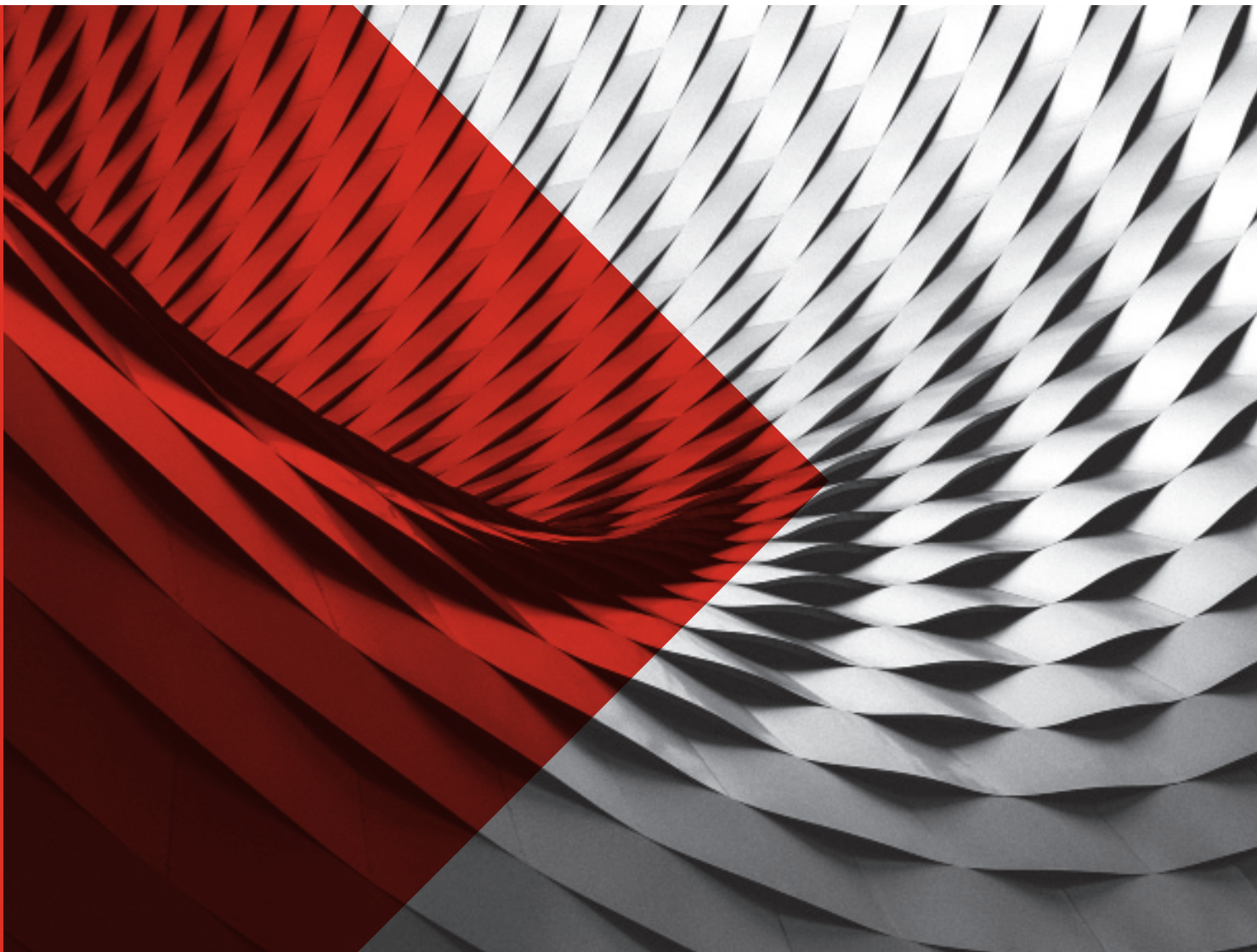


A GARANTIA DA CONSTITUIÇÃO

MODELOS COMPARADOS

ANA MARGARIDA CRAVEIRO



II Doutoramento em Ciência Política

Universidade de Lisboa

Seminário de Teoria Política da Justiça Constitucional

A garantia da constituição - modelos comparados

Ana Margarida Craveiro

15 de Fevereiro de 2010

Introdução

O ensaio que se segue apresenta uma visão panorâmica de modelos de justiça constitucional, com recurso a casos concretos, por se afigurarem paradigmáticos de determinado modelo. A análise da justiça constitucional é feita à luz das funções do estado, ainda segundo a estrutura triárquica de Montesquieu e Madison¹. Institucionalmente, esta justiça é atribuída a um Tribunal Constitucional, que assume, em democracia, duas funções vitais: a garantia do Texto Maior, a Constituição, e a participação nas mudanças da sociedade, com vista à promoção e desenvolvimento dos direitos fundamentais². A centralidade do tribunal constitucional decorre directamente das constituições a que aludimos: é nestas que o tribunal constitucional surge como órgão incumbido de exercer a justiça constitucional com carácter definitivo, sendo sempre a última instância.

Do ponto de vista da metodologia, a análise que se segue padece de um viés fundamental, que urge reconhecer *ab initio*: parte de um ponto de vista de ciência política, centrado no funcionamento das instituições, e que vê o Direito como um instrumento que simultaneamente permite e condiciona esse mesmo funcionamento. Partimos, portanto, de uma perspectiva institucionalista histórica, numa tradição macro-histórica, que relaciona as instituições com a acção. Hall e Taylor resumiram em quatro pontos o institucionalismo histórico, que aqui apresentamos³: a relação entre instituições e comportamento individual deve ser considerada em termos suficientemente vagos, partindo do princípio de que as instituições não determinam o comportamento, antes fornecem um contexto para a acção que explica as escolhas dos actores; as assimetrias de poder no funcionamento e desenvolvimento das instituições importam (reconhecendo, com Weber, que o poder tem múltiplas dimensões); o desenvolvimento institucional caracteriza-se por uma “path dependence” que não é totalmente previsível; a análise das instituições completa-se com recurso a outros factores, como por exemplo a

1 Cfr. André Ramos Tavares (2006), “Justiça constitucional e suas fundamentais funções”. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 171, jul/set, pp.19-47.

2 AAVV, “O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos: Autonomia e Impasses”. *Revista de Informação Legislativa*, n.º 171, jul/set, pp.155-176. Artigo produzido pelo Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e o Perfil dos Novos Ministros do STF”.

3 Conforme em Peter A. Hall e Rosemary C. R. Taylor (1996), “Political Science and the Three New Institutionalisms”. *Political Studies*, 44 (5), pp. 936-957.

cultura política e as ideias. A definição de instituição é evitada nesta perspectiva. O novo institucionalismo, aliás, evita uma definição genérica, que pudesse ser subscrita por todos os seus proponentes, sendo essa uma das principais críticas a ser-lhe dirigidas. Os seus objectivos obrigam a uma definição tão vasta como a que se segue: “*by and large, they [os institucionalistas históricos] define them as the formal or informal procedures, routines, norms and conventions embedded in the organizational structure of the polity or political economy. They can range from the rules of a constitutional order or the standard operating procedures of a bureaucracy to the conventions governing trade union behavior or bank-firm relations. In general, historical institutionalists associate institutions with organizations and the rules or conventions promulgated by formal organization.*”⁴

À primeira vista, trata-se de um processo diferente da História constitucional, que parte da constituição para o conhecimento das instituições⁵. No entanto, como a breve trecho desenvolveremos, é possível uma aproximação das duas disciplinas, a partir da definição de *critical juncture* enquanto momento constitucional. O título que atribuímos a este breve ensaio comporta em si mesmo um programa metodológico. Apresentamos os sistemas de justiça constitucional de forma comparada sucessiva, o que pressupõe a existência de grandes modelos, transhistóricos, entre os quais se encontram os sistemas particulares de cada país. Para tanto, assume-se uma perspectiva distanciada do objecto de estudo. A primeira consequência desta abordagem comparada é o afastamento do carácter singular ou único, num sentido exclusivista, de cada sistema nacional⁶. Evitamos, desta forma, a insistência de alguns ramos históricos no particularismo, contexto e contingência de cada caso. A comparação permite igualmente a falsificação do caso concreto, por permitir uma multiplicidade de causas, para além do contexto imediato⁷. Há traços comuns que permitem esboçar relações de proximidade no cotejo das constituições. No entanto, cada sistema contém em si uma originalidade, que se justifica pelo momento fundador - esse sim, único - e pela adaptação que qualquer tipo ideal teria forçosamente de sofrer, na

4 Idem, p.6.

5 Conforme as notas metodológicas de Jorge Miranda (2009), *Manual de Direito Constitucional – Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.29-31.

6 Cfr. Carlos Blanco de Morais (2005), *Justiça Constitucional - tomo II*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.991-ss.

7 Ver Ellen M. Immergut (1998), “The Theoretical Core of the New Institutionalism”. *Politics & Society*, 26 (1), pp.5-34.

passagem a um contexto particular.

O método que escolhemos aproxima-se, porventura, do direito comparado, conforme a definição de Luiz Fernando Coelho, inspirado por Anna Maria Villela, grande impulsionadora da disciplina no Brasil: “seu objeto é constituído pelo conjunto das fontes do direito, com a finalidade de descobrir as constantes de sua evolução. E, assim, a disciplina se afirma com foros de autonomia científica, pois, não se restringindo à mera contemplação e descrição dos ordenamentos estrangeiros, pretende relacionar as correntes do pensamento com as regras de direito e práticas judiciais e extra- judiciais, reconstituir as relações dos diversos institutos entre si, no que elas possuem de perene, bem como as relações desses institutos com a política geral dos povos e com os grandes agrupamentos humanos”.⁸ Afasta-se desta escola na medida em que conjugamos a análise histórica com as formas presentes de justiça constitucional, numa comparação sucessiva (o que os autores classificam de *direito comparado histórico* e *direito comparado dogmático*).

A teoria de desenvolvimento das instituições realça a alternância entre momentos de fluidez e mudança acelerada e fases prolongadas de estabilidade e reprodução institucional⁹. Neste modelo teórico encontramos uma *critical juncture*, conceito essencial do institucionalismo histórico. Ou seja, temos uma situação em que, por qualquer motivo, as forças estruturais perdem parte do seu ímpeto, permitindo que os actores daquele contexto específico tenham um leque de possibilidades mais alargado, com consequências potencialmente mais prementes. O momento constitucional é, por definição, uma *critical juncture*. Trata-se do momento crucial que liberta uma possibilidade institucional de longo-prazo, um legado que depois se desenvolve, criando novos papéis e padrões. Este legado, não esqueçamos, é fruto da escolha daquele momento inicial, temporariamente indeterminado do ponto de vista estrutural, e que fecha as opções em alternativa. É por este motivo que o momento se classifica de “crítico”: define o caminho ou trajectória que as instituições poderão trilhar, em detrimento de outros caminhos,

8 Ver Luiz Fernando Coelho, “O renascimento do direito comparado”. *Revista de Informação Legislativa*, 162, abr./jun, pp.247-264.

9 Ver, por todos, Seymour M. Lipset e Stein Rokkan (1967), *Party Systems and Voter Alignments*. Nova Iorque: Free Press, mas também Karl Polanyi (1944), *The Great Transformation*. Boston: Beacon Press; Barrington Moore (1966), *Social Origins of Dictatorship and Democracy*. Boston: Beacon Press; e James Mahoney (2002), *The Legacies of Liberalism: Path Dependence and Political regimes in Central America*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

iniciando um determinado processo (e não qualquer outro que teria sido igualmente possível, mas que não constituiu preferência e conseqüentemente escolha dos actores envolvidos). Temporalmente, não deve ser considerado um evento instantâneo, mas antes uma fase relativamente curta, que pode contudo durar alguns anos¹⁰. Quando a unidade de análise é o regime político, como no presente caso, essa decisão é plasmada numa constituição, que estabelece uma arquitectura institucional. É na distribuição de poder definida pela constituição que vamos encontrar as assimetrias presentes no tal “Big Bang” institucional. A justiça constitucional desenvolve-se na fase de *path dependency*, um período relativamente prolongado e estável de desenvolvimento institucional; é o resultado de uma decisão constitucional num momento específico. Em termos simples, a *path dependence* significa que “*current and future states, actions, or decisions depend on the path of previous states, actions, or decisions*”¹¹.

A *critical juncture* do regime é identificada com o primeiro momento constituinte, em que o poder criador ou constituído determina o tempo, o conteúdo e os participantes da Assembleia que terá capacidade constituinte, fundando o novo regime. As regras estabelecidas por este poder moldam o momento constituinte, como os casos que apresentaremos elucidam. A criatura é limitada pelo criador, dentro de decisões condicionantes, que visam a manutenção e, se possível, ampliação dos seus interesses¹².

10 Cfr. Giovanni Capoccia e R. Daniel Kelemen (2007), "The Study of Critical Junctures". *World Politics*, 59, 341-369.

11 Scott Page (2006), “Path Dependence”. *Quarterly Journal of Political Science*, 1 (1), pp.87-115.

12 Ver Braulio Gómez Fortes (2003), “La Constitución contorsionista de Portugal”, in *Portugal: democracia y sistema político*. Madrid: siglo veintiuno de españa editores.

O controlo da constitucionalidade

O controlo da constitucionalidade numa perspectiva comparada foi apresentado de forma superior por Hans Kelsen, num artigo de 1942 no *The Journal of Politics*¹³. Os casos apresentados eram dois, a Constituição americana e a Constituição da Segunda República Austríaca, de 1920. Hans Kelsen, recordemos, participou da autoria desta constituição, fundadora do que viria a ser o modelo europeu de controlo da constitucionalidade, na segunda metade do século xx. A justiça constitucional consiste na “expressão máxima da garantia da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais actos normativos do poder público, em suma como garantia do respeito da ordem de valores condensada na Lei Fundamental do Estado”. Esta noção de justiça pressupõe três princípios, hoje amplamente assumidos. Primeiro, a constituição é a *norma normarum* do Estado; segundo, a Constituição é o parâmetro de validade do poder público; terceiro, a garantia da Constituição é judicial, confiada a um tribunal próprio, com participação, lateral ou directa, de um órgão político¹⁴. Hoje, estes traços são comuns ao constitucionalismo democrático, incluindo o nosso. Na sua origem, porém, esteve um momento crucial, a constituição austríaca redigida por Hans Kelsen, que depois sofreu um processo de concretização e desenvolvimento institucional, partilhado por um vasto leque de Estados. O que se lhe segue, a *path dependency* do nosso modelo teórico, é a evolução dessa mesma constituição, pela sua interpretação na jurisdição e pela revisão formal, expressa em modificações que no entanto respeitam uma continuidade.

O legado kelseniano provou ter uma dimensão continental ao ser replicado em grande parte das constituições do pós-Segunda Guerra, bem como na terceira vaga democrática, para usarmos a expressão huntingtoniana¹⁵ (encontramos constituições kelsenianas ou post-kelsenianas em Espanha, Portugal e num significativo número de estados da Europa central e de leste). Porquê o seu sucesso no constitucionalismo europeu? Desde logo, porque a doutrina europeia privilegiou a governação

13 Ver Hans Kelsen (1942), "Judicial Review of Legislation: A comparative study of the Austrian and the American Constitution". *The Journal of Politics*, 4:2, 183-200.

14 Ver Fernando Alves Correia (2001), *Direito Constitucional (A Justiça Constitucional)*. Coimbra: Coimbra Editora.

15 Ver Samuel Huntington (1993), *The third wave: democratisation in the late 20th century*. Norman: University of Oklahoma Press.

parlamentar, sob a forma de democracia representativa, eleita por um sistema de voto da maioria. Depois, neste regime, a doutrina da separação de poderes entende-se como fundamental, assumindo uma supremacia do poder legislativo, porque dotado de legitimidade democrática directa. A constituição é o fundamento do poder político. Em regimes parlamentares, onde um governo controla a legislatura, regula-se constitucionalmente o poder judicial, normalmente pela sua limitação na capacidade de inovar, criando por esta forma uma ambiência de independência, longe de pressões do instituto legislativo¹⁶. Ainda que Kelsen reconhecesse o carácter legislativo de um tribunal constitucional, muito embora exercido pela negativa, as decisões desse mesmo tribunal são absolutamente determinadas pela constituição, não havendo espaço para criatividade judicial. Salientamos que a doutrina não é consensual a respeito desta função legislativa do tribunal, na medida em que diversos autores não consideram esta actividade negativa um acto legislativo, primeiro por ser completamente enquadrada pela constituição, segundo por ser exercida a pedido¹⁷.

O mecanismo kelseniano respeita, pesem embora essas considerações, este *status quo*, ao não alterar fundamentalmente a particular arquitectura constitucional europeia, limitando o poder judicial e proibindo a *judicial review*, evitando desta forma qualquer confusão com uma república de juízes. Reconhece que o poder é controlado pelo próprio poder, e portanto a garantia da constituição estende-se aos próprios órgãos, investidos desse poder¹⁸. A confusão que no regime anterior se verificava, com diferentes institutos a concorrer para a verificação da (in)constitucionalidade, bem como uma generalizada desconfiança em relação ao papel dos juízes numa sociedade democrática¹⁹, levou a que se optasse por um modelo concentrado, que se revelou depois dominante no constitucionalismo continental do pós-Segunda Guerra, apesar da fortíssima influência americana no processo, por exemplo nos casos italiano e alemão. A Alemanha exemplifica bem esta escolha constitucional: o tribunal é fundamental enquanto guardião da constituição, protege a constituição do poder político,

16 Ver Matías Iaryczower, Pablo T. Spiller e Mariano Tommasi (2002), "Judicial Independence in Unstable Environments, Argentina 1935-1998". *American Journal of Political Science*, 46:4, 699-716.

17 Para uma discussão mais exaustiva, ver Jorge Miranda (2008), *Manual de Direito Constitucional - Tomo VI*. Coimbra: Coimbra Editora, pp.77-ss.

18 Cfr. Miranda (2008), p.52.

19 Cfr. Alec Stone Sweet (2002), "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy". *West European Politics*, 25:1, 77-100.

sendo independente deste último, de forma a poder controlá-lo de acordo com os limites que a constituição impõe. A experiência falhada da República de Weimar teve um peso fundamental na decisão do constitucionalismo democrático, enfatizando a necessidade de contra-balanço do poder político, concretizada num órgão com poder suficiente para assumir essa função. Dieter Grimm, antigo juiz constitucional em Karlsruhe, afirmou, por exemplo, que o Tribunal Constitucional alemão é frequentemente chamado de terceira câmara da legislatura, e que há motivos – a expressão do tal contra-poder – para que tal aconteça²⁰. De igual forma, o reconhecimento de direitos dos indivíduos e a consequente limitação da soberania que a lógica normativa do constitucionalismo de raiz kelseniana permite obriga à criação institucional, para verificar que as regras são cumpridas²¹.

A constituição kelseniana fundava um tribunal constitucional, o *Verfassungsgerichtshof*, permitindo a verificação da constituição, muito embora fechando ou limitando o papel do poder judicial nesta verificação. Trata-se de uma fiscalização jurisdicional concentrada. Neste sistema, distingue-se entre dois tipos de juízes, com e sem poderes de fiscalização, como forma de manter a divisão de poderes da democracia representativa. Os juízes constitucionais não têm qualquer papel de litigância, sendo convocados pelos poderes legislativo ou executivo. Por outro lado, os tribunais constitucionais constituem um título separado tanto do poder judicial como político, num espaço próprio, que não corresponde a nenhum dos poderes referidos, e que permite uma ficção de equidistância. São um órgão de soberania, a par dos poderes clássicos – Presidente da República, Assembleia da República, Governo e Tribunais²².

O modelo português de apreciação da constitucionalidade apresenta características híbridas, ao ser evidente a influência do modelo americano na consagração do controlo difuso da constitucionalidade, que se manteve na Constituição do período democrático. De facto, em termos históricos, não terá sido a Constituição americana, mas sim a brasileira de 1891 a inspirar esta opção pela descentralização da verificação da constitucionalidade, em que os tribunais comuns têm competência na justiça

20 Citado em “Judgment days”. *Economist*, 26 de Março de 2009.

21 Cfr. Stone Sweet (2002).

22 Ver José Manuel Cardoso da Costa (2007), *A Jurisdição Constitucional em Portugal*. Coimbra: Coimbra Editora.

constitucional. Por seu lado, um olhar ao sistema brasileiro comprova que as influências são mútuas, já que este também apresenta um hibridismo que denota as lições do caso português, com a aproximação ao paradigma de fiscalização concentrada²³. O diálogo com os diferentes sistemas de controlo tem sido uma constante, e o paralelismo destes dois sistemas encontra uma justificação poderosa na origem do constitucionalismo lusófono, uma marca histórica comum aos dois países, em 1822.

23 Para um desenvolvimento do tema, ver, por exemplo, Carlos Blanco de Morais (2005), na sua segunda parte.

Modelos constitucionais comparados: apresentação panorâmica de vários casos

Atentemos, por ora, nas principais características do modelo americano. O poder judicial encontra-se consagrado no terceiro artigo da Constituição do EUA, que estabelece um Supremo Tribunal e um número não-estabelecido de tribunais inferiores (comprovando, pela própria linguagem empregue, a existência de uma hierarquia), sendo definidos os casos de justiça a ser presentes ao tribunal federal. O *Judiciary Act* de 1789 foi essencial na fundação da democracia americana, pesando as várias considerações políticas, equilibrando as ambiguidades e conflitos entre os vários níveis de governação e administração (tribunais de estado vs. tribunais federais), confirmando a *common law* como base de Direito, e, finalmente, fixando a independência dos juízes²⁴.

O controlo da constitucionalidade não estava explicitamente incluído. Os Pais Fundadores, apesar da discussão que precedeu a aprovação da constituição, não levaram a inovação institucional a tal ponto. No entanto, em 1803, na vigência do terceiro Presidente, Thomas Jefferson, o Supremo Tribunal, pela mão do juiz John Marshall, afirmou o princípio do controlo judicial da constitucionalidade, elemento crucial para a estabilidade e fortalecimento da União. Marshall consagrou o papel político do Tribunal, ao mesmo tempo que confirmava a unidade do novo país (o célebre *pluribus in unum*, unidade na diversidade). Qualquer lei contrária à constituição deve ser declarada inválida, posto que a constituição é a norma suprema, à qual todo o ordenamento jurídico se submete²⁵. Foi esta a decisão do Supremo Tribunal no célebre caso *Marbury v. Madison*, julgado em 1803, e que fixou a *judicial review*. A decisão fundou a possibilidade do ramo judicial rever as leis e actos da administração pública²⁶, conquistando uma dupla função: por um lado, nas palavras de André Ramos Tavares, a *judicial review* marca a actuação governamental com uma chancela de legitimidade; por outro, permite o controlo mútuo dos ramos da soberania, evitando que se ultrapassem determinados limites²⁷. A vontade dos federalistas triunfava, em

24 O resumo do Acto é apresentado em “O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos: Autonomia e Impasses”, citado na nota 2.

25 Cfr. Alves Correia, em especial pp. 41-48, onde se descreve o caso «Marbury versus Madison».

26 Ver também Ademar Ferreira Maciel (2006), “O acaso, John Marshall e o controle de constitucionalidade”. *Revista de Informação Legislativa*, 171, jul./set., pp. 37-44.

27 André Ramos Tavares (2006), “Justiça Constitucional e suas fundamentais funções”. *Revista de Informação Legislativa*, 171, jul./set., pp. 19-47.

definitivo.

Nos *Federalist Papers*²⁸, James Madison defendia a existência de um Supremo Tribunal, tendo em conta a separação de poderes. A primeira explicação reside na dispersão do poder como garantia do seu não-abuso. Para Madison (federalista n.º 51) - e foi esta a escolha plasmada na Constituição - o poder deve ser dividido em ramos diferentes, com diferentes modos de eleição e de acção, afastados entre si de maneira a se auto-defenderem. Hamilton (federalista n.º 78), na esteira de Montesquieu, classifica o poder judicial como vazio em termos de espada ou de bolsa, de força ou de vontade. O poder judicial é o mais fraco, e nunca ameaça a liberdade da sociedade (ainda que possa afectar um indivíduo). Neste mesmo artigo, Hamilton avançava já com grande parte da argumentação que sustentaria o voto de Marshall em 1803:

Some perplexity respecting the rights of the courts to pronounce legislative acts void, because contrary to the Constitution, has arisen from an imagination that the doctrine would imply a superiority of the judiciary to the legislative power. It is urged that the authority which can declare the acts of another void must necessarily be superior to the one whose acts must be declared void. [...] There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. (sublinhado nosso)

Ou seja: os federalistas consagravam a supremacia da Constituição, bem como a necessidade lógica da sua interpretação e aplicação. A função ou competência nuclear do estado é a aplicação da constituição, dado que a defesa desta significa a defesa da representação abstracta da vontade social, da sociedade. Resta definir quem pode ter a função de fiscalização. A separação de poderes não corresponde apenas a uma distinção material do tipo de poder, mas a uma distinção funcional, em que se atribuem regras próprias a cada poder. Assim, o tribunal constitucional — ou Supremo Tribunal, no caso — vê ser-lhe atribuída a função de fiscalização e aplicação da Constituição, embora não o seu monopólio²⁹. A história do nascimento dos EUA, embora ausente nesta explicação, também ajuda ao entendimento do

28 A edição aqui usada é Alexander Hamilton, James Madison e John Jay (2003), *The Federalist Papers*. Signet Classics.

29 Para esta discussão sobre função, ver André Ramos Tavares (2006), acima citado.

mecanismo difuso de fiscalização de constitucionalidade. Os EUA nasceram contra o Rei inglês, mas também contra o parlamento inglês, contra uma monarquia parlamentar, e daí a opção pelo presidencialismo, por um lado, e a desconfiança da instituição parlamentar e da sua obra legislativa, por outro.

Em Inglaterra, a falta de uma constituição num único documento leva, como bem sabemos, a que o parlamento seja permanentemente um poder legislativo constituinte³⁰. De facto, a constituição inglesa não está codificada num só documento, corresponde a um acervo legislativo histórico em permanente construção. Incluem-se neste acervo actos do parlamento, decisões judiciais, lei parlamentar, costume e convenções internacionais³¹. Às regras consuetudinárias, somam-se, assim, as *Conventions of the Constitution*. No entender de Dicey, o *rule of law* compreendia um princípio particular: a constituição é consequência do direito ordinário do país, ou consequência das decisões judiciais. Esta leitura oferece um papel único ao costume, ditado nos palácios de justiça, pelo juiz que é senhor de Direito: a *common law* está acima da *statute law*, de uma forma contrária ao Direito romano. Ora, a presença na União Europeia e a multiplicação de leis constitucionais começa hoje a levantar dúvidas a este respeito, com um sério debate em torno da relação *common law/ statute law*, bem como da necessidade de uma constituição escrita³².

A decisão americana não rejeitou explicitamente esta doutrina, recuperando esta dimensão do poder social imenso dos juizes: a *judicial review* assenta, precisamente, na noção de que o Supremo Tribunal é “o paradigma da razão pública” (palavras de John Rawls)³³, e os tribunais têm o dever e poder de não aplicar nos seus processos normas contrárias à Constituição³⁴. O sistema político americano reproduzia, embora com alterações significativas, o sistema inglês: a Câmara dos Comuns corresponde, *grosso modo*, à Casa dos Representantes, e a Câmara dos Lordes ao Senado. A instituição de um Supremo Tribunal também não se encontra revestida de particular originalidade: por toda a Europa, nos países com direito

30 Consultámos aqui A.V.Dicey (edição 1982), *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. Indiana: Liberty Fund.

31 Ver http://www.parliament.uk/works/notes_on_parliament_and_constitution.cfm#constitution

32 As palavras são de Maurice Hauriou, citado por Miranda (2009), pp.125-126.

33 John Rawls (1997), *O liberalismo político*. Lisboa: Presença, pp.225-ss.

34 Ver Alves Correia (2001), pp.48.

codificado, existiam Tribunais de Cassação, com o objectivo da manutenção do equilíbrio no direito, não deixando que o seu progresso fosse impedido ou que este se dispersasse³⁵. A inovação do Supremo Tribunal nasce não com a Constituição, mas com a decisão de Marshall a favor da *judicial review*, uma verdadeira originalidade no panorama da época. Os tribunais de cassação verificavam o cumprimento da aplicação das leis pelos tribunais inferiores, apreciando julgamentos. As leis não eram postas em causa, porque se entendia que nunca um tribunal poderia anular ou mesmo modificar a vontade do legislativo. No modelo inglês, como referimos acima, não há limite constitucional ou hierarquia normativa.

Para melhor percebermos a divisão do poder nos EUA, convém relermos Alexis de Tocqueville³⁶. O francês dedica um capítulo separado ao poder judicial devido à importância política que percebe na possibilidade de controlo da constitucionalidade por qualquer tribunal. À primeira vista, os EUA aparecem como uma república de juizes, onde o juiz é uma força política, que intervém regularmente nos assuntos públicos. O juiz é dotado de uma autoridade social indiscutível, que lhe confere uma voz própria na comunidade social e jurídica. Os tribunais americanos estão plenamente revestidos de soberania. São órgãos de pleno direito. No entanto, o seu poder está contido, devidamente encerrado num círculo que exclui a possibilidade de abusos. Porquê? Desde logo, porque o poder judicial só intervém na presença de um processo. A fiscalização difusa é concreta e incidental, sempre *inter partes*³⁷. Para servir de árbitro, o juiz tem de ser convocado por um processo, dentro dos limites da lei. É chamado a pronunciar-se sobre a lei a partir de um processo, num caso particular. Isto é, uma norma pode ser considerada inconstitucional sem que isso a esvazie de conteúdo, sem que isso obrigue à sua anulação, porque a decisão só se aplica àquele caso concreto. A regra geral, seja um estatuto, seja uma lei ordinária, mantém-se válida podendo mesmo ser aplicada a outros casos. Situações, pois, exactamente contrárias à doutrina europeia. A aparente contradição justifica-se, nos termos americanos, pelo afastamento de qualquer usurpação do poder legislativo. A legitimidade da acção judicial vem do

35 Cf. artigo citado na nota 2.

36 Alexis de Tocqueville (ed. 2008 [1835/40]), *Da Democracia na América*. Lisboa: Relógio d'Água.

37 Ver Jorge Miranda (2008), pp.60-ss.

litígio particular, não de uma vontade do juiz de assumir a decisão sobre os assuntos públicos. Não se trata da discussão de assuntos gerais; como dizíamos, o processo reporta-se a um caso particular, com intervenientes e contexto facilmente identificáveis. Por último, Tocqueville destaca ainda a natureza imóvel do poder judicial: se não houver um apelo, isto é, se não for convocado, o poder judicial não age.

O poder político dos juízes americanos vem da possibilidade de controlo difuso da constitucionalidade. Isto é, qualquer juiz pode basear uma sentença na Constituição, e não nas leis ordinárias e decretos. Podem, aliás, decretar estas leis inconstitucionais. A constituição americana é o topo da hierarquia de leis, e estas têm forçosamente de estar de acordo com a norma primeira. Os tribunais obedecem-lhe, e as leis ordinárias submetem-se-lhe.

Esta noção dos juízes como actores políticos entra em confronto com a ficção que impera no modelo continental, assente no afastamento dos juízes em relação a todo e qualquer processo político, bem como na neutralidade política como justificação para a falta de controlo democrático sobre os agentes do poder judicial. A composição interna dos tribunais e as regras da fiscalização constitucional são os elementos formais que a garantem³⁸. Nos EUA, cedo se entendeu que a possibilidade de interpretação da constituição representava o poder de invalidar a acção do poder legislativo. O mecanismo de controlo da constitucionalidade – a *judicial review* – significa a intersecção entre o Direito e a política, o ponto onde as fronteiras dos poderes se entrelaçam, e uma decisão judicial pode representar a negação de uma escolha política feita previamente por actores plenos de legitimidade democrática³⁹.

Comparar os sistemas de fiscalização da constitucionalidade significa também comparar entendimentos do valor de uma Constituição. A constitucionalidade, como Miranda afirma, representa um juízo de valor segundo critérios constitucionais⁴⁰, que podemos assumir como definidos em cada tempo histórico, em função dos bens que determinada sociedade, num dado contexto, valoriza. Como é, então,

38 Ver Michele Santoni e Francesco Zucchini (2004), "Does policy stability increase the Constitutional Court's independence? The case of Italy during the First Republic (1956-1992)". *Public Choice*, 120, 439-461.

39 Ver Mary L. Volcansek (1994), "Political Power and Judicial Review in Italy". *Comparative Political Studies*, 26, 4, 492-509.

40 Miranda (2008), p.19.

entendida a lei constitucional, que limites tem? E, sobretudo, que critérios são esses, para a avaliação e juízo da inconstitucionalidade? Em Espanha, a Constituição é tida por pacto intocável; em Portugal, a leitura mais comum da Constituição costuma confirmar idêntica rigidez, crítica que frequentemente lhe é feita, a par da denúncia da inflexibilidade do seu conteúdo programático. No entanto, encontramos autores a classificá-la, de maneira provocatória, de “contorsionista”⁴¹. Gómez Fortes começa por reconhecer a *rigidez* formal da CRP, segundo os critérios do Direito Constitucional: a Constituição só pode ser reformada através de processo de revisão, respeitando limites formais e materiais nela definidos. O próprio processo de revisão é revestido de entraves e dificuldades, com prazos e maiorias muito exigentes, que em nada flexibilizam uma das constituições mais compridas do mundo, a oferecer um nível de detalhe ímpar. E, no entanto, o autor conclui por um contorcionismo da CRP. Porquê? A seu ver, a naturalidade com que se fala e aceita a revisão constitucional em Portugal, contrariamente à situação espanhola, revela um pacto flexível, que “se abre” com “excessiva facilidade” (palavras do autor)⁴².

Tocqueville assinala que, no caso francês, e reportamo-nos, portanto, à primeira metade do século XIX, a Constituição está acima de todos os poderes. Nada, nem ninguém, a pode alterar, é imutável. Não é este o entendimento de hoje: a República permite a revisão constitucional, em termos formais, proposta pelo Presidente da República ou pelo Parlamento, mas a sua aprovação depende sempre do consenso entre legislativo e executivo. O limite é a integridade territorial da República Francesa e forma republicana do regime, que não podem ser alvo de alteração. A revisão é feita, então, através de um projecto de lei constitucional (quando a proposta vem do PR) ou de uma proposta de lei constitucional (quando a origem é o parlamento). A aprovação da proposta por duas assembleias em congresso exclui a necessidade de referendo popular, regra para os demais casos. Desde 1958, a constituição foi revista vinte e quatro vezes, com particular incidência nas duas últimas décadas (anos 90 e 00), sendo considerada como “geneticamente modificável”, e a revisão “um modo de governação”, se não natural,

41 Cf. capítulo citado na nota 11.

42 Ver pág. 77, Gómez Fortes (2003).

pelo menos comum⁴³.

Para o teórico francês Tocqueville, o facto de nenhum juiz francês poder, à data, declarar uma lei inconstitucional significava a sobreposição da razão de Estado à razão ordinária. A interpretação da constituição nos palácios de justiça seria um poder imenso, dado que não era possível alterar a constituição. Essa interpretação seria vinculativa, seria a *verdade* sobre a constituição. O constitucionalismo francês, contrariamente ao italiano, alemão, espanhol e mesmo português, não resultou de uma complicada negociação entre facções diferentes, com pressões e condicionamentos severos. Antes resultou de uma força política legitimada por acontecimentos recentes, com fraquíssima oposição, que assim conseguiu consolidar o poder em torno do líder. Falamos, evidentemente, do General de Gaulle. Como escrevia Nicholas Wahl em 1959, “*like any important institutional change, the new French constitution owes its parentage to an established doctrinal tradition, the particular ideas and experiences of its authors, and the combination of immediate political circumstances*”⁴⁴. Se hoje a verificação da constitucionalidade a aproxima do modelo continental, apesar das suas idiosincrasias, nos seus primórdios a V República representava um caso excepcional no quadro europeu, explicado pela sua *critical juncture*. Mais do que uma constituição legitimada por uma assembleia, a V República é fundada num texto que resolve uma crise de regime curta mas profunda, redigido rapidamente por um grupo reduzido, afecto e próximo do General de Gaulle (encabeçado por Michel Debré, ministro da Justiça). O principal objectivo do legislador era a garantia da estabilidade, e assim se explica o reforço do poder executivo face aos dois restantes. Como Debré dizia, “*we must seek and organize power outside of Parliament*”⁴⁵. Como a opinião pública era contrária ao presidencialismo, considerado uma traição ao espírito revolucionário da república francesa, e ao mesmo tempo se queria evitar o parlamentarismo ingovernável da IV República, a opção foi por um semipresidencialismo, em que o chefe do executivo consegue uma autoridade forte, mas em que os partidos ainda têm importância, sem no entanto haver risco sistémico de instabilidade.

43 Citações de Guillaume Drago (2003), “Réformer le Conseil Constitutionnel?”. *Pouvoirs*, 105 (2), pp.73-97.

44 Ver Nicholas Wahl (1959), “The French Constitution of 1958: II. The initial draft and its origins”. *The American Political Science Review*, 53 (3), pp.358-382. O artigo oferece uma interessante descrição do processo de redacção da constituição, bem como da sua entrada em vigor.

45 Citado em Stanley Hoffman (1959), “The French Constitution of 1958: I. The Final Text and Its Prospects”. *The American Political Science Review*, 53 (3), pp.332-357. Lamentamos a citação em inglês, mas não nos foi possível encontrar a referência original em língua francesa.

Mas voltemos à questão do poder dos juízes constitucionais relativamente ao poder legislativo. Kelsen, já o dissemos, entendia que a fiscalização da legislação implicava uma participação no processo legislativo; daí o preferir que o mecanismo fosse concentrado num só órgão, responsável por essa função. O poder legislativo constituía, a seu ver, uma actividade positiva, sendo a fiscalização uma acção negativa, que anula determinado estatuto se este se encontrar em conflito com a norma fundamental, entendida pela constituição⁴⁶. A doutrina colhe ainda apoio nas análises contemporâneas, como em Guillaume Drago, a propósito do actual lugar do Conselho Constitucional francês no equilíbrio das instituições: “*organe régulateur de l’activité normative des pouvoirs publics, sa place dans les institutions de la République est bien plus essentielle qu’une juridiction: c’est un organe constitutionnel participant réellement à la confection de la loi, même si c’est négativement*”⁴⁷. No entanto, e como refere André Ramos Tavares, a jurisprudência não constrói novos enunciados, na medida em que essa actividade diz respeito, em exclusivo, ao legislador⁴⁸.

Em França, a constitucionalidade é verificada de modo concentrado, em exclusividade, por um Conselho Constitucional. Este órgão de soberania tem a sua legitimidade primeira na Constituição, título VII, que consagra a sua composição e competências, firmemente estabelecidas no panorama constitucional francês⁴⁹. É composto por nove membros, nomeados em igual número pelo Presidente da República (3), Presidente da Assembleia Nacional (3) e Presidente do Senado (3), substituídos por triénios, de maneira a assegurar simultaneamente estabilidade e uma certa mudança⁵⁰. Logo aqui distinguimos uma importante diferença em relação ao caso português, pela pluralidade na nomeação dos juízes conselheiros. A nomeação reflecte os equilíbrios de poder da constituição da v República. O Conselho pretendia ser um órgão de garantia do poder executivo sobre o legislativo, e daí a não-necessidade de formação jurídica dos seus membros, dado que não exerce poderes de fiscalização concreta. A fiscalização só é exercida em estatutos que ainda não tenham sido promulgados, em

46 Ver Sweet (2002), acima cit., e também Miranda (2008), p. 41.

47 Ver Drago (2003), p. 83.

48 Ver em Tavares (2006), p. 19.

49 Idem.

50 Constituição da República Francesa, disponível em <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>.

rigoroso regime *ex-ante*, de fiscalização preventiva e abstracta. O desenho da constituição, e neste caso particular, o papel atribuído a um tribunal constitucional, correspondia aos desejos de uma força política vitoriosa⁵¹. Daí a opção pela centralização, com um peso significativo do poder executivo. Aliás, os antigos Presidentes da República têm assento no Conselho Constitucional, uma bizantinice para permitir uma passagem mais suave da IV à V República, ao incluir num órgão de estado o antigo Presidente René Coty. O Conselho tem uma marca de origem sobretudo política, que se reflecte na liberdade de nomeação sem pré-condições; as críticas ao modelo parecem quase lógicas e necessárias: “*cette liberté de choix renforce le caractère politique de l’institution, en permettant la désignation de proches du président de la République et des présidents des assemblées, plus pour leur fidélité politique que pour les qualités requises en vue de l’exercice des fonctions à venir*”⁵². Stanley Hoffman também considerava a “nova” instituição como uma garantia adicional ao poder do executivo, dado que se pronunciava sobre a constitucionalidade das leis, quando a sua composição era sobretudo política⁵³.

Ora, o Conselho foi vendo os seus poderes progressivamente alargados, podendo falar-se do Conselho Constitucional como um tribunal constitucional de facto desde 1971, data em que uma decisão do executivo foi, pela primeira vez, considerada inconstitucional⁵⁴. Autores como Stone Sweet consideram que, hoje, o Conselho Constitucional é um participante activo no processo legislativo, e que o constitucionalismo substituiu a ideologia oficial da vontade geral⁵⁵. Philippe Blachère avança com a hipótese de ser considerar o controlo preventivo da constitucionalidade como uma fase do processo legislativo, por ter lugar entre o voto e a promulgação da legislação⁵⁶. Já para Drago, o Conselho Constitucional sempre teve um estatuto constitucional. No seu entender, se a constituição define o controlo da constitucionalidade, e indica o Conselho como a instituição que o pode fazer, a função cria o órgão⁵⁷. O Conselho Constitucional existe como Tribunal Constitucional; há que ponderar é o seu

51 Sofia Amaral Garcia, Nuno Garoupa e Verónica Grembi (2008), “Judicial Independence and Party Politics in the Kelsenian Constitution Courts: The Case of Portugal.” *Illinois Law and Economics Research Papers Series*. Research Paper No.LE08-021.

52 Ver Drago (2003), p. 76.

53 Cf. Hoffman (1959): 340-341.

54 Ver Sweet (2002), acima cit.

55 Ver Alec Stone Sweet (1999), “Judicialization and Governance”. *Comparative Political Studies*, 32, 147-184.

56 Cf. Philippe Blachère (2003), “Le Conseil Constitutionnel en fait-il trop?”. *Pouvoirs*, 105 (2), pp. 17-28.

57 Ver Drago (2003).

lugar no específico equilíbrio das instituições, ainda hoje não claramente definido, e frequentemente alvo de dissensões (por exemplo, cite-se a discussão sobre a responsabilidade criminal do presidente, alvo de revisão constitucional em 2007).

O sistema francês continua a caracterizar-se por essa dinâmica de evolução, ao ponto de hoje ser já possível alegar a constitucionalidade em litigâncias, num claro processo de judicialização inédita do sistema. No entanto, deve recordar-se que, no caso francês, não é o Conselho o único garante da constituição, capacidade institucional que partilha com o Presidente da República. Esta evolução deve ser compreendida dentro de uma nova ordem política, em que os tribunais são a instituição por excelência a garantir o substrato material da democracia, face à fragilidade das restantes instituições estatais⁵⁸. O seu mandato e legitimidade estão firmemente ancorados na constituição democrática, num processo paciente de busca de equilíbrio. A revisão constitucional de 2008 veio permitir o controlo concreto, ainda que de forma limitada, quando estão em causa liberdades e direitos garantidos pela Constituição, com envio para o Conselho Constitucional por parte do Conselho de Estado ou do Tribunal de Cassação⁵⁹. Permite, finalmente, que o poder judiciário possa contestar a constitucionalidade de uma lei, depois da sua promulgação, face a um processo concreto.

O mandato dos juízes conselheiros, de forma semelhante ao caso português, dura nove anos, não sendo renovável. O mandato único tem vantagens evidentes: o comportamento judicial é mais susceptível de sofrer pressões pelo executivo quando este pode castigar o poder judicial, por *impeachment* ou alteração do tamanho e composição do tribunal⁶⁰. A não-renovação permite que não se concretize um alinhamento político do poder judicial com o poder executivo, independentemente do processo de nomeação. Não havendo possibilidade de sanção ao mandato, pela recusa de um segundo termo, ou pelo chumbo desse mesmo segundo termo, o juiz vê-se liberto de constrangimentos. O Conselho vê-se renovado por terços, a cada três anos, o que permite uma estabilidade na composição,

58 Cf. Paulo Castro Rangel (2009), *O estado do Estado: ensaios de política constitucional sobre justiça e democracia*. Alfragide: Publicações Dom Quixote, especialmente a chave de leitura e o ensaio «Justiça: Instituição liberal ou instituição democrática?».

59 Texto da revisão disponível em <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/revision-constitutionnelle-du-23-juillet-2008.16312.html>.

60 Ver Iaryczower et al. (2002), acima citado.

independentemente de ciclos eleitorais. Em caso de empate nas votações, o Presidente da República decide o sentido da decisão. O Conselho Constitucional tem, portanto, a competência da justiça constitucional, entre outras (confirmação de resultados eleitorais, por exemplo, tanto na eleição presidencial como em referendos). Antes da sua promulgação, as leis ordinárias, as propostas de lei e os regulamentos parlamentares são apresentados a este conselho (artigo 61), que se pronuncia a respeito da sua conformidade com a Constituição. Se o governo não pedir urgência (oito dias), o Conselho emite a decisão em trinta dias.

Um exemplo porventura mais próximo do nosso, por representar igualmente a possibilidade do controlo da constitucionalidade num estado de partidos, em que os partidos permeiam a vida política e social, será o italiano, estabelecido na Constituição de 1947. Tal como no caso português, temos uma assembleia constituinte a aprovar uma constituição de compromisso, em que se conciliam forças muito diferentes, tendo em vista um novo regime democrático. Em Itália, porém, o Tribunal Constitucional teve a sua origem logo no momento constituinte, ao surgir como uma das principais instituições do novo estado. Certos da importância dos partidos na vida política e institucional, os debates versaram à partida a divisão de poder entre os vários partidos que se apresentaram a jogo⁶¹. A nomeação dos juizes reflectiu este duro combate: cinco são nomeados pelo Presidente da República, cinco pelos juizes dos tribunais ordinários e administrativos, e cinco pelas duas câmaras do Parlamento, reunidas em sessão conjunta. Esta primeira proposta foi depois alvo de revisões, em regulamentos orgânicos próprios, devido ao impasse ao regular funcionamento do tribunal que os partidos impuseram logo na primeira década de existência. O tribunal levou mais de uma década para finalmente entrar em funcionamento, tendo as discussões sobre a nomeação bloqueado logo de início uma composição fundadora. Cedo se compreendeu a relevância política de controlo de um órgão desta natureza, principalmente levando em conta a chamada "lottizzazione", ou ocupação de cargos públicos segundo a militância partidária. Saliente-se, porém, que esta distribuição partidária não anula a tal ficção de independência judicial de que o modelo continental está impregnado, ao responsabilizar o poder político pela nomeação do poder

61 Conforme Volksek (1994).

de jurisdição constitucional. No tribunal constitucional italiano, as decisões não são assinadas, nem há espaço para declarações de voto. De igual forma, as decisões não podem incluir juízos ou críticas políticos em relação ao poder do parlamento.

Nos primeiros tempos de funcionamento da democracia italiana, a relação entre os dois órgãos de soberania não foi pacífica. O corpo legislativo herdado do fascismo foi, sucessivamente, revogado e considerado inconstitucional pelo Tribunal, num evidente acto de escolha política e ideológica. Contudo, essa opção, quase com contornos de activismo judicial, enalteceu a imagem do tribunal aos olhos da opinião pública, levando à sua emancipação acima do estado de partidos, ganhando uma legitimidade e reputação de imenso respeito.

O tribunal e o parlamento italianos encontram-se em pé de igualdade, em termos institucionais. É no contexto desta igualdade institucional que se pode falar, em bom rigor, de justiça constitucional. O tribunal podia, portanto, usar a sua merecida legitimidade para influenciar o rumo político. Não foi esse, todavia, o entendimento que prevaleceu. Na verdade, depois de uma fase activista, considerou-se que deveria existir um respeito mútuo, a bem da estabilidade institucional. A igualdade entre estes dois *veto players* institucionais não podia significar o impasse contínuo, numa guerra que apenas deslegitimaria a complexa orgânica do estado italiano. Se o parlamento hoje, em regra, segue os ditames pronunciados pelo tribunal constitucional, o próprio tribunal acaba também por tornar este respeito mútuo. Evidentemente, têm havido diferenças de monta, sendo de realçar a legislação relativa às telecomunicações e respectivos monopólios. A questão permanece relevante, quando governos caem devido a decisões do tribunal constitucional (ex. 1973). O tribunal tem igualmente um papel central na vida política da República Italiana, ao decidir sobre a constitucionalidade dos referendos, instituto relativamente frequente na vida política italiana. Note-se que o tribunal constitucional português tem também esta competência, criada na suspeição da democracia semi-directa que o plebiscito permitiria. O encontro de intenções possível entre presidente e assembleia, na eventual tentação do referendo (por exemplo, visando alterações constitucionais), é assim controlado pelo tribunal, que garante a defesa da

democracia representativa⁶².

O Tribunal Constitucional é, de resto, um elemento exclusivo do regime democrático. O seu papel de garantia da constitucionalidade confunde-se com um papel de garantia das instituições democráticas. Nas palavras de Francisco Lucas Pires, “só na relação funcional e moral com o regime democrático, um Tribunal Constitucional tem sentido”⁶³. Ou ainda, nas palavras do antigo Presidente da Corte de Constitucionalidade da Guatemala: “a justiça constitucional adquire especial importância no Estado moderno porque constitui o meio pelo qual se logra a plena vigência das normas contidas nas leis fundamentais”⁶⁴.

O caminho que o Tribunal Constitucional italiano escolheu é bastante semelhante ao português: as decisões tendem a ser conservadoras, reflectindo uma posição ideológica moderada, de "centrão". De facto, optou por fugir, como em Portugal, às causas mais fracturantes, como sói dizer-se, tendo apenas avançado contra o parlamento em casos apoiados fortemente pela opinião pública, como na remoção de leis fascistas, herdadas do regime autoritário anterior. O tribunal constitucional reforça a sua legitimidade sendo o garante das liberdades e direitos fundamentais. Em 1984, há uma decisão⁶⁵ a reforçar a separação de esferas, reconhecendo que o desenvolvimento de um programa político é competência apenas do poder legislativo. Mais uma vez se reforça a diferença do modelo continental em relação ao modelo americano, pela recusa da politização da justiça constitucional, mesmo quando é um facto. A isto se soma um entendimento específico da constituição, como constituição viva, caracterizada pela flexibilidade e evolução. Por outro lado, o Tribunal tem vindo a corrigir a legislação, a moderá-la, a sugerir correcções a partes da legislação, por oposição a uma declaração global de inconstitucionalidade. Foi essa a tendência ao longo dos anos 80.

Face a estes desenvolvimentos, Alec Stone Sweet, em 2000, afirmava que o processo político europeu estava, progressivamente, a sofrer um processo de judicialização, com origem nos tribunais

62 Ver Blanco de Moraes, *op. cit.*, p.23.

63 Citado por Alves Correia (2001), p.51.

64 Citado por André Tavares (2006), p.22.

65 Disponível em <http://www.giurcost.org/decisioni/1984/0139s-84.html>

constitucionais. A possibilidade da judicialização da vida política parece ser cada vez mais a verdadeira *nemesis* dos regimes democráticos⁶⁶. As decisões dos tribunais constitucionais condicionam o poder legislativo, pela declaração – ou mera ameaça de – inconstitucionalidade da globalidade de uma norma, ou de parte dela, bem como pela sugestão de correção de partes da legislação, como costuma ser o caso em Itália. Na verdade, o processo é duplo: trata-se simultaneamente de uma judicialização da política e de uma politização do poder judicial. É uma alteração normativa das instituições, que tem consequências no comportamento estratégico dos seus actores. Esta alteração tem um impacto profundo na percepção da neutralidade, e na manutenção – ou antes, limitação da manutenção – da ficção da independência dos juizes. Por exemplo, refira-se a legislação de liberalização do aborto, em Espanha em 1983-85, mas também na Alemanha, em discussão de 1975 a 1992, ou a própria nacionalização da economia, em França em 1981/1982. O tribunal confunde-se facilmente com o poder legislativo, numa dinâmica de correção da legislação emanada por este último. Por outro lado, não é inocente esta passagem de poder. O comportamento estratégico é alterado pelos dois vectores, à medida que o próprio poder legislativo delega determinadas decisões, porventura com efeitos eleitorais perversos, nos tribunais constitucionais. Se a constituição é viva, e portanto flexível e em permanente evolução, os tribunais constitucionais têm um papel preponderante nesse processo. Veja-se, a este nível, a deslocalização da decisão sobre as propinas universitárias para o tribunal constitucional português, entre tantos outros temas. Um juiz conselheiro italiano referia, a propósito do seu papel, que sentia que havia um certo incentivo à substituição das instituições parlamentares pelas judiciais, dada a imensa fragmentação do sistema político, e conseqüente paralisação do processo de tomada de decisões⁶⁷.

Uma explicação possível para a elevada heterogeneidade é a existência de múltiplos *veto players*, que forçam a uma estabilidade de políticas, conforme a teoria de George Tsebelis⁶⁸. Na existência de várias instituições com poder para bloquear novas políticas, torna-se mais difícil mudar alguma coisa, e portanto há uma maior estabilidade. Quando há menos actores, é mais fácil propor e implementar

66 Ver Volkanssek (1994), pp.504-ss.

67 Citado em Santoni e Zucchini (2004).

68 Ver George Tsebelis (2002), *Veto Players: How Political Institutions Work*. Princeton: Princeton University Press, desenvolvimento de artigo originalmente publicado em 1995, no *British Journal of Political Science*.

novas políticas. Peguemos no caso português, para exemplificar. Temos um parlamento com uma maioria relativa, onde o partido maioritário é forçado a negociar com os restantes partidos, que não partilham dos seus interesses ou prioridades. Acumulamos esta fragmentação com uma situação de coabitação, dado que o Presidente não tem a mesma cor partidária, e discorda das suas opções. O impasse parece instalado, à medida que os leques de escolha dos vários actores se vão sobrepondo, e consequentemente anulando. Nessa situação, o tribunal constitucional ganha uma maior margem de manobra para alterar o *status quo*, reforçando assim a sua independência em relação aos poderes legislativo e executivo. Evidentemente, e como Tsebelis salienta, a possibilidade de um tribunal constitucional ser um *veto player* depende da sua posição relativamente ao centro de unanimidade dos restantes actores institucionais. A nomeação dos juízes conselheiros, por exemplo, pode impedir a independência necessária para a acção com efeito contra-maioritário⁶⁹. De facto, por vezes a mediana das intenções dos tribunais constitucionais não coincide com o tal centro de unanimidade, podendo dar lugar ao veto político, sobrepondo-se desta forma ao poder legislativo. O poder legislativo nunca tem a última palavra, na existência de um tribunal constitucional. Foi o caso durante o primeiro governo de Mitterrand (1981), forçado a lidar com um Conselho Constitucional herdado de um governo de direita. Mas com que legitimidade pode o Tribunal vetar o poder político, dado que, ao contrário dos restantes actores, não foi eleito?

Esta discussão encontra-se inscrita na própria arqueologia do Direito Constitucional. Kelsen e Schmitt, entre 1929 e 1931, discutiram intensamente quem deveria ser o garante da constituição – *Wer soll der Hüter der Verfassung sein* –, isto é, a legitimidade da justiça constitucional. Para Kelsen, como já referimos, a verificação da conformidade das leis com a constituição compete a um tribunal particular. Carl Schmitt, muito pelo contrário, via no próprio conceito de justiça constitucional um paradoxo, dado que o acto em si é eminentemente político, e é portanto contraditório atribuí-lo a um tribunal. Se a justiça se refere a uma situação concreta, com base numa lei, então um Tribunal Constitucional seria sempre um

69 Ver António de Araújo e Pedro Coutinho Magalhães (2000), “A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?”. *Análise Social*, xxxv (154-155), 207-246.

órgão político, uma alta instância, a quem era possível a vitalíssima decisão constituinte⁷⁰. Ainda que os últimos sessenta anos tenham comprovado a consagração da doutrina kelseniana e das suas instituições, não houve lugar a um abandono da discussão da legitimidade da garantia, sendo constante a procura e confirmação de um princípio democrático no funcionamento da fiscalização da constitucionalidade⁷¹.

O tribunal constitucional alemão é talvez o tribunal mais influente em termos políticos de entre os casos europeus⁷². É o Tribunal Constitucional Federal que interpreta a letra e espírito da Constituição ou *Grundgesetz*, importante responsabilidade que foi definida logo nas negociações da Constituição de Bona de 1949, ao estabelecer uma democracia jurídica, onde se limita o poder das maiorias. O Tribunal Constitucional simboliza o Estado de Direito, e, pesem embora algumas discrepâncias (manifestadas no direito de opinião discordante), caracteriza-se por um consenso e coesão nas decisões. De facto, ao contrário de outros tribunais, como o Supremo americano, o Tribunal Constitucional Federal fala a uma voz⁷³. Na Alemanha, o tribunal esforça-se por soluções de consenso, sendo raras as opiniões de protesto⁷⁴. Deste modo, foi confiada ao tribunal a tarefa de interpretação e validação do papel das instituições e regras, penetrando hoje todas as esferas do Direito e da política. Para além da fiscalização concreta e abstracta, com a consequente anulação da lei se considerada inconstitucional, o tribunal alemão permite aos cidadãos a queixa directa, a chamada *Verfassungsbeschwerde*, depois de esgotados os restantes trâmites legais. É, aliás, um direito fundamental da cidadania alemã, e que aumenta a legitimidade do tribunal aos olhos da sociedade, que a ele recorre com muita frequência, constituindo a esmagadora maioria dos casos em processo. Mais de 80% da população alemã confia no Tribunal, e pensa que este, embora seja também um participante do processo político, está acima dos jogos políticos.

O recurso de amparo, comum ao sistema espanhol, é acompanhado na Alemanha por uma sentença

70 Ver Alves Correia (2001), pp.39-ss.

71 Para uma primeira abordagem à discussão no caso português, ver Araújo e Magalhães (2000).

72 Afirmção defendida e desenvolvida por Donald P. Kommers (1994), "The Federal Constitutional Court in the German Political System". *Comparative Political Studies*, 26, 4, 470-491. É também a expressão usada em "Judgment days". *Economist*, 26 de Março de 2009.

73 Exemplificado por Kommers (1994), pp.497-488.

74 Cfr. *Economist*, nota 68.

com efeitos *erga omnes*. A verdade é que o recurso parece exaurir a capacidade do tribunal constitucional, ou antes, a capacidade parece esgotada pela sua triagem, dado que uma significativa parte das queixas não é aceite. Hoje discute-se se não se deveria aproximar o modelo de justiça constitucional alemão ao americano, com a introdução da discricionariedade do tribunal na escolha dos seus casos, como tentativa de alívio da carga processual. A tentação do recurso de amparo tem, contudo, bastante força nos países onde não existe, como Portugal, democratizando o acesso ao Tribunal Constitucional, enquanto se ensaia a transformação da sua natureza singular numa última instância, ou “tribunal dos direitos fundamentais”⁷⁵.

A democracia alemã, tal como a italiana e a portuguesa, tem uma natureza representativa, assente nos partidos. Assim, o Tribunal tem um papel no reforço da teoria política do estado de partidos. Já vimos os efeitos no fragmentado sistema político italiano; o sistema partidário alemão, por outro lado, caracteriza-se por uma política de consenso, na qual os pequenos partidos têm um papel fulcral, sendo frequentemente chamados a coligação, de governo ou de aliança no sentido do voto parlamentar. São também importantes em termos de *agenda setting*, influenciando os programas dos “grandes” CDU e SPD. A jurisprudência do tribunal constitucional alemão reflecte este difícil compromisso, entre maiorias, minorias e a democracia representativa. Tanto o sistema eleitoral, com os seus problemas de duplo voto, quotas partidárias, limiar de representação, como as próprias discussões parlamentares ou de financiamento têm resultado em processos de justiça constitucional, que formatam o processo político.

Para além dos modelos mais ou menos puros que descrevemos, existem casos de hibridismo na justiça constitucional, combinações de modelos feitas à medida do regime que se pretende fiscalizar, e fruto de influências jurídicas mais diversas. É o caso do Brasil, cujo sistema apresentamos de seguida.

O controlo da constitucionalidade no Brasil nasceu em 1891 com a Constituição que se seguiu à implantação da República (1889), através de um sistema difuso copiado do modelo americano,

75 Blanco de Moraes (2007) refere o debate, desenvolvendo as suas linhas. Ver, especialmente, pp.1047-1052.

fortalecendo a forma federativa e republicana do novo regime⁷⁶. Até então, o direito brasileiro vivia sob influência do sistema europeu, fazendo já uma complexa articulação entre a noção britânica de supremacia do parlamento e o entendimento francês da lei como vontade geral⁷⁷, o que impedia a introdução da *judicial review*⁷⁸. O sistema foi primeiramente introduzido por um decreto em 1890, onde se instituía a fiscalização judicial da constitucionalidade das leis, à maneira dos Estados Unidos⁷⁹. O controlo era, assim, difuso, concreto e incidental, e foi este controlo que ficou plasmado na primeira constituição. Foi confirmado pela primeira Constituição republicana, que estabelecia que todos os tribunais podiam julgar as causas em que fosse suscitada a constitucionalidade, sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão de recurso em última instância. A lei n.º 221 de 1894 era particularmente clara a respeito do controlo difuso: “os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”⁸⁰. O Supremo Tribunal Federal era, em tudo, uma cópia do Supremo Tribunal dos Estados Unidos, conforme a intenção do redactor principal da nova constituição, o constitucionalista republicano Rui Barbosa. Barbosa era, a todos os níveis, um fortíssimo defensor do modelo norte-americano, entendendo que o republicanismo, presidencialismo e federalismo norte-americano podiam ser completamente enxertados na nova República do Brasil. Através do Supremo Tribunal Federal, Rui Barbosa pretendia uma defesa e garantia das liberdades e direitos individuais, em parte contra o poder legislativo e executivo, mantendo uma margem larga de actuação ao poder judicial. Essa vontade entrou em litígio com o Congresso, tendo o constitucionalista resolvido, em parte, a questão do equilíbrio por um entendimento bastante vasto do *habeas corpus*, situação que só viria a ser corrigida em 1915⁸¹. Deve ser, contudo, referido, que as

76 Andreo Marques (2006), “Evolução do instituto do controlo de constitucionalidade no Brasil”. *Revista de Informação Legislativa*, 170, abr./jun.

77 Ver Fernando Luiz Rocha (2004), “Evolução do controlo da constitucionalidade das leis no Brasil”. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 577-601.

78 A este respeito, parece estar a ocorrer uma revisão na história do direito brasileiro, como referiu o Professor Doutor Otávio Rodrigues Júnior, em seminário do presente curso, ao referir-se ao papel do Conselho de Estado durante o Segundo Reinado, com um papel único nas Américas em controlo da constitucionalidade. No entanto, a doutrina vigente afirma que a constituição imperial de 1824 negava o controlo da constitucionalidade por evidente supremacia do poder executivo, como em Andreo Marques (2006).

79 Cfr. Miranda (2008), 125-128.

80 Citado em Andreo Marques (2006).

81 O *habeas corpus* brasileiro ultrapassava em muito qualquer entendimento do mesmo instituto, sendo uma figura jurídica

restantes influências jurídicas estavam presentes, mas manifestaram-se na constituição de maneira mais mitigada (a Escola Exegética alemã, a formação de juristas em Direito Romano, o positivismo de Auguste Comte – relegado para a bandeira nacional–, o pensamento político de Benjamin Constant, etc.)⁸².

A Carta de 1934 introduzia elementos de controlo concentrado⁸³, a fim de permitir uma eficácia *erga omnes*, em vez do *inter partes* que a decisão dos tribunais implicava. São de salientar a representação interventiva (instaurada pelo Procurador Geral da República), e hoje denominada acção directa de inconstitucionalidade interventiva, e o mandado de segurança, que viria a ter uma importância fundamental durante o período de ditadura⁸⁴. Assim se aproximou o sistema brasileiro do modelo de *civil law* ou direito romano-germânico, numa tendência de hibridismo que se acentou com as sucessivas constituições e emendas constitucionais (ao longo das três fases constitucionais descritas por Jorge Miranda). Andreo Marques refere, contudo, que só desde 2004, com a Emenda Constitucional n.º45, se pode falar em vinculação dos órgãos judiciais às decisões de inconstitucionalidade do Supremo Tribunal Federal⁸⁵.

O controlo da constitucionalidade no Brasil caracteriza-se, paradoxalmente, por um processo de retrocessos e alguma continuidade. A constituição de 1937, do “Estado Novo”, retirava grande parte do poder de controlo, rejeitando qualquer possibilidade de efeitos *erga omnes*. No período de 46-67, estabeleceu-se um mecanismo de fiscalização abstracta e restabeleceu-se a representação interventiva, agora completada por uma acção directa de declaração de inconstitucionalidade, provocada igualmente pelo PGR. Nas constituições do período de ditadura militar (1967 e 1969), foi ligeiramente alterado o acervo herdado da constituição de 1946. Os pedidos de mandado de segurança ao Supremo Tribunal Federal multiplicaram-se, provando que este tinha já um lastro na defesa das garantias constitucionais.

fora de controlo.

82 Conforme referência da nota 2.

83 Miranda (2008), p.126.

84 Durante o governo de Getúlio Vargas, por exemplo, foram frequentes os pedidos de mandado de segurança e *habeas corpus*, tentando a solução judicial na defesa de direitos fundamentais. No entanto, a submissão do STF ao governo impediu que estes mitigassem de alguma forma os atentados frequentes às liberdades. Durante a Segunda Guerra Mundial, Vargas impôs um estado de guerra, impedindo sequer o pedido de *habeas corpus*.

85 Cfr. Marques (2006), p.19.

Ora, neste período nunca o Supremo Tribunal correspondeu a essa vocação, tendo sempre manifestado uma impressionante colagem ao poder executivo, não se atrevendo a de alguma forma contradizer a vontade deste último.

A constituição actualmente em vigor, de 1988, herda esta complicada história, mantendo grande parte dos seus institutos e acrescentando ainda outros, comprovando uma natureza verdadeiramente mista ou híbrida, e original no panorama da justiça constitucional, dada a pluralidade de soluções: fiscalização concreta difusa; recurso extraordinário para o Supremo Tribunal (na linha directa do constitucionalismo norte-americano, servindo por este meio o Supremo Tribunal de órgão garante da unidade da República⁸⁶); acção directa de inconstitucionalidade de lei ou acto normativo federal ou estadual; acção declaratória de constitucionalidade de lei ou acto normativo federal (introduzida pela Emenda Constitucional n.º3 de 1993); arguição de descumprimento de preceito fundamental; mandado de injunção; mandado de segurança colectivo; acção de inconstitucionalidade por omissão⁸⁷. Ainda que os cidadãos não possam provocar o mecanismo de justiça constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental aproxima o sistema da *Verfassungsbeschwerde*, a pluralidade de órgãos a poder solicitar a intervenção do Supremo também democratiza, de alguma forma, o acesso à justiça constitucional (PGR, Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partidos políticos com assento parlamentar e sindicatos de escala nacional).

A avaliação do funcionamento do Supremo Tribunal Federal não é consensual: são-lhe acatadas fortes críticas quanto à sua independência em relação ao poder executivo, numa continuidade com o período de ditadura. Um dos exemplos mais frequentemente citados é o “*impeachment*” de Collor de Mello, do qual o Supremo Tribunal se alheou; mas também são referidos os problemas em torno do mandado de injunção, muito debatido na doutrina nacional (a maioria dos ministros nega a sua possibilidade enquanto efectivação dos direitos individuais), e os atrasos da instituição nos processos de

86 Adhemar Ferreira Maciel (2006), “Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil”. *Revista de Informação Legislativa*, n.º170, 7-15.

87 A descrição baseia-se em Miranda (2008), p.127, e Marques (2006), p.22.

inconstitucionalidade. A função arbitral que poderia ter assumido, enquanto instituição que determina a competência dos demais poderes, pela sua possibilidade de poder contramaioritário, não tem sido assumida.

Para concluir o presente ensaio, gostaríamos de tecer ainda algumas considerações sobre o sistema português e os debates que o rodeiam, apesar de termos vindo a fazer-lhe referência ao longo de todo o texto. A justiça constitucional foi instituída, de forma autónoma, pela Constituição de 1976, hoje vigente. Reúne a experiência do controlo difuso estabelecido em 1891, a que se acrescentou a doutrina kelseniana de controlo concentrado, num híbrido que se explica pelo espírito compromissório do momento constitucional. Resumidamente, o Tribunal detém a competência exclusiva do controlo preventivo, controlo abstracto sucessivo e controlo da inconstitucionalidade por omissão. O controlo concreto é difuso, mas às decisões dos tribunais comuns assiste o direito de recurso – por vezes, dever de recurso – para o Tribunal Constitucional, que é a última e definitiva instância. Ao longo das aulas, foi discutido profusamente o caso português, pelo que dispensamos aqui o pormenor para passar ao debate. Salientamos só que, em Portugal, o controlo de constitucionalidade é um controlo de normas jurídicas, e não um contencioso. Por norma deve entender-se um conceito formal e funcional, isto é, qualquer acto de poder público que contenha um “padrão de valoração do comportamento”⁸⁸. O *self-constrain* do Tribunal, patente desde a formação, rejeita a análise de actos políticos em si mesmos, actos administrativos, actos jurídico-privados e decisões judiciais, fortalecendo assim a sua imparcialidade

88 Incluem-se, portanto, leis-medida (*Masnahmengesetz* ou *leggi-provedimento*) e leis individuais e concretas; tratados-contratos internacionais; resoluções da Assembleia da República que suspendam a vigência de decretos leis; assentos do Supremo Tribunal de Justiça; acórdãos uniformizadores de jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça; normas criadas pelo (juiz) intérprete "dentro do espírito do sistema" (artigo 10.º, n.º 3, do Código Civil) para colmatar lacunas da lei; regulamentos estabelecidos por tribunais arbitrais voluntários; actos específicos ou *sui generis*, como os que fixam as regras necessárias ao funcionamento e organização da Assembleia da República, fruto de autonomia normativa interna; as normas constantes de estatutos de associações públicas; os regulamentos emitidos pelas associações públicas ou outras entidades privadas por devolução de poderes de entidades públicas (por exemplo, certos regulamentos produzidos por sociedades concessionárias de obras ou serviços públicos ou de federações desportivas); normas consuetudinárias, na medida e nos domínios em que são admitidas como fonte de direito interno (cf. os artigos 3º, n.º 1, e 348º do Código Civil); normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal faça parte, vigentes na ordem jurídica portuguesa por força do n.º 3 do artigo 8.º da CRP (questão que, sublinhe-se, não foi ainda objecto de decisão por parte do Tribunal), conforme António de Araújo, Miguel Nogueira de Brito e Joaquim Pedro Cardoso da Costa (2002) elencam em “As relações entre os tribunais constitucionais e as outras jurisdições nacionais, incluindo a interferência, nesta matéria, da acção das jurisdições europeias”. Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal à XII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus. Disponível em <http://www.confcoconsteu.org/reports/Portugal-PT.pdf>.

relativamente aos restantes órgãos de soberania. O tribunal constitucional português garante e promove a correcção constitucional do processo político através do controlo normativo⁸⁹. Controlo, realçamos, e não co-produção.

Mais de trinta anos volvidos sobre a implantação de uma nova república, não é de surpreender que da reavaliação do sistema, agora amplamente estabelecido, e com uma jurisprudência de maneira alguma desprezável, surja a tentação da alteração, por comparação com outros sistemas. A *path dependency* que trilhamos apresenta desafios que os pais fundadores não podiam ter previsto, bem como novas necessidades, nem sempre de fácil solução. Blanco de Moraes sintetiza duas propostas que amiúde se têm colocado, frequentemente em alternativa, correspondendo a procuras de um modelo jurisdicional único, que se espera solucionador de conflitos doutrinários⁹⁰. São elas (1) o reforço do sistema difuso, que pode passar pela transferência de competências para o Supremo Tribunal de Justiça ou reforço dos tribunais comuns; e (2) transição para modelo exclusivamente concentrado, eventualmente com introdução do recurso de amparo. Mencionamos apenas estas, por uma questão de tempo e espaço, bem como de escopo do presente ensaio. Deve ser desde já esclarecido que, mesmo entre os seus críticos, o balanço do funcionamento do tribunal é amplamente positivo. O controlo difuso na base, porque todos os juízes têm acesso directo à Constituição, e concentrado no topo, porque as decisões em matéria de constitucionalidade em tribunal são remetidas em recurso para o Tribunal Constitucional, provou ser adequado ao contexto português⁹¹. Esse reforço desequilibraria a relação institucional, ao criar duas fontes de justiça constitucional. Sobretudo, o judicialismo viria agudizar o problema da legitimidade política, ao substituir os juízes eleitos e cooptados por juízes de carreira, num campo que tem sempre um elevado peso político. Em tal cenário, a independência, problema a que pretendíamos dar resposta, continuaria a ser questionada. Os riscos parecem sobrepor-se às eventuais vantagens.

No entanto, há outros exemplos a levar em conta. A tensão entre o Tribunal de Justiça das

89 Ver Cardoso da Costa (2007), pp.98-99.

90 Cfr. Blanco de Moraes (2007), pp.965-ss.

91 Ver António de Araújo, Miguel Nogueira de Brito e Joaquim Pedro Cardoso da Costa (2002), relatório citado na nota anterior.

Comunidades e as jurisdições constitucionais tem levado a uma aproximação do modelo concentrado ao modelo difuso, devido aos problemas que o controlo da constitucionalidade do direito comunitário levanta. Refira-se que a Alemanha optou por elevar o tribunal europeu a juiz legal na sua ordem jurídica, evitando desta forma conflitos jurisdicionais.

O modelo alemão é, como vimos, concentrado com fiscalização concreta, contemplando o recurso de amparo. Não é muito claro se haveria vantagens na introdução de tal recurso. As experiências alemã e espanhola demonstram, como vimos, que este – ou antes, que a triagem prévia deste – acaba por consumir quase na totalidade a capacidade produtiva do tribunal. Ainda que se consiga manter uma produtividade alta, como é o caso na Alemanha, a restante fiscalização sairia muito prejudicada. Dado que grande parte dos processos acabam por ser recusados, não é muito claro que vantagem traria a um sistema que, repetimos, tem mostrado funcionar relativamente bem, e que já hoje apresenta uma discrepância numérica bastante significativa de casos de fiscalização sucessiva concreta, em relação aos restantes controlos. Além do mais, a Constituição da República Portuguesa inclui, no seu artigo 23.º, a figura do Provedor de Justiça, a quem os cidadãos podem apresentar queixas por acção ou omissão dos poderes públicos.

Conclusão

As apreciações contraditórias, bem como a constante sugestão de melhorias, face ao desenvolvimento de necessidades, sugerem que o papel dos tribunais constitucionais não está definido de uma maneira fechada. Não está, nem poderia estar. As instituições desenvolvem-se, formal e funcionalmente, num ciclo de vida condicionado pelo contexto e actores que as rodeia. Ao nível da doutrina, faz todo o sentido discutir alternativas, e correcções ao modelo. Esperamos, contudo, uma maior reserva na passagem dessa discussão riquíssima e indispensável a eventuais revisões constitucionais, com alterações fundamentais de um sistema claramente positivo. A constante menção da revisão constitucional parece ser um vício fora de controlo, que perturba ainda hoje o normal funcionamento e desenvolvimento das instituições, e impede qualquer estabilização. Talvez seja finalmente chegado o tempo de declarar que nem todos os problemas nacionais se resolvem por via constitucional.

De toda a forma, esperamos com este ensaio ter demonstrado o relevante papel que a justiça constitucional desempenha em sistemas políticos democráticos, como garantia de direitos fundamentais. Os estados que instituem tribunais constitucionais criam, através desta instituição, um *veto player* importante em termos de equilíbrios internos, dado que o seu poder não pode ser ultrapassado pela via legislativa. O tribunal tem a última palavra na declaração da constitucionalidade. Resta saber até que ponta actua nesse sentido contramaioritário, conforme discutimos acima, a propósito do círculo de unanimidade política em que os tribunais se podem inserir. Não é certo que um tribunal constitucional assuma todo o potencial político que lhe é atribuído na sua função. Ora, a tendência, como vemos, tem sido de pressão por parte do poder político para uso desse mesmo potencial, como forma de correcção de fraquezas e debilidades dos actuais sistemas políticos. George Tsebelis concluiu, precisamente, que os tribunais constitucionais são, de facto, um *veto player* quando usam da sua prerrogativa de interpretação constitucional, mas não em decisões estatutárias, que obrigam a mais propostas legislativas, não necessariamente num sentido contrário ao da questão em causa.