. Por outro lado, os litigantes «jurídicos» (procurador-geral da República, procurador-geral-adjunto e provedor de Justiça), entidades que não são formadas por eleições nem dependem hierarquicamente do poder político⁵¹. Para além disso, a fiscalização sucessiva tem especificidades em relação à fiscalização preventiva no que respeita ao seu objecto. Na fiscalização preventiva, os pedidos estão circunscritos a diplomas recém-aprovados pela Assembleia ou pelo governo; na fiscalização sucessiva, o objecto é alargado a todas as normas do ordenamento jurídico português. Isto implica que no universo normativo sujeito ao controlo de constitucionalidade por parte do TC se encontrem normas produzidas em diferentes períodos históricos (pré e pós-constitucionais) por todos os órgãos portugueses com competência normativa (Assembleia da República, governo, assembleias e governos das regiões autónomas e de Macau, câmaras municipais e mesmo o Supremo Tribunal de Justiça) e em resultado das mais diversas combinações de apoio político.

Isto sugere duas questões preliminares sobre a litigância constitucional. A primeira é a de saber se a fiscalização sucessiva será potencialmente relevante para o tema que aqui nos ocupa, ou seja, o impacto do TC no processo legislativo a nível do poder central e nas relações entre maioria e oposição. A segunda é a de saber se a litigância dos actores «jurídicos» pode ser analisada nos mesmos termos que a dos actores «políticos». A resposta à primeira pergunta é inequivocamente afirmativa. A grande maioria (78%) dos pedidos de fiscalização sucessiva entre 1983 e 1998 não teve por objecto posturas ou regulamentos municipais, diplomas das regiões autónomas, assentos do STJ ou mesmo normas pré-constitucionais⁵². Na verdade, a vocação essencial da fiscalização abstracta sucessiva é a apreciação da constitu-

⁵¹ Em rigor, existe um terceiro grupo de litigantes, composto pelos ministros da República e pelos titulares dos órgãos de governo das regiões autónomas. Sendo a questão que nos ocupa a do papel do TC na relação entre maioria e oposição e no funcionamento do poder legislativo central, deixaremos para melhor oportunidade a análise da litigância desse terceiro grupo.

⁵² Neste capítulo, o Tribunal distingue-se claramente da sua antecessora, a Comissão Constitucional. Enquanto mais de um terço dos pareceres proferidos pela Comissão em fiscalização sucessiva recaíram sobre diplomas anteriores à Constituição de 1976, essa percentagem reduziu-se a 11% no caso do TC entre 1983 e 1998 (cf. Miguel Lobo Antunes,

cionalidade de diplomas aprovados pelos órgãos legislativos do poder central — a Assembleia da República e o governo — após a entrada em vigor da Constituição de 1976.

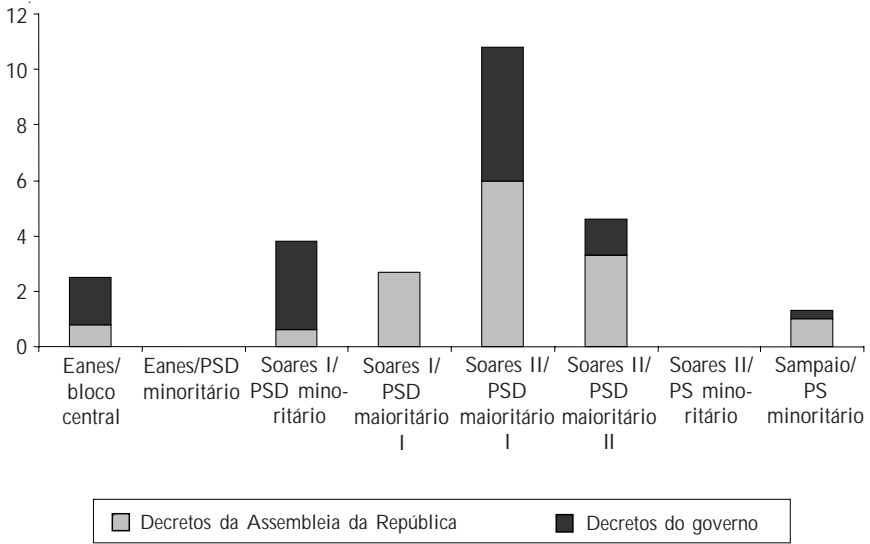
A resposta à segunda pergunta já levanta mais problemas. 74% dos pedidos de fiscalização sucessiva por parte dos litigantes «políticos» foram dirigidos contra diplomas de legislaturas ou governos «contemporâneos», ou seja, diplomas produzidos por parlamentos ou governos que ainda estão em funções à data do pedido. Por outras palavras, a fiscalização sucessiva a cargo de litigantes políticos assume-se quase como uma fiscalização «pós-preventiva», procurando que o Tribunal se transforme num órgão cuja concordância para a modificação das políticas públicas se torna necessária. Em contraste, 71% dos pedidos de fiscalização sucessiva por parte dos litigantes «jurídicos» movidos contra diplomas do governo ou da Assembleia diziam respeito a normas produzidas por legislaturas passadas ou governos que já não se encontram em funções, incluindo governos pré-constitucionais. Isto não significa que estes últimos pedidos sejam, num sentido lato, «apolíticos», quer nas suas motivações, quer nas suas consequências. Estes dados mostram, porém, que o uso da fiscalização sucessiva está longe de se confinar ao papel de «arma política» no conflito quotidiano entre maiorias e oposições e que as teorias existentes sobre a litigância constitucional não são susceptíveis de se aplicarem à litigância «jurídica».

Assim, por razões de brevidade e exequibilidade, deixamos em aberto o tratamento dessa litigância «jurídica». Contudo, a análise dos pedidos de fiscalização abstracta de actores políticos sugere algumas conclusões interessantes. As figuras n.ºs 1, 2 e 3 mostram o uso da fiscalização abstracta pelo Presidente e pelos deputados. Na figura n.º 1 apresentamos a média anual de pedidos de fiscalização preventiva do Presidente em diferentes períodos, definidos em termos de combinações entre o mandato presidencial e os diferentes governos. Na figura n.º 2 mostramos um indicador alternativo ao anterior: a percentagem de envios em fiscalização preventiva em relação à totalidade de decretos da Assembleia da República e do governo enviados para promulgação presidencial. Finalmente, na figura n.º 3 apresentamos a litigância constitucional dos deputados dirigida a diplomas de parlamentos e governos «contemporâneos» (a esmagadora maioria dos casos neste tipo de litigância) ao longo das várias legislaturas desde 1983.

«A fiscalização da constitucionalidade das leis no primeiro período constitucional: a Comissão Constitucional», in *Análise Social*, n.ºs 81-82, vol. xx, 1984, p. 315). A distância temporal entre a aprovação da Constituição e a entrada em funcionamento do TC e a forma como se permitiu que quer o poder legislativo, quer os próprios tribunais (e a Comissão Constitucional), fossem corrigindo as inconstitucionalidades da legislação em vigor ajudam a explicar este decréscimo do controlo de diplomas aprovados pelo regime autoritário.

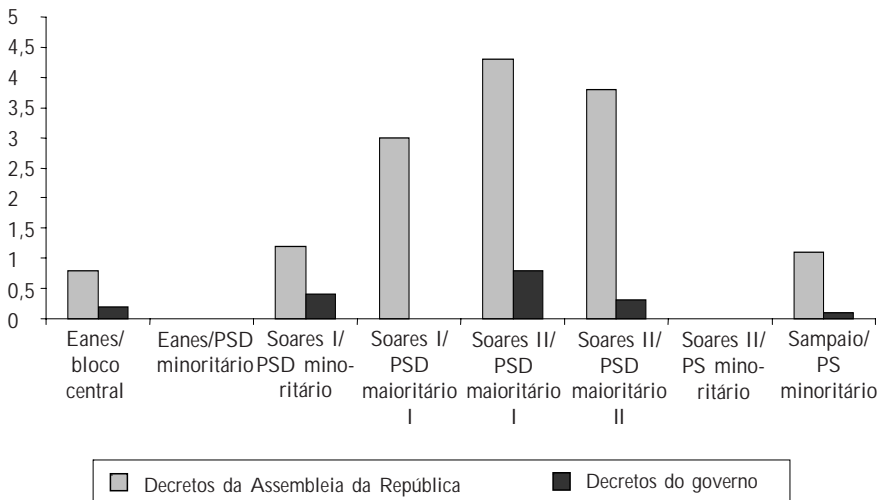
Pedidos de fiscalização preventiva a solicitação do PR: 1983-1998
(média anual)

[FIGURA N.º 1]



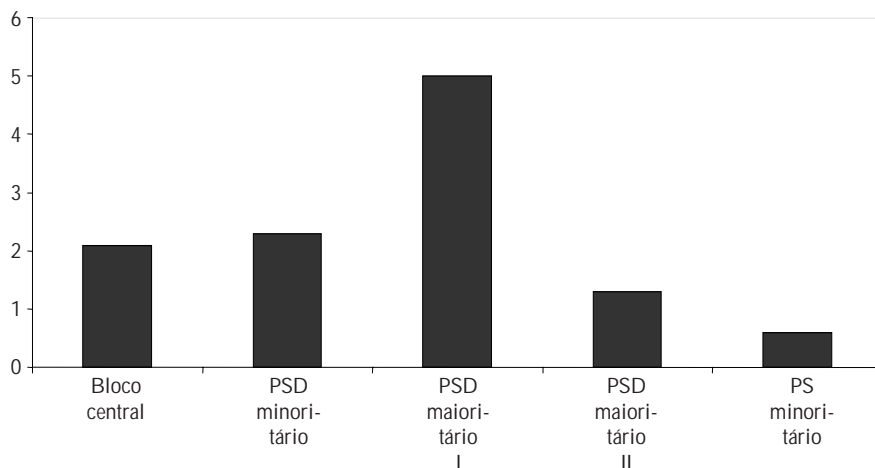
Pedidos de fiscalização preventiva a solicitação do PR: 1983-1998
(percentagem em relação aos totais enviados para promulgação)

[FIGURA N.º 2]



A litigância constitucional dos deputados em relação a diplomas de governos e parlamentos «contemporâneos»: 1983-1998
(média anual)

[FIGURA N.º 3]



Em certos aspectos, estes dados são congruentes com a hipótese que associa o aumento da litigância constitucional aos governos maioritários e a uma maior distância ideológica entre litigantes e governos. De facto, é nos períodos de coabitação Soares/PSD que encontramos um mais nítido aumento da litigância constitucional do Presidente, particularmente nas fases de maioria absoluta, ou seja, quando o governo e a maioria que o apoiava não eram obrigados a «temperar» ideologicamente as suas medidas políticas com vista à formação de alianças parlamentares com outros partidos. Para além disso, e apesar de a litigância do Presidente ser mais elevada no período PSD minoritário do que durante o período do bloco central, não podemos esquecer que a esmagadora maioria de pedidos no período Soares I/PSD minoritário se fez em relação a decretos do governo, ou seja, diplomas aprovados em Conselho de Ministros à revelia dos processos de negociação parlamentar⁵³. A litigância constitucional dos deputados, por seu turno, também parece ser parcialmente congruente com a hipótese «contramaioritária». Em

⁵³ José Pedro Castanheira afirma que foi precisamente a condição de governo minoritário do PSD na época que o levou a legislar mais frequentemente por decreto-lei, o que, por sua vez, parece ter conduzido a que a fiscalização da constitucionalidade se dirigisse mais frequentemente a diplomas do governo do que a diplomas da Assembleia (cf. José Pedro Castanheira, «Soares 19, Cavaco 7», in *Expresso* de 18-7-1992, p. 28R). Esta intuição confirma-se quando observamos que, de todos os governos em funções desde 1983, o governo minoritário de Cavaco Silva foi efectivamente o que mais legislou (em média, 744 decretos enviados para promulgação presidencial por ano).

primeiro lugar, porque o seu apogeu se dá num período de governo maioritário. Em segundo, e mais importante, de 1983 a 1998 a litigância constitucional dos deputados em relação a diplomas de governos e parlamentos «contemporâneos» foi da inteira responsabilidade de partidos que, à época, se encontravam na oposição. Os diplomas assim fiscalizados raramente tinham merecido o apoio simultâneo de partidos à esquerda e à direita do espectro partidário no parlamento: ou eram exclusivamente do governo, ou, quando eram da responsabilidade do parlamento, resultavam do apoio do PSD, sozinho ou em coligação com o CDS (durante os governos PSD), ou de alianças parlamentares dos socialistas com os partidos à sua esquerda (durante o governo minoritário do PS).

No entanto, os gráficos anteriores, quer naquilo que mostram, quer naquilo que ocultam, vêm questionar seriamente uma explicação puramente ideológica e contramaioritária da litigância constitucional dos actores políticos. Essas dúvidas colocam-se a três níveis distintos:

a) Actores estratégicos: constrangimentos políticos e eleitorais à litigância

Um dos dados incontornáveis sobre a iniciativa dos actores políticos na fiscalização da constitucionalidade é a sua raridade. De 1983 a 1998, o Presidente enviou ao TC, em sede de fiscalização preventiva, apenas 49 diplomas aprovados pela Assembleia da República ou pelo governo. Na figura n.º 1 verifica-se que a média anual de pedidos de fiscalização preventiva nunca ultrapassou os onze em cada um dos períodos considerados (definidos em termos da combinação entre mandatos presidenciais e legislativas) e a percentagem de diplomas da Assembleia e do governo que acabaram por ser enviados para o TC esteve sempre abaixo, respectivamente, dos 5% e 1% do total de diplomas enviados para promulgação. Já a média anual de pedidos de fiscalização sucessiva por parte dos deputados nunca ultrapassou os cinco pedidos. Esta parcimónia no uso da litigância constitucional sugere que os actores políticos são estratégicos na sua relação com o Tribunal, abdicando de um uso indiscriminado da fiscalização constitucional como forma de obstrução política das maiorias. Mas estratégicos em que sentido? Em relação à adequação entre as suas preferências e os eventuais efeitos das decisões judiciais ou em relação às consequências eleitorais da litigância?

Tudo sugere que ambos os constrangimentos estão em jogo. A relação de Eanes com o Tribunal Constitucional ilustra o primeiro tipo de constrangimento. A escassez dos pedidos de fiscalização preventiva em relação aos diplomas do bloco central não pode ser dissociada nem do facto de o próprio Tribunal Constitucional ser, na sua origem, uma criação institucional estrutu-

ralmente hostil ao Presidente nem da circunstância mais prosaica de o general Eanes ter pouquíssimos incentivos para o envio de decretos da Assembleia ao TC, em virtude da enorme dimensão da coligação PS/PSD (cerca de 70% dos deputados), capaz de confirmar por maioria qualificada os diplomas com normas consideradas inconstitucionais (o que pode explicar igualmente que a maioria dos envios se reportasse a decretos do governo, insusceptíveis de serem confirmados). Para além disso, Eanes teve logo sinais das baixas probabilidades de sucesso da sua litigância desde o início da sua relação com o Tribunal. Em 25 de Setembro de 1983, cerca de três meses após ter entrado em funções, o governo do bloco central fez aprovar no parlamento a criação de um imposto extraordinário sobre os rendimentos. Esta medida fazia parte de um pacote mais vasto de medidas de agravamento da carga fiscal, visando angariar receitas destinadas a preencher parcialmente um grande «buraco» descoberto no Orçamento de 1983, que ascendia a cerca de 50 milhões de contos⁵⁴. Poucos dias depois — e seguindo a opinião manifestada por variados juristas nos meios de comunicação social, entre os quais se encontravam Jorge Miranda, Medina Carreira ou António Vitorino⁵⁵ — Eanes enviava, pela primeira vez, um diploma para fiscalização preventiva da constitucionalidade ao TC, alegando que o imposto violava o princípio da não retroactividade da tributação. Todavia, esse primeiro envio resultou também numa primeira derrota para Eanes. O Tribunal entendeu que, atendendo à excepcionalidade da crise económica e financeira e ao carácter transitório da medida, a retroactividade em causa não era «arbitrária ou opressiva» e foi ainda mais longe, ao discutir questões não levantadas pelo Presidente, afastando definitivamente quaisquer dúvidas sobre a constitucionalidade do imposto extraordinário. Para o TC, a lei não violava nem o princípio da unidade orçamental nem os objectivos constitucionalmente estabelecidos do sistema fiscal e, portanto, não era inconstitucional. No dia seguinte a imprensa reagia com indignação e incredulidade⁵⁶. Um editorialista de um dos mais importantes semanários portugueses, depois de assinalar uma curiosa «coincidência» («dez dos juízes do Tribunal Constitucional foram eleitos com o apoio dos partidos da actual maioria — e o imposto extraordinário foi aprovado com

⁵⁴ «Editorial», in *Expresso* de 15-10-1983, p. 8.

⁵⁵ «Imposto de salvação nacional renderá ao Estado 12 milhões de contos», in *Expresso* de 17-9-1983, p. 1; «Juristas muito prudentes sobre imposto retroactivo», in *Diário de Notícias* de 15-10-1983, p. 3.

⁵⁶ Em editorial, o *Diário de Lisboa* comentava laconicamente que «o primeiro passo [do TC] não lhe foi propício» (13-10-1983, p. 2). Já o *Diário de Notícias* afirmava que «o acórdão do Tribunal Constitucional lança uma sombra sobre a nossa tranquilidade» («Editorial: o primeiro acórdão», de 14-10-1983), enquanto *A Tarde* classificava a decisão de «incredível» (Margarida Borges de Carvalho, «Editorial», de 13-10-1983).

dez votos a favor»), proclamava: «Daqui para diante os Portugueses não mais saberão as leis por que se regem [...] Na primeira vez que o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre uma questão decisiva para o governo confirmaram-se todas as dúvidas levantadas na altura⁵⁷». Aos olhos da opinião pública — e, provavelmente, aos olhos de Eanes —, o TC tinha-se afirmado, em vez de um órgão fiscalizador, um actor «maioritário» ao serviço do governo do bloco central.

Apesar de o contexto não lhe ser tão dramaticamente desfavorável, Soares não abdicou também de calcular as suas probabilidades de êxito junto do Tribunal para gerir a sua litigância. Esse cálculo estratégico nota-se em dois tipos de situações. Primeiro, em envios que ficaram «na gaveta». Por exemplo, em 1992, e após a insistência do governo de Cavaco Silva na aprovação das medidas de reestruturação e redimensionamento das forças armadas — que tinham suscitado grande descontentamento nos meios militares e motivado já um veto presidencial —, fontes do Palácio de Belém citadas na imprensa relatavam que, apesar da previsível defesa do envio do diploma para o TC por parte do PS, a existência de uma «série de pequenas inconstitucionalidades não justificam a fiscalização preventiva *nem garantem o chumbo da lei*»⁵⁸. Em segundo lugar, o cálculo estratégico de Soares nota-se a propósito de envios feitos em situações em que a composição do TC indiciava maiores probabilidades de sucesso. Por exemplo, os chamados «vetos de Verão» ganharam a sua (equivoca) designação após Mário Soares ter enviado três diplomas ao TC no espaço de oito dias (entre 23 e 29 de Julho de 1993) para serem apreciados por uma secção do Tribunal (a 1.^a) cuja composição parecia oferecer maiores probabilidades de uma decisão favorável ao Presidente⁵⁹.

⁵⁷ «Editorial», in *Expresso* de 15-10-1983, p. 8. A «coincidência» assinalada tinha, no entanto, alguns aspectos equívocos. Dos 12 juízes que subscreveram a decisão, apenas dois votaram vencidos, nomeadamente aqueles que tinham sido designados pelo Partido Comunista. Todavia, dos dez que votaram a favor, oito tinham sido designados pelos partidos do bloco central, um era o chamado «terceiro cooptado» e um tinha sido designado pelo CDS.

⁵⁸ Cf. «Soares veta de novo lei dos coronéis», in *Expresso* de 4-7-1992.

⁵⁹ Na verdade, os acórdãos respectivos aos três diplomas, datados de 12 de Agosto, vieram apontar para algumas inconstitucionalidades (os excessivos poderes da Polícia Judiciária no combate à corrupção, a restrição da regra da proporcionalidade nas eleições para o Conselho Superior da Magistratura, a excessiva amplitude das incompatibilidades entre a magistratura e o exercício de outras actividades e diversas disposições sobre o segredo de Estado). Já em 1998 foi noticiado o estabelecimento de um «acordo de cavalheiros» entre o Tribunal Constitucional, a Assembleia da República e o governo em que estes últimos se comprometiam «a não enviar diplomas ao Presidente da República, para promulgação, entre a última semana de Julho e as três primeiras de Agosto», de forma a evitar futuras «coincidências» (cf. Teresa Oliveira, «Fim dos ‘vetos de Verão’», in *Expresso* de 18-7-1998).

O segundo tipo de constrangimento à litigância, o constrangimento eleitoral, é patente na assinalável diferença entre o primeiro e o segundo mandato de Mário Soares. Para além de uma diferença de intensidade, que pode constatar-se nas figuras n.^{os} 1 e 2, há também uma diferença na natureza da litigância presidencial. No primeiro período de coabitação Soares/PSD maioritário, a maioria dos pedidos de fiscalização preventiva dirigiu-se preferencialmente a decretos aprovados no parlamento por uma *oversized coalition* constituída pelo partido da maioria e pelo CDS. Entre estes últimos avultavam algumas das medidas estruturais de liberalização económica tomadas na segunda metade da década de 80, que antecipavam ou decorriam da revisão constitucional de 1989: a transformação das empresas do sector empresarial do Estado em sociedades anónimas de capitais públicos; a autorização legislativa para proceder à abertura dos sectores petrolífero, siderúrgico, energético e de telecomunicações e transportes à iniciativa privada; a lei-quadro das privatizações⁶⁰. É certo que, retrospectivamente, Soares não escondeu algumas hesitações quanto a certos aspectos deste processo de liberalização económica⁶¹. Todavia, ilustrativo do carácter menos «contramaioritário» da fiscalização da constitucionalidade nesta época é o facto de pelo menos um desses envios ter decorrido de uma solicitação do próprio primeiro-ministro, interessado em afastar algumas das dúvidas previamente levantadas acerca da compatibilidade entre o processo de liberalização e o princípio da irreversibilidade das nacionalizações previsto na Constituição até 1989⁶².

Tudo isto se modifica no segundo mandato de Soares. A fiscalização preventiva passa a ser dirigida contra diplomas aprovados somente com o apoio do PSD e que respeitavam às relações entre os órgãos de soberania,

⁶⁰ Outros diplomas aprovados por uma coligação parlamentar PSD/CDS e enviados para o TC suscitavam questões ideológicas de natureza semelhante, ao definirem objectivos de política agrícola distintos dos estipulados na Constituição e ao permitirem a concentração de propriedades agrícolas e a afectação de terrenos baldios a fins privados.

⁶¹ Na abertura do Congresso «Portugal: que futuro?», a 9 de Maio de 1994, Soares diria: «Durante quinze anos falou-se muito das consequências negativas, na economia portuguesa, das nacionalizações, impostas no período revolucionário, pelo Conselho da Revolução. Espero que nos próximos anos não venhamos a falar, com idêntico sentido crítico, da forma como têm sido feitas as privatizações, à revelia de uma estratégia coerente e global, discutida e concertada com os agentes económicos» («Abrir as avenidas da discussão», in *Intervenções 9*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1995, p. 88). No entanto, estas preocupações, pelo menos enquanto expressas publicamente, só parecem ter-se agravado particularmente no seu segundo mandato. Em 1988, durante a primeira fase da coabitação com o PSD maioritário, Soares interpretava benignamente o facto de o «país estar 'em paz'» com a liberalização económica como «uma demonstração do amadurecimento político dos Portugueses. Estamos a assistir, em toda a Europa, ao recuo das ideologias e ao primado do pragmatismo» (cf. «Entrevista ao *Tal e Qual*», in *Intervenções 3*, Lisboa, Imprensa Nacional, 1989).

⁶² Cf. «Privatizações: Cavaco pede a Soares envio das leis ao Tribunal Constitucional», in *Expresso* de 1-4-1988.

à organização do sistema político e aos poderes e controlo do executivo no quadro do sistema de governo. Além das matérias já referidas a propósito dos «vetos de Verão», contam-se igualmente as alterações à composição do Conselho Superior do Ministério Público e ao mandato do procurador-geral da República, a extinção da Auditoria Jurídica da Presidência de Conselho de Ministros, as incompatibilidades dos juizes do Tribunal de Contas, as alterações à Lei de Imprensa e ao regime de controlo dos rendimentos dos titulares de cargos públicos e políticos. Os propósitos de Soares em se substituir ao parlamento e à oposição neste segundo mandato como instância de controlo do governo, através, entre outras acções, da fiscalização da constitucionalidade, foram claramente expressos numa longa série de entrevistas concedidas em 1996 e 1997:

A Assembleia da República transformou-se, progressivamente, de órgão fiscalizador, numa caixa-de-ressonância do partido maioritário. A partir daí senti a necessidade de ser mais vigilante, mais inflexível em relação à utilização dos instrumentos que tinha: o direito de veto, a fiscalização exercida sobre as acções do governo [...] O governo procurou reduzir ao máximo o alcance e significado da minha presença [...] e revelou sempre uma certa tendência para confundir, sistematicamente, o Estado com o governo [...] Procurei assegurar o meu próprio espaço, no respeito mais absoluto pelas regras constitucionais⁶³.

Esta transformação da actuação política do Presidente é indissociável da impossibilidade de reeleição para um terceiro mandato. Só em 1991, com a sua reeleição por uma vasta maioria (e, inclusivamente, o apoio do PSD) Soares passou a dispor daquilo a que já se chamou um «poder sem compromissos»⁶⁴. Os constrangimentos eleitorais, resultando neste caso numa autocontenção de um presidente que deseja a reeleição para um segundo mandato, são uma das chaves para a compreensão da diferença entre o primeiro («coabitação distendida e equilibrada com o governo») e o segundo mandatos de Soares («guerrilha institucional»)⁶⁵. Esses constrangimentos reflectem-se também na litigância constitucional. Só no segundo mandato Soares ficou livre para o uso mais frequente da fiscalização preventiva, não apenas para aproximar as medidas legislativas da maioria da sua própria

⁶³ Maria João Avelaz, *Soares. O Presidente*, Lisboa, Público, 1997, pp. 39 e 265.

⁶⁴ Joaquim Aguiar, «A história múltipla», in *Análise Social*, n.º 139, vol. xxxi, p. 1279.

⁶⁵ Manuel Braga da Cruz, «O Presidente da República na génese e evolução do sistema de governo português», in *Análise Social*, n.º 125-126, vol. xxix, 1994, p. 259; cf., no mesmo sentido, David Corkill, «The political system and the consolidation of democracy in Portugal», in *Parliamentary Affairs*, n.º 4, vol. 46, 1993, p. 526.

visão política, mas também para redefinir o espaço de manobra do Presidente e da oposição no contexto desfavorável de uma maioria absoluta que lhe era hostil⁶⁶.

b) Incentivos eleitorais

Vimos já como a litigância constitucional pode ser sujeita a uma «punição eleitoral» e até que ponto esse constrangimento pode inibir o uso dos envios de diplomas para o TC como arma política. Porém, nem todos os autores concordam com a existência de um semelhante «factor de punição». Stone Sweet, por exemplo, sugere que o constrangimento eleitoral à litigância é irrelevante ou funcionará mesmo com o efeito contrário. Para Stone Sweet, o custo dos envios de diplomas para o Tribunal é virtualmente nulo e aquilo que conta para os políticos é o cumprimento de promessas eleitorais: «Os partidos preocupam-se com as consequências [eleitorais] de estabelecerem demasiados, e não insuficientes, compromissos⁶⁷.»

Como vimos, ao contrário do que sugere Stone Sweet, os custos eleitorais da «judicialização» dos conflitos políticos podem efectivamente inibir a litigância constitucional de alguns actores políticos — neste caso de um presidente interessado em garantir a reeleição para um segundo mandato através da captação de parte do eleitorado do centro, necessário para assegurar uma vitória por maioria absoluta. Todavia, o caso português sugere igualmente que há outros actores que podem estar intrinsecamente interessados em «judicializar» os conflitos políticos. Essa «judicialização» não lhes serve só (ou não tanto) para, na falta de outros recursos, procurarem aproximar o desfecho do processo legislativo das suas preferências ideológicas, mas principalmente para sinalizarem ao

⁶⁶ Esta inflexão política do primeiro para o segundo mandatos de Soares, no sentido de um menor compromisso e de uma crescente «publicitação» e polarização dos conflitos com o governo, é revelada por outros indicadores. A percentagem de decretos informalmente devolvidos ao governo pelo Presidente é um indicador relativamente fiável do clima de entendimento entre os dois órgãos de soberania e da sua disponibilidade para evitar o dramatismo associado ao uso dos poderes constitucionais do chefe do Estado. Esta prática de colaboração entre Presidente e governo, virtualmente ignorada pela bibliografia sobre o sistema de Governo português (cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, t. II, 2.^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1983, p. 105), foi-se institucionalizando progressivamente e possibilitando que o Presidente pudesse esclarecer e exprimir junto do governo as suas dúvidas jurídicas e políticas em relação aos diplomas em causa sem usar os seus poderes formais (sendo igualmente usada pelo Presidente para evitar que novos governos vissem promulgados os decretos aprovados por governos anteriores). Ora, a percentagem de decretos do governo devolvidos em relação ao total dos enviados para promulgação sofreu uma importante diminuição ao longo dos vários períodos cobertos pela presidência de Soares: Soares I/PSD minoritário (10%); SoaresI/PSD maioritário I (4,3%); SoaresII/PSD maioritário I (1%); Soares II/PSD maioritário II (1%).

⁶⁷ Stone Sweet, «A comment...», p. 332.

seu eleitorado presente e futuro a disposição de prosseguirem por todos os meios a sua luta contra medidas políticas consideradas indesejáveis.

A litigância constitucional dos deputados, em particular dos comunistas, fornece um exemplo dos incentivos eleitorais à «judicialização da política». Se a motivação fundamental dos deputados fosse apenas colocar pontos de veto às medidas governamentais, a litigância constitucional do Partido Comunista seria difícil de explicar racionalmente. Primeiro, devido à sua baixa taxa de sucesso. Entre 1983 e 1998 apenas cerca de um terço dos pedidos de fiscalização sucessiva dos comunistas resultaram em decisões do TC no sentido da inconstitucionalidade. Em segundo lugar — e mais importante —, porque a fiscalização sucessiva a cargo do PCP caracterizou-se por aquilo a que poderia chamar-se «ineficácia temporal». Cerca de 86% dos pedidos de fiscalização sucessiva da responsabilidade dos comunistas foram dirigidos contra diplomas de «maiorias contemporâneas», ou seja, governos ou parlamentos que se encontravam em funções *à data do pedido*. Ora, sucede que apenas 23% das decisões do TC que resultaram de esses pedidos enfrentaram «maiorias contemporâneas», ou seja, governos ou parlamentos que se encontravam em funções *à data do acórdão*. Esta transformação de pedidos de fiscalização «a quente» em decisões «a frio» decorre de uma diferença capital entre a fiscalização preventiva e a fiscalização sucessiva. Na primeira o Tribunal dispõe, em regra, de 25 dias para se pronunciar. Na segunda não existe, na prática, semelhante prazo e, por vezes, vários anos medeiam entre o pedido e a decisão. A consequência disto é que, para os litigantes, parte da utilidade da fiscalização constitucional tende a desvanecer-se com o «arrefecimento» do controlo *a posteriori* por parte do Tribunal, já que as vitórias ou derrotas impostas às maiorias governamentais ou legislativas que aprovaram os diplomas em causa são aprazadas para momentos e ciclos políticos distintos daqueles que existiam à data dos pedidos e bem depois de a legislação já ter entrado em vigor e produzido os seus efeitos.

Marginalizados face a todas as soluções de governo desde 1976, ocupando a posição ideológica mais distante em face dos governos do PSD e únicos adversários incondicionais do processo de liberalização económica e do consenso gerado em torno da revisão da constituição económica, os comunistas tornaram-se os «campeões» incontestados do envio de diplomas para o TC⁶⁸. Todavia, dada a dupla ineficácia (substantiva e temporal) da sua litigância, como explicar essa hegemonia? Tudo sugere que os deputados não enviam diplomas para o TC apenas para procurarem alterações no conteúdo substantivo das medidas políticas do governo e da maioria, mas tam-

⁶⁸ Entre 1983 e 1991, o PCP participou em 20 dos 30 pedidos de fiscalização sucessiva «a quente» de diplomas da Assembleia da República e do governo.

bém para assegurarem aos seus apoiantes e aos interesses que representam que estão a usar todas as armas políticas ao seu dispor. Assim, a litigância constitucional pode ser um recurso de eficácia imediata reduzida, mas de importância simbólica apreciável, dirigido contra as medidas políticas governamentais, mas com reais objectivos de maximização ou manutenção de apoio eleitoral. Na verdade, o PCP teria dificuldades em explicar ao seu eleitorado uma passividade enquanto litigante, especialmente quando o fulcro da sua agenda política durante os anos 80 foi a protecção da constituição económica face à liberalização promovida pelos partidos de centro-direita e quando muitos desses diplomas procuravam explorar precisamente as «áreas cinzentas» de disposições constitucionais como a irreversibilidade das nacionalizações ou a justa causa dos despedimentos.

Poder-se-ia contrapor a esta tese o argumento segundo o qual parece ocorrer, de facto, um declínio acentuado da litigância constitucional dos deputados do primeiro para o segundo governos maioritários do PSD, visível na figura n.º 3, e que esse declínio poderia realmente decorrer de um abandono da litigância constitucional por parte dos deputados, dada a sua ineficácia. No entanto, seria precipitado concluir nesse sentido. Esse declínio foi sobredeterminado por uma série de outros factores. Por um lado, o desaire eleitoral dos comunistas em 1991, cujo grupo parlamentar se reduziu de 29 para 13 deputados, perdendo, assim, o seu estatuto de litigante constitucional autónomo (já que deixou de possuir o número de deputados necessário — 23 — para requerer a fiscalização sucessiva). Por outro lado, a dependência que assim se gerou em relação aos socialistas para o envio de diplomas ao TC, acompanhada do já referido aumento do activismo presidencial na fiscalização preventiva durante o segundo mandato de Mário Soares, levou a uma redução da quantidade e a uma alteração qualitativa da litigância constitucional dos deputados. Durante o primeiro governo maioritário do PSD, os deputados seguiram em parte as «deixas» do Presidente no que respeitava ao controlo de medidas de liberalização económica e flexibilização do mercado de trabalho (reenviando para o TC diplomas já analisados em fiscalização preventiva), mas ao mesmo tempo alargaram substancialmente o leque das medidas políticas fiscalizadas a outras áreas, como a separação entre o Estado e a Igreja, a política fiscal e orçamental (em defesa dos trabalhadores por conta de outrem, das autarquias locais e dos poderes da Assembleia) e os direitos da oposição na actividade parlamentar. A partir de 1991, os envios passam a respeitar quase exclusivamente a temas já colocados previamente na agenda política pelo Presidente através da fiscalização preventiva ou do veto político (lei da greve, incompatibilidades e rendimentos de titulares de cargos políticos, asilo e acolhimento de estrangeiros).

c) A litigância «pró-governamental»

A perspectiva teórica que associa o uso dos envios para o TC a uma arma política para as oposições «ganharem aquilo que normalmente perderiam através dos processos políticos normais» parte da pressuposição implícita de que os governos são apoiados por maiorias parlamentares. Todavia, como demonstra Kaare Strom, os governos minoritários são uma ocorrência relativamente frequente nas democracias parlamentares multipartidárias⁶⁹. Nestes casos, a noção de contramajoritarismo torna-se um pouco mais ambígua. O veto imposto pelo TC a medidas políticas aprovadas por uma maioria na Assembleia pode constituir não uma derrota para os governos, mas sim, pelo contrário, uma protecção dos seus poderes e competências e, bem assim, numa vitória para as suas opções políticas.

O caso português permite que se ilustre a forma como a litigância constitucional pode consistir num recurso institucional suplementar para fortalecer governos minoritários e favorecer a governabilidade do sistema em circunstâncias políticas desfavoráveis. Isto é permitido, em parte, pelo acesso do primeiro-ministro ao Tribunal. Os casos em que o chefe do governo usou os seus poderes de envio de legislação para fiscalização sucessiva pelo TC concentram-se no período durante o qual Cavaco Silva liderava um governo minoritário. A maior parte deles diziam respeito a diplomas aprovados por «coligações negativas» formadas no parlamento pelos partidos da oposição⁷⁰ e os restantes a leis que, embora tendo merecido o apoio do PSD em votação final global, continham alterações introduzidas no debate na especialidade a propostas de lei orçamentais.

Que o primeiro-ministro procure proteger os poderes e opções do seu governo face a coligações negativas no parlamento, e que em períodos de governo maioritário se abstenha de enviar ao TC diplomas em cuja elaboração e aprovação o seu governo ou o seu partido exerceram total controlo, não é de todo surpreendente. Todavia, diferentes presidentes usaram também os seus poderes de envio de diplomas ao TC num sentido a que poderíamos chamar «pró-governamental». Em 1987, por exemplo, Mário Soares solicitou a fiscalização preventiva de um decreto da Assembleia sobre o enquadramento do Orçamento do Estado, aprovado pelos partidos à esquerda do PSD,

⁶⁹ Kaare Strom, *Minority Government and Majority Rule*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

⁷⁰ A lei dos «salários em atraso» (Lei n.º 17/86); as alterações feitas pela oposição ao decreto-lei que extinguiu o Instituto de Análise da Conjuntura e Estudos de Planeamento, visando conceder protecção adicional aos lugares e situação laboral dos seus quadros (n.º 18/86); a lei que dispunha sobre a alienação de participações do Estado em empresas de comunicação social (n.º 20/86); a resolução que suspendia a criação da Empresa de Silos Portuários, por cisão da EPAC (n.º 27/86); a acidentada lei do licenciamento de estações emisoras da radiodifusão, que já tinha merecido um veto presidencial de Mário Soares (n.º 8/87).

que pretendia, entre outras coisas, retirar ao governo social-democrata algumas das suas competências no domínio da política fiscal. Mais tarde, o socialista Jorge Sampaio iria usar a fiscalização preventiva no mesmo sentido, mas desta vez a favor do governo minoritário de António Guterres. Dois dos seus quatro pedidos de fiscalização preventiva disseram respeito a leis aprovadas no parlamento contra o PS pelos partidos da oposição, uma abrindo vagas suplementares no ensino superior público e outra abolindo as portagens numa auto-estrada, acolhendo os enérgicos protestos dos habitantes da região afectada. Sampaio, aliás, foi claro e cândido quanto às suas motivações ao fazer esses pedidos de fiscalização. No prefácio a uma obra que reúne os seus discursos, e mencionando as «tentações» que os partidos poderiam sentir «numa situação de inexistência de uma maioria absoluta na AR» — entre as quais a de «convocar maiorias negativas pontuais com um sentido de mera obstrução» —, Jorge Sampaio afirmava: «Porque uma e outra tentação se realizariam sempre em prejuízo do regular funcionamento das instituições e da separação e interdependência dos órgãos de soberania, o Presidente da República não deixaria, tal como aconteceu ao longo do último ano, de exercer o seu poder moderador e as competências que lhe são próprias, incluindo o recurso ao Tribunal Constitucional⁷¹.»

Em conclusão, a análise da litigância constitucional por actores políticos sugere que o uso da fiscalização da constitucionalidade decorre de uma complexa combinação de motivações. A introdução de pontos de veto adicionais às medidas de governos apoiados por maiorias parlamentares monopartidárias ocupa um papel central na litigância constitucional e conduz ao aumento da sua intensidade. Todavia, pelo menos três outras tendências são claras. Primeiro, a «judicialização» dos conflitos políticos não é indiscriminada, surgindo limitada por considerações acerca da relevância e possibilidades de sucesso do recurso ao Tribunal. Segundo, a litigância explica-se não só pela procura de objectivos ideológicos, mas também por constrangimentos ou incentivos eleitorais. Finalmente, a litigância constitucional pode também, noutros casos, ser usada como uma arma contra a oposição, especialmente no caso de governos minoritários.

4. COMPORTAMENTO JUDICIAL E «CONTRAMAIORITARISMO»

O que sucede quando, através da litigância constitucional, o Tribunal decide sobre a constitucionalidade de diplomas aprovados por governos e parlamentos? Para a maioria dos estudos sobre a justiça constitucional na

Europa, o comportamento judicial e os factores que o determinam permanecem ocultos dentro de uma impenetrável «caixa negra». A maior parte dos estudos empíricos existentes têm sido incapazes de detectar factores que, de forma sistemática, estructurem o comportamento judicial e influenciem o sentido das decisões. Apesar de a designação partidária dos juízes e a não vitaliciedade do seu mandato — traços comuns à maioria dos tribunais constitucionais — sugerirem que o seu comportamento de voto poderia ser influenciado pelos laços ideológicos e partidários assim estabelecidos, não é isto que tem sido encontrado por estudos feitos sobre os casos alemão, francês, espanhol e da Europa de Leste⁷². Em síntese, Brünneck sugere mesmo que, para a generalidade dos tribunais constitucionais europeus, «os juízes — mesmo os seleccionados na base de lealdade partidária — comportam-se frequentemente de uma forma diferente da esperada pelos seus partidos»⁷³.

A análise dos factores político-partidários por detrás do comportamento judicial tem uma relevância directa para a questão do papel político da justiça constitucional. Se se provar que esses factores não influenciam as decisões do Tribunal, as tensões recorrentes e as negociações complexas que sempre se geram em torno da recomposição do TC tornam-se difíceis de compreender e a chave para a compreensão do papel político do Tribunal terá de ser procurada noutro lado. Todavia, se esse impacto se confirmar, temos algumas razões para prever que o Tribunal será, de facto, uma força contramaioritária, dadas as regras que tendem a evitar a coincidência entre a composição político-partidária do Tribunal e os partidos ou coligações que controlam o parlamento e o governo.

A busca dos factores políticos que determinam os resultados da fiscalização abstracta iniciada por actores políticos em Portugal é dificultada pelo reduzido número de casos, o que conduz a resultados que, embora possam ser boas descrições do comportamento do Tribunal, dificilmente possibilitam um grau de significância estatística que nos permita fazer inferências teóricas. No entanto, é pelo menos possível testar a plausibilidade de algumas explicações. No quadro n.º 2 mostramos os resultados de uma análise estatística multivariada das decisões do Tribunal, testando o impacto de dois factores fundamentais. O primeiro, familiar em toda a bibliografia sobre o tema, dá conta da hipótese de que o sentido das decisões do Tribunal seja

⁷² Cf. Donald Kommers, *Judicial Politics in West Germany: A Study of the Federal Constitutional Court*, Beverly Hills, Sage, 1976, Landfried, «The judicialization», Pierre Bon, «Le juges constitutionnels — Espagne», in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, vol. iv, 1988, e Herman Schwartz, «The new East European constitutional courts», in A. E. Dick Howard (org.), *Constitution Making in Eastern Europe*, Washington, Woodrow Wilson Center Press, 1993.

⁷³ Brünneck, *op. cit.*

influenciado pela sua composição político-partidária (medida, para cada decisão, pela proporção de juizes designados por partidos que apoiaram o diploma em causa). O segundo vista testar se o Tribunal se comporta estrategicamente face à dimensão das maiorias responsáveis pela aprovação dos diplomas⁷⁴. Por outras palavras, procuramos saber se, independentemente das preferências ideológicas e/ou fidelidades partidárias dos juizes, a probabilidade de o Tribunal declarar a inconstitucionalidade de diplomas da AR diminui quando eles resultam de um mais vasto apoio parlamentar, com o fim de evitar reacções parlamentares que pusessem em causa a integridade institucional do Tribunal ou a sua jurisprudência⁷⁵.

A complexidade da técnica estatística utilizada torna a sua explicação pormenorizada particularmente desmotivante e fastidiosa, pelo que remetemos o leitor para o anexo metodológico e passamos imediatamente para a análise sumária dos resultados no quadro n.º 2.

Estimativas logit para a probabilidade de decisões no sentido da não inconstitucionalidade dos diplomas em fiscalização preventiva

[QUADRO N.º 2]

Variáveis independentes	Coefficiente
Composição político-partidária do TC	7,13* (3,32)
Apoio político dos diplomas analisados	- 4,59 -3,54
Constante	- 0,98

- 2LLR (inicial) = 63,51.

- 2LLR (modelo) = 58,205.

$\chi^2 = 5,305$ (2 graus de liberdade; $p = 0,07$).

Percentagem de decisões previstas correctamente pelo modelo: 62,5%.

Os números entre parênteses são erros-padrão.

$N = 47$.

* $p < 0,05$.

Os resultados não permitem extrair conclusões muito categóricas. Globalmente, o modelo explicativo das decisões do TC aproxima-se, mas ainda fica

⁷⁴ Para a discussão da hipótese de um poder judicial estratégico face ao poder político, cf. Pedro Coutinho Magalhães e António de Araújo, «A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português», in *Análise Social*, n.º 145, vol. xxxiii, 1998, p. 14-15, e os estudos sobre o Supremo Tribunal dos Estados Unidos aí citados.

⁷⁵ Para a aplicação destas hipóteses ao comportamento individual dos juizes, cf. Magalhães e Araújo, *op. cit.*

aquém dos níveis convencionalmente aceites de significância estatística. No entanto, no que respeita às variáveis propriamente ditas, a composição político-partidária do Tribunal é a única que explica o sentido das decisões do TC em fiscalização preventiva. O sinal do coeficiente é o esperado: *positivo*. Ou seja, em cada decisão, *quanto maior for a proporção de juízes no interior do TC designados pelos partidos que apoiaram o diploma em análise, mais provável se torna que o Tribunal decida no sentido da não inconstitucionalidade desse diploma*. Por outro lado, a hipótese de que, *ceteris paribus*, as decisões do TC sejam influenciadas de forma independente pela amplitude do apoio político da legislação, condicionando o Tribunal a usar de maior ou menor contenção estratégica face a parlamentos e governos, é claramente invalidada pelos dados⁷⁶. Se adicionarmos a esta análise do comportamento colectivo do TC aquilo que já sabemos sobre o comportamento individual dos juízes em fiscalização preventiva, onde o impacto da sua «conexão partidária» é claro⁷⁷, confirma-se algo que os partidos e as suas lideranças sabem já há muito tempo: a centralidade política dos processos ligados à composição «partidária» do Tribunal.

A análise anterior limita-se à fiscalização preventiva. O que sucede na fiscalização abstracta em geral quando consideramos também os pedidos de fiscalização sucessiva? No quadro n.º 3 aplicamos o mesmo método de análise multivariada usado anteriormente para a fiscalização preventiva, mas desta vez à totalidade da fiscalização abstracta a cargo de litigantes políticos. Como estes casos englobam a fiscalização sucessiva, introduzimos uma nova variável que dá conta do impacto da distância temporal no sentido das decisões do Tribunal. Essa variável distingue simplesmente se a decisão diz ou não respeito a um diploma aprovado por um parlamento ou por um governo ainda em funções.

Desta vez, o modelo explicativo do comportamento de voto do Tribunal é estatisticamente significativo e prevê correctamente 66% das decisões consideradas. A nossa capacidade de explicar as decisões do Tribunal Constitucional em fiscalização abstracta iniciada por litigantes políticos é significativamente aumentada quando sabemos, para cada decisão, o valor de cada uma das variáveis, ou seja, a composição político-partidária do TC, a dimensão da maioria que aprovou a legislação e se o Tribunal enfrentava ou não uma maioria «contemporânea». A introdução de uma nova variável, a «contemporaneidade» da decisão, revela que *a probabilidade de que o TC*

⁷⁶ Em primeiro lugar, o coeficiente tem um sinal negativo, contrário ao esperado. Ou seja, quanto *maior* é a dimensão da coligação política que apoiou o diploma, menor é a probabilidade de que a decisão do TC seja no sentido da sua não inconstitucionalidade. Em segundo lugar, esta relação entre as variáveis carece de significância estatística.

⁷⁷ Magalhães e Araújo, *op. cit.*, p. 33.

detecte inconstitucionalidades nos diplomas diminui significativamente quando a decisão é tomada em relação a diplomas aprovados por maiorias, coligações ou governos «contemporâneos». O último resultado é algo paradoxal: quanto tomamos em conta o impacto das restantes variáveis, o coeficiente para a variável «apoio político» é significativo, mas contrário à direcção esperada. Por outras palavras, *ceteris paribus, a probabilidade de uma decisão no sentido da inconstitucionalidade aumenta quanto maior for a dimensão da coligação de apoio à legislação.*

Estimativas logit para a probabilidade de decisões no sentido da não inconstitucionalidade dos diplomas em fiscalização abstracta

[QUADRO N.º 3]

Variáveis independentes	Coefficiente
Composição político-partidária do TC	6,85* (2,71)
Apoio político dos diplomas analisados	- 6,20* (3,02)
Contemporaneidade da decisão	- 1,12* (0,54)
Constante	0,35

- 2LLR (inicial) = 130,875.

- 2LLR (modelo) = 121,583.

$\chi^2 = 9,293$ (3 graus de liberdade; $p < 0,05$).

Percentagem de decisões previstas correctamente pelo modelo: 66,3%.

Os números entre parênteses são erros-padrão.

$N = 98$.

* $p < 0,05$.

Quais as implicações destes resultados? Recordemos aquilo que sabemos sobre as regras que regulam a composição do TC: elas tendem a evitar que os governos vejam o seu apoio parlamentar reproduzido no interior do Tribunal, criando uma descoincidência entre as maiorias que aprovam a legislação e as maiorias «partidárias» no TC. Logo, se a composição político-partidária do TC influencia o seu comportamento, deveríamos esperar um Tribunal contramaioritário. Em parte, isto corresponde à verdade. Entre 1983 e 1998 o Tribunal conseguiu, por exemplo, obrigar diferentes governos à aceitação de compromissos em matérias como a flexibilização total das relações de trabalho e os direitos dos arguidos no processo penal, bloquear a adopção de modificações substanciais na relação entre o poder político e o poder judicial e, mais frequentemente, impedir governos de procederem ao uso das suas competências legislativas próprias para contornar a visibilidade e contestação políticas associadas à discussão parlamentar ou para aumentar a sua discricionariedade na implementação das políticas públicas.

Todavia, este «contramajoritarismo» tem de ser relativizado. Primeiro, se a fiscalização abstracta foi globalmente favorável aos litigantes, as «taxas de sucesso» do Presidente e dos vários actores políticos com acesso ao Tribunal não foram avassaladoras: 60% em ambos os casos. Nos restantes 40%, os casos em que o Tribunal não exerceu o seu «poder de veto», residem, por exemplo, algumas das já mencionadas medidas de liberalização económica iniciadas pelo governo maioritário de Cavaco Silva nos anos 80. E mais danoso ainda para a noção de um «contramajoritarismo» sistemático foi o que se passou durante o governo do bloco central. Aqui, e em comparação com outros períodos de governo maioritário, o uso da fiscalização preventiva não foi apenas pouco frequente. Na verdade, foi completamente infrutífero: Ramalho Eanes foi sempre «derrotado» no Tribunal quando lhe enviou diplomas aprovados pelo bloco central.

Como explicar estes fenómenos algo contraditórios? A explicação não está apenas no facto de os modelos estatísticos testados ficarem muito aquém de prever todas as decisões. Tais fenómenos têm a ver, precisamente, com o que ficámos a saber sobre os factores que explicam as decisões do TC e o que eles nos dizem acerca da inexistência de um «contramajoritarismo» sistemático no comportamento do Tribunal:

1. Primeiro, o «activismo» do Tribunal em relação aos diplomas de governos e parlamentos caracteriza-se por um elevado grau de imprevisibilidade. Pode parecer paradoxal que, após termos detectado algumas variáveis que influenciam o comportamento do Tribunal, insistamos nessa imprevisibilidade. Todavia, ela é intrínseca à própria noção de que a composição político-partidária do TC pode influenciar as suas decisões em fiscalização abstracta. Isso deve-se, por um lado, ao papel do «terceiro cooptado», cuja «conexão partidária» é propositadamente indeterminada e cujo comportamento individual pode fazer e desfazer as maiorias necessárias à declaração de inconstitucionalidade dos diplomas. E, por outro lado, a «incidentes de percurso» que desestabilizam os delicados equilíbrios político-partidários estabelecidos para a sua composição, tais como as férias judiciais ou a existência de composições incompletas por ausência de substituição de juízes cessantes⁷⁸. Anteriormente, sugerimos que a parcimónia no uso da litigância constitucional por parte do Presidente poderá decorrer, em parte, da antecipação estratégica de decisões desfavoráveis. Todavia, esta imprevisibilidade do TC adiciona uma razão adicional para essa

⁷⁸ Por vezes, estes incidentes são totalmente imprevisíveis, mas de consequências importantes. No caso do decreto da Assembleia que modificava o regime de incompatibilidades dos deputados e que equiparava os regimes vigentes na Assembleia da República e no Parlamento

parcimónia: o facto de as estratégias de litigância dos actores políticos serem desenhadas, na maior parte dos períodos, num contexto de informação altamente incompleta sobre as preferências do Tribunal e sobre o eventual sentido das suas decisões.

2. O nulo activismo do Tribunal durante o período do bloco central deve-se ao facto de as maiorias responsáveis pela aprovação da legislação terem sido formadas por uma vasta coligação que incluía os dois partidos do centro, o PS e o PSD. Como se demonstra nos quadros n.ºs 2 e 3, a razão por que essas coligações podem tornar o TC mais «maioritário» não tem a ver *directamente* com a dimensão da maioria que apoia a legislação apreciada nem com um suposto *self-restraint* ou activismo que o maior ou menor apoio político da legislação possam gerar. A congregação de maiores apoios partidários para a aprovação de legislação é importante *instrumentalmente*, ou seja, se ajudar a aumentar a coligação de juízes que, no interior do Tribunal, dispõem de «conexões partidárias» com os membros da coligação que aprova a legislação em causa. Assim, é a representação dessas maiorias no interior do Tribunal que aumenta a probabilidade de verem as suas medidas políticas passarem intocadas em fiscalização abstracta. Assim, a hegemonia política do bloco central no parlamento e no TC conduziu a um tribunal «maioritário», e não «contramaioritário».
3. Aquando do tratamento da chamada litigância «pró-governamental» tínhamos sugerido que o Tribunal pode ser usado com o objectivo de proteger governos minoritários contra coligações parlamentares «negativas». Dois aspectos da análise do comportamento de voto no TC dão indicações importantes quanto ao previsível sucesso dessa litigância. Por um lado, sabemos que a composição do TC conta para as suas decisões, mas sabemos também que as regras institucionais que regulam essa composição dão aos partidos do centro — o PS e o PSD — uma representação no interior do TC que é insensível a flutuações eleitorais. Por outro lado, os resultados mostram uma inesperada rela-

Europeu (afectando, assim, directamente o então deputado europeu e presidente da Câmara do Porto, o socialista Fernando Gomes), a ausência de um dos conselheiros designados pelo Partido Socialista causou um empate 6-6, resolvido por voto de qualidade do presidente do Tribunal no sentido da não inconstitucionalidade do diploma. A declaração citada pela imprensa de um dos juízes derrotados — «o diploma passou por mera casualidade» (cf. «Doença de conselheiro permitiu vitória de Cavaco», in *Expresso* de 28-7-1990, p. 1) — confirmou-se dois anos mais tarde, após o envio da mesma norma para fiscalização sucessiva. Todos os juízes que tinham participado na decisão anterior votaram exactamente no mesmo sentido. Todavia, desta vez, a norma foi julgada inconstitucional, com o voto favorável do conselheiro anteriormente ausente.

ção negativa entre a dimensão numérica do apoio parlamentar à legislação e a probabilidade de decisões favoráveis às maiorias que compõem esse apoio parlamentar. Logo, se a composição do TC não desfavorece governos pelo facto de serem *minoritários* e se a dimensão do apoio parlamentar não constitui — pelo contrário — uma vantagem para as maiorias, tudo indica que a litigância «pró-governamental» será relativamente bem sucedida. Na verdade, os governos minoritários do PSD e do PS não se saíram mal desse tipo de litigância, da responsabilidade do primeiro-ministro ou do Presidente: de 11 casos relevantes, dois resultaram em decisões de não conhecimento do pedido por a legislação em apreço se encontrar revogada, enquanto a maioria — seis — levou à revogação da totalidade ou parte da legislação aprovada por «coligações negativas». Assim, o Tribunal, graças em parte à sua composição, constitui um importante recurso institucional para os governos minoritários dos partidos do centro do espectro político.

4. Quando olhamos para a fiscalização abstracta em geral, e ao contrário do que sucede na fiscalização preventiva, a «contemporaneidade» das maiorias responsáveis pela aprovação da legislação influencia significativamente o sentido das decisões. Assim, quando o confronto com maiorias «contemporâneas» é inevitável, tal como sucede na fiscalização preventiva, o factor político que melhor explica as decisões do TC tem a ver com as «maiorias partidárias» que se formam no seu interior, como se verifica no quadro n.º 2. Contudo, quando esse confronto é evitável (na fiscalização sucessiva), o Tribunal tende a aprazar o seu poder de veto para ciclos políticos posteriores ou a coibir-se de vetar os diplomas produzidos por maiorias «contemporâneas». Face à «manipulação política»⁷⁹ da litigância constitucional pela oposição, o Tribunal protege-se, impondo distância entre pedidos e decisões («arrefecendo» a litigância política) ou contendo-se no uso do seu poder de veto em relação ao poder legislativo quando esse «arrefecimento» não sucede.

5. CONCLUSÃO

No início deste estudo descrevemos o Tribunal Constitucional como uma das mais intrigantes e enigmáticas instituições do sistema político português. Não pretendemos, longe disso, ter descoberto completamente o véu que ainda cobre o papel político desempenhado pela justiça constitucional na

⁷⁹ António Araújo, *op. cit.*, p. 141.

democracia portuguesa. Todavia, sabemos agora algo mais do que sabíamos no início, quer sobre o caso português, quer sobre a justiça constitucional nas democracias parlamentares.

Apesar de algumas decisões do Tribunal terem suscitado controvérsia acerca da «politização» da justiça constitucional ou mesmo dos seus efeitos de bloqueio das opções políticas dos governos, não há em Portugal um «problema contramaioritário» da justiça consitucional, como aquele que tem sido frequentemente discutido noutros sistemas políticos. Na primeira fase da sua vida, de 1983 a 1985, o excepcional apoio parlamentar gozado pelo bloco central e o controlo do Tribunal por juízes designados pelos dois partidos que compunham essa coligação governamental estiveram associados a níveis de litigância relativamente baixos e a um nível virtualmente nulo de activismo judicial face aos diplomas aprovados por essa maioria. É certo que estas circunstâncias excepcionais, que converteram o TC numa força «maioritária», terminaram em 1985. Os governos maioritários do PSD de 1987 a 1995 fariam supor a emergência de uma fase «contramaioritária», dada a descoindência entre, por um lado, uma maioria governamental monopartidária e, por outro, uma composição político-partidária do Tribunal «desalinhada» e um presidente socialista. Todavia, apesar de ter bloqueado algumas medidas políticas importantes, especialmente aquelas que diziam respeito ao equilíbrio institucional de poderes entre governo, parlamento, oposição e poder judicial, o activismo do Tribunal esteve longe de ser sistemático ou avassalador, pelo menos de um ponto de vista comparativo. Primeiro, porque os constrangimentos eleitorais de Soares no primeiro mandato e o desaire eleitoral do PCP em 1991 contribuíram para mitigar a judicialização dos conflitos políticos. E, segundo, porque na fiscalização sucessiva o Tribunal foi sempre contornando os usos «eleitoralistas» da litigância, evitando conflitos abertos com o poder político. Finalmente, nos períodos de governo minoritário, que inauguram e fecham o período pós-1985, o Tribunal cumpriu novamente uma função dificilmente classificável como «maioritária» ou «contramaioritária». Por um lado, o TC exerceu algum controlo sobre as medidas políticas do governo sempre que as mesmas procuravam escapar aos processos de negociação e compromisso no parlamento, especialmente durante o governo minoritário do PSD. Por outro lado, por iniciativa de presidentes e primeiros-ministros, o TC impediu frequentemente que governos minoritários fossem manietados por «coligações negativas» parlamentares, contribuindo assim para a governabilidade do sistema.

A análise do caso português sugere também que algumas das hipóteses existentes acerca do papel da justiça constitucional nas democracias parlamentares terão de ser revistas. Primeiro, a «judicialização da política», pelo

menos no sentido mais restrito em que utilizámos o termo, não é uma tendência inexorável, universal ou auto-sustentada dos sistemas políticos modernos nacionais ou supranacionais⁸⁰. Ela está dependente dos incentivos que os actores com acesso aos tribunais têm para transferir os seus conflitos para a arena judicial, incentivos que variam de acordo com a distância ideológica e as correlações de forças entre maiorias e oposições, a natureza consensual ou maioritária do processo de produção legislativa, os objectivos eleitorais de diferentes tipos de litigantes e as convicções que formam acerca das preferências dos juízes. Depois, resta a hipótese de que os tribunais sejam mecanismos consensuais, limitando o poder de governos e maiorias. Uma importante parte dessa hipótese não foi testada neste estudo e diz respeito à forma como a justiça constitucional, pela sua mera existência, pode obrigar os actores políticos a anteciparem as decisões das oposições e dos tribunais, modificando as suas propostas em conformidade. Todavia, através da análise do comportamento observável de litigantes e juízes constitucionais em Portugal, tudo sugere que a hipótese de que os tribunais constitucionais são mecanismos consensuais nas democracias modernas terá de ser relativizada. A efectiva limitação do poder das maiorias políticas pelos tribunais resulta de uma conjugação relativamente invulgar de circunstâncias: de litigantes indefectíveis no uso político e eleitoralista da iniciativa de fiscalização; de tribunais que, intencionalmente ou por acaso, estão claramente desalinhados das preferências das maiorias (o que cria um círculo virtuoso — ou vicioso — de maior activismo e maior litigância); de tribunais dispostos a sofrer as consequências políticas do seu protagonismo e da sua «políticação». Como se verificou no caso português, os diferentes constrangimentos dos actores políticos da oposição, a imprevisibilidade do Tribunal e a sua margem de manobra para evitar a confrontação com o poder político evitaram essa síndrome de activismo judicial. Com a excepção do caso francês nos anos 80 ou do caso norte-americano em diversos momentos da sua história — precisamente os casos que serviram de base à hipótese «contra maioritária» —, é difícil imaginar sistemas que exibam sistematicamente a combinação de características que vimos serem necessárias para gerar uma justiça constitucional activista e contra maioritária.

⁸⁰ Stone Sweet, «Judicialization...», p. 16; Alec Stone Sweet e Thomas L. Brunel, «Constructing a supranational constitution: dispute resolution and governance in the European Community», in *American Political Science Review*, n.º 1, vol. 92, 1998.

ANEXO METODOLÓGICO

Procedimento estatístico

Para obter os resultados dos quadros n.^{os} 2 e 3 foi utilizada uma técnica de análise multivariada para estimar o impacto de diversas variáveis independentes numa variável dependente categorial dicotómica. O uso de uma análise estatística multivariada responde a duas necessidades. Primeiro, a de dar conta da possibilidade de um mesmo fenómeno, neste caso o comportamento de voto do Tribunal, ser influenciado por mais do que uma causa. E, segundo, à necessidade de obter controlo estatístico na análise do impacto das diferentes variáveis. Por outras palavras, queremos aumentar a nossa confiança em que as relações de causa e efeito detectadas não são um efeito espúrio de outras variáveis não consideradas e que damos conta do efeito «líquido» que uma variável independente tem numa variável dependente quando tomamos em conta o eventual impacto de outros factores. O facto de o comportamento de voto do Tribunal ter sido medido através de uma variável categorial dicotómica — a detecção ou não de inconstitucionalidades no diploma apreciado — impede a utilização de certas técnicas de análise multivariada, tais como a regressão linear. Assim, usámos a regressão logística, disponível no programa estatístico SPSS para WINDOWS 8.0.0. Este tipo de análise é adequado para estimar a probabilidade de que um evento — neste caso a não detecção de inconstitucionalidades num diploma pelo TC — venha a ocorrer, de acordo com os diferentes valores da variáveis independentes que, nas nossas hipóteses, deveriam influenciar as decisões do TC (para uma utilização desta técnica em estudos sociológicos portugueses, cf., por exemplo, Elísio Estanque e José Manuel Mendes, *Classes e Desigualdades Sociais em Portugal. Um Estudo Comparativo*, Porto, Afrontamento, 1997).

Variáveis e casos

Para obter os resultados do quadro n.º 2 analisámos todos os pedidos de fiscalização preventiva e as decisões que deles resultaram até ao fim de 1998, excluindo os pedidos dos ministros da República e os acórdãos em que, por razões processuais, o TC não admitiu os pedidos. A variável «decisão» assumiu os valores 0 e 1, consoante o TC detectou ou não inconstitucionalidades no diploma em causa. A variável «composição» assumiu valores entre 0,29 e 0,86. Estes valores representam, para cada pedido, a proporção de juizes no TC que foram designados por partidos que votaram a favor dos diplomas apreciados em votação final global no parlamento ou, no caso de decretos do governo, a proporção de juizes no TC que foram designados pelo partido que apoia o governo. A variável «apoio» assumiu valores entre 0,35 e 1. Estes valores representam a proporção de deputados em relação ao total da Assembleia que votou a favor do diploma em causa em votação final global ou, no caso de decretos do governo, a proporção de deputados do partido que apoiava o governo.

Para obter os resultados do quadro n.º 3 analisámos todos os pedidos de fiscalização preventiva e sucessiva a cargo de litigantes políticos (definidos no texto) até ao fim de 1998. Nos pedidos de fiscalização sucessiva excluímos:

- Os que incidiam sobre diplomas que não eram da responsabilidade do governo ou do parlamento;
- Os que incidiam sobre diplomas pré-constitucionais;
- Aqueles sobre os quais não tinha sido produzida decisão até ao fim de 1998;
- Os que não foram admitidos por razões processuais;
- E dois casos para os quais, apesar de potencialmente relevantes, não nos foi possível determinar os valores das variáveis independentes.

As variáveis «decisão», «composição» e «apoio» foram obtidas de forma semelhante ao que sucedeu para a fiscalização preventiva. Nos casos em que o pedido incidia sobre vários diplomas considerámos apenas o mais recente. Quando um mesmo acórdão dizia respeito a vários pedidos, discriminámos as diferentes questões de constitucionalidade levantadas por cada pedido para medir a variável «decisão». Para obter a variável «contemporaneidade» determinámos apenas se a data do acórdão do TC coincidia ou não com a legislatura durante a qual o diploma tinha sido produzido.

Interpretação

Cada quadro fornece a seguinte informação:

1. 2LLR (inicial), $-2LLR$ (modelo) e χ^2 : informação que permite calcular o ajustamento do modelo teórico testado aos dados e a probabilidade de que os coeficientes calculados sejam iguais a zero. No quadro n.º 2 essa probabilidade é baixa, 7 para 100, mas está ainda aquém dos níveis convencionalmente exigentes de significância estatística. No quadro n.º 3 essa probabilidade está abaixo de 5 para 100, o que nos permite dizer com alguma confiança que o modelo testado se ajusta bem aos dados observados e melhorou a nossa capacidade de explicar as decisões do Tribunal.
2. Coeficientes: indicam a mudança que se opera na probabilidade de as decisões do Tribunal detectarem ou não inconstitucionalidades no diploma quando se mudam os valores das variáveis independentes respectivas. Ao contrário do que sucede com a regressão linear, a interpretação destes coeficientes não é directa. Todavia, para efeitos deste estudo, estávamos apenas interessados em saber se diferentes valores nas variáveis independentes provocavam mudanças no valor da variável dependente nas direcções que prevíamos e se esses impactos eram estatisticamente significativos, ou seja, se podíamos ter confiança de que a relação entre as variáveis não era produto de uma coincidência. No quadro n.º 2 o coeficiente da variável «composição» responde a esses requisitos. No quadro n.º 3 todos os coeficientes respondem a esses requisitos, apesar de o impacto da variável «apoio» ter uma direcção oposta à esperada.

3. N : dimensão da amostra.
4. Percentagem de decisões previstas correctamente pelo modelo: percentagem de decisões observadas na realidade que coincidem com as previsões feitas na base do modelo e dos coeficientes estimados.

BIBLIOGRAFIA

- ALDRICH, John H., e NELSON, Forrest D. (1984), *Linear Probability, Logit, and Probit Models*, Newbury Park, Sage.
- GUJARATI, Damodar N. (1995), *Basic Econometrics*, Nova Iorque, McGraw-Hill.
- NORUŠIS, Marija J. (1992), *SPSS Advanced Statistics*, Chicago, SPSS Inc.