

# ENTRE A CILA DO DIREITO E A CARÍBDIS DA POLÍTICA UM PONTO DE PARTIDA PARA O ESTUDO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NA CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA PORTUGUESA'

João Francisco Diogo

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP) encerrou o processo revolucionário que tinha sido iniciado com a Revolução de 25 de Abril de 1974, fixando a arquitetura institucional da democracia portuguesa. Com a aprovação deste documento, cumpria-se assim o objetivo de democratizar o país, anunciado pelo Movimento das Forças Armadas, através da definição da forma e funcionamento dos órgãos de soberania, do estatuto e direitos dos cidadãos e da definição do papel do Estado nos mais diversos aspetos da vida económica e social. Quarenta anos volvidos, dir-se-ia que a democracia portuguesa, testada na rotina política das suas formas constitucionais, entra agora numa fase de maior maturidade.

Sem procurar esconjurar outro tipo de metodologias de análise política, nomeadamente as análises behavioristas, parece hoje claro o postulado das novas correntes institucionalistas de que as instituições têm um papel autónomo e que não só são afetadas pela sociedade como a afetam<sup>2</sup>. Especificamente quanto à construção e aprofundamento de regimes políticos, o papel das instituições

## RESUMO

O principal objetivo deste ensaio é salientar o contributo do Tribunal Constitucional português na construção da democracia portuguesa inaugurada com a Revolução de 25 de Abril de 1974, propondo um novo ponto de partida analítico centrado nos contributos discursivos que a argumentação jurídica deste tribunal pode trazer à sedimentação dos traços essenciais do regime democrático português. Depois de um enquadramento geral sobre o impacto deste tipo de tribunais no desenvolvimento de regimes democráticos, segue-se uma análise abstrata da posição do Tribunal Constitucional português no quadro institucional da democracia portuguesa e das vias através das quais este poderá influenciar a sua construção, ilustrado por uma breve análise mais concreta da jurisprudência deste tribunal relativa a referendos.

*Palavras-chave:* Democracia, Tribunal Constitucional, Constituição da República Portuguesa, judicialização.



## ABSTRACT

### BETWEEN LAW'S SCYLLA AND POLITICS' CHARYBDIS: A POINT OF DEPARTURE FOR THE STUDY OF THE CONSTITUTIONAL COURT'S ROLE IN THE CONSTRUCTION OF THE PORTUGUESE DEMOCRACY

The main objective of this essay is to highlight the contribution of the Portuguese Constitutional Court in the construction of the Portuguese Democratic regime, inaugurated by the Carnation's Revolution of 1974, advocating a new analytical point of departure centred in the discursive contribution that the legal reasoning of this court may bring to the sedimentation of the essential aspects of this regime. Following a general framing of the impact of this kind of courts in the development of democratic regimes, it is presented an abstract analysis of the position of the Portuguese Constitutional Court in the democratic institutional framework in Portugal and of the ways through which it can influence its construction, illustrated by a brief and more concrete analysis of the case-law of this Court regarding referenda.

*Keywords:* Democracy, Constitutional Court, Constitution of the Portuguese Republic, judicialization.

políticas dificilmente pode ser minorado, na medida em que estas agem no sentido de organizar a forma como o poder e a autoridade políticas são constituídos, exercidos, legitimados, controlados e distribuídos<sup>3</sup>.

No elenco das instituições políticas do novo regime democrático português nascido da Revolução de 1974, há uma que assume um papel peculiar na construção e aprofundamento da democracia: o Tribunal Constitucional (TC / o Tribunal).

Enquanto que o papel de outras instituições políticas na construção e aprofundamento da democracia, como a Assembleia da República, o Governo, o Presidente da República e os órgãos de Governo Local, é facilmente perceptível, o papel do TC é mais difícil de analisar. Esta dificuldade advém da peculiar posição político-constitucional que ocupa, na medida em que este tribunal é o órgão competente para «administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional» (artigo 221.º da CRP).

Esta cúria tem, assim, a difícil missão de navegar o nebuloso estreito entre a Cila do direito e a Caríbdis da política. Sendo um verdadeiro órgão jurisdicional, isto é, um órgão que «diz o direito», o Tribunal Constitucional está encarregue de defender e garantir as normas constitucionais, tais como as normas sobre o funcionamento da democracia, a separação de poderes, os direitos fundamentais dos cidadãos, entre outras, que fundam o Estado e enquadram o «jogo» político que nele se desenvolve. No entanto, ao contrário de Ulisses, o Tribunal nunca pode optar entre enfrentar Cila ou Caríbdis<sup>4</sup>, tendo sempre de navegar entre

ambas, na medida em que a sua atuação judicial e jurídica sempre terá consequências políticas diretas, afetando imediatamente um determinado processo político, e indiretas, através da construção de discursos e entendimentos, expressos ou implícitos nas suas decisões, sobre os aspetos estruturantes no regime constitucional e democrático.

O presente ensaio visa exatamente oferecer algumas linhas de orientação para a compreensão e análise do papel político desta instituição. Para além do balanço estatístico da atividade deste tribunal ou da forma como os diversos atores políticos utilizam a litigância constitucional como forma de obter dividendos políticos, o argumento central que se pretende aqui gizar é o de que a análise do papel do TC no aprofundamento da democracia portuguesa se deve também focar na forma como esta cúria navega o tal estreito entre Cila e Caríbdis, ou seja, pela forma como as suas decisões contribuem

para a formulação de discursos e entendimentos sobre os aspetos estruturantes do regime democrático.

A primeira secção deste ensaio versará assim sobre o enquadramento teórico que permite analisar a dimensão política dos tribunais constitucionais e o espaço que ocupam na arquitetura político-constitucional. A segunda secção procurará demonstrar que ao Tribunal Constitucional português, atendendo à sua configuração constitucional própria, podem ser aplicados os subsídios teóricos desenhados na primeira secção. Por fim, irá analisar-se um breve caso de estudo, a partir da jurisprudência deste tribunal sobre referendos, para exemplificar um aspeto em que é possível identificar contributos desta cúria para o aprofundamento do regime democrático português.

### **TRIBUNAIS, JUDICIAL REVIEW E KELSEN: A DIMENSÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS**

A dimensão política dos tribunais constitucionais pode ser dividida em diferentes campos de análise, orientando-se em torno de três eixos que dizem respeito à sua natureza, à sua função e à sua estrutura. De facto, os tribunais constitucionais são, em primeiro lugar, verdadeiras instituições de natureza judicial, pelo que comungam, no que diz respeito à sua dimensão política, de certos aspetos referentes a todas as instituições de natureza judicial. Por outro lado, a função primária destes tribunais é a de realizar a chamada *judicial review*, isto é, a verificação da compatibilidade dos atos legislativos e administrativos/executivos com as normas constitucionais e o poder de os anular<sup>5</sup>.

A DIMENSÃO POLÍTICA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS PODE SER DIVIDIDA EM DIFERENTES CAMPOS DE ANÁLISE, ORIENTANDO-SE EM TORNO DE TRÊS EIXOS QUE DIZEM RESPEITO À SUA NATUREZA, À SUA FUNÇÃO E À SUA ESTRUTURA.

Finalmente, os tribunais constitucionais propriamente designados seguem uma estrutura específica que os distingue de outros órgãos com poderes de *judicial review*, cuja teorização se deve ao eminente jurista austríaco Hans Kelsen que se detalhará adiante.

Note-se que, apesar de existirem alguns casos de tribunais constitucionais em regimes autoritários, a sua dimensão política ganha uma relevância própria quando enquadrados em regimes democráticos, na medida em que nesses podem contribuir ativamente para o aprofundamento e estabilização desses regimes, num contexto de *rule of law*<sup>6</sup>, separação de poderes e alternância democrática. É essa dimensão que se pretende aqui estudar.

Gibson nota a crescente importância política das instituições judiciais por todo o mundo e caracteriza essa crescente importância referindo-se a dois processos gémeos: a «judicialização da política» e a «politização do judiciário»<sup>7</sup>. Quanto ao primeiro desses processos, Hirschl define-o, no seu patamar mais abstrato, como sendo «a disseminação de discurso, terminologia, regras e procedimentos jurídicos para a esfera política e para os fora e processos de decisão política»<sup>8</sup>. Contudo, este autor afirma que o termo «judicialização da política» alberga três processos distintos sob a alçada desta definição

bastante abstrata. O primeiro diz respeito à ascendência que o discurso e o jargão jurídicos adquiriram sobre quase todos os aspetos da vida quotidiana e pela captura pelo direito das relações sociais e da cultura popular.

Os dois outros processos identificados por Hirschl dizem respeito àquilo que Gibson caracteriza como «a transferência de disputas políticas da arena política para os tribunais e instituições jurídicas»<sup>9</sup>. Em primeiro lugar, esta transferência manifesta-se na expansão das áreas em que os tribunais podem determinar o resultado da implementação de políticas públicas, essencialmente através do controlo da legalidade da atuação administrativa, da redefinição judicial das fronteiras administrativas e da garantia dos direitos dos cidadãos potencialmente alvo dessas políticas públicas<sup>10</sup>. De facto, as políticas públicas requerem a promulgação de enquadramentos legislativos e a intervenção de entidades administrativas, pelo que os tribunais terão sempre potenciais pontos de influência sobre o processo de implementação de uma determinada política pública, quer negativamente, dificultando ou bloqueando a sua implementação, quer positivamente, moldando o seu sentido e alcance. Apesar deste poder de influência importante, os tribunais sofrem de algumas limitações enquanto potenciais órgãos de *policy-making*: são órgãos eminentemente passivos, isto é, necessitam que lhes sejam apresentadas disputas jurídicas concretas para que possam atuar; e mesmo que as suas decisões possam bloquear a implementação de políticas ou encaminhá-las num certo sentido, os tribunais carecem de meios próprios de fiscalizar a implementação das suas próprias opções, estando apenas limitados à fiscalização da execução das sentenças nos casos concretos que julgam<sup>11</sup>.

Em segundo lugar, esta transferência de disputas políticas para a arena judicial pode também verificar-se ao nível do que Hirschl apelida de *mega-politics*, isto é, decisões judiciais que recaiam sobre os aspetos centrais de um regime político e que afetam aspetos nucleares da sua *raison d'être*. Estes aspetos de *mega-politics* que, nas palavras do autor, definem e dividem determinados regimes políticos, dizem respeito a matérias como a judicialização dos processos eleitorais, a fiscalização das prerrogativas do executivo no planeamento macroeconómico e em questões de segurança nacional, dilemas fundamentais de justiça, fiscalização judicial de transição de regimes políticos e a judicialização de processos de construção de identidade coletiva e de construção nacional<sup>12</sup>. A análise de vários exemplos identificados pelo autor e outros ainda para cada um destes domínios de *mega-politics* – a decisão do Supremo Tribunal canadiano no caso *Operation Dismantle* (1985); a decisão do Tribunal Constitucional russo no caso da Chechénia (1995); os casos *Bokros* do Tribunal Constitucional húngaro<sup>13</sup>; a importância dos tribunais constitucionais da Europa de Leste na transição democrática depois da queda do Muro de Berlim<sup>14</sup>) – rapidamente realça a crescente importância das instituições judiciais na construção de regimes políticos, nomeadamente de regimes políticos democráticos.

Estes mesmos exemplos denotam ainda o papel especial dos tribunais que em cada Estado estão encarregues de exercer competências e poderes de *judicial review*.

Esta função jurisdicional é uma criação relativamente recente dos sistemas político-constitucionais modernos e tem subjacente uma ideia de superioridade da Constituição, não só jurídica (em relação às restantes normas do ordenamento jurídico de um determinado Estado), mas também política, constringendo a atuação dos órgãos políticos por ela criados (legislativos, executivos e mesmo judiciais) ao cumprimento das suas disposições. Ginsburg identifica três vagas de implementação da *judicial review*, sendo que a primeira diz respeito à formulação que lhe foi dada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos no célebre caso *Marbury v. Madison* (1803), seguida de duas vagas de implantação na Europa, que só começou no início do século XX, através das teorizações de Kelsen<sup>15</sup>. Para além das lógicas próprias do federalismo (Estados Unidos) e da proteção de direitos fundamentais (Europa pós-Segunda Guerra Mundial) que explicam uma parte da difusão dos mecanismos de *judicial review* nos vários estados modernos, o mesmo Ginsburg oferece um enquadramento teórico mais geral para explicar a implementação deste tipo de mecanismos. Sucintamente, este autor entende que os mecanismos de *judicial review* surgem como uma «garantia» (*insurance*) das forças políticas contra a incerteza eleitoral. Ou seja, interessará a uma determinada força ou forças políticas implementar mecanismos de *judicial review* de modo a garantir o cumprimento

dos pactos políticos de regime, expressos na Constituição, contra outras forças que eventualmente subam ao poder posteriormente<sup>16</sup>. Como notam Epstein, Knight e Shvetsova, a função de *judicial review* e os tribunais que a aplicam procuram, por um lado, a estabilização dos regimes políticos, constringendo todos os atores políticos à obediência dos pactos políticos expressos na Constituição, e, por outro lado, o aprofundamento do sentido e alcance desses pactos políticos, densificando e concretizando

normas constitucionais vagas e abstratas<sup>17</sup>. Deste modo, os órgãos judiciais que exercem as funções de *judicial review* assumem um papel político de guardiães dos pactos políticos do regime, o que é a mesma coisa que dizer que são os guardiães da Constituição. Esta função de guardiães da Constituição adquire um significado ainda mais determinante quando se considera a experiência dos tribunais constitucionais de tipo kelseniano. Os tribunais constitucionais propriamente designados são as peças centrais do sistema de *judicial review* europeu ou centralizado teorizado por Kelsen. Podem identificar-se como principais contribuidores para o desenvolvimento deste sistema de *judicial review* dois fatores fundamentais: por um lado, a experiência americana, e, por outro, o debate entre Schmitt e Kelsen sobre a natureza do jurídico e do político. Quanto ao primeiro fator, Kelsen considerava ser desaconselhável qualquer tentativa de replicação do modelo americano de *judicial review* na Europa, tendo em conta as experiências jurídicas

A FUNÇÃO JURISDICIONAL É UMA CRIAÇÃO RELATIVAMENTE RECENTE DOS SISTEMAS POLÍTICO-CONSTITUCIONAIS MODERNOS E TEM SUBJACENTE UMA IDEIA DE SUPERIORIDADE DA CONSTITUIÇÃO, NÃO SÓ JURÍDICA MAS TAMBÉM POLÍTICA, CONSTANGENDO A ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS POLÍTICOS POR ELA CRIADOS AO CUMPRIMENTO DAS SUAS DISPOSIÇÕES.

e políticas próprias da Europa, sendo, no entender deste autor, muito mais aconselhável o estabelecimento de um sistema centralizado de fiscalização da constitucionalidade<sup>18</sup>. Por outro lado, do debate entre Kelsen e Schmitt sobre a natureza do jurídico e do político, para além das suas múltiplas implicações filosóficas, resultou aclarada a opção teórica de Kelsen de atribuir a função de *judicial review* a um órgão de natureza eminentemente judicial e não política<sup>19</sup>. Stone Sweet condensa, assim, os tribunais constitucionais de tipo kelseniano em quatro características definidoras: 1) competência exclusiva e final para anular normas infraconstitucionais com fundamento na sua inconstitucionalidade; 2) limitam a sua competência à análise da compatibilidade constitucional de normas jurídicas, nunca se pronunciando, como o Supremo Tribunal americano, sobre a resolução de um litígio em concreto; 3) independência formal quer do sistema judicial, quer do poder legislativo, apesar de terem ligações a ambos; e 4) possibilidade de fiscalizar a compatibilidade constitucional de normas em abstrato e antes mesmo de estas entrarem em vigor<sup>20</sup>. Este peculiar espaço constitucional que os tribunais constitucionais kelsenianos ocupam (entre o judicial e o político) e a sua competência de decisão final e exclusiva, atiram este órgão para uma «atmosfera rarefeita de decisão», na expressão de Gibson<sup>21</sup>. De facto, estes tribunais surgem como os «fiéis depositários» (*trustees*) da ordem constitucional que, de forma exclusiva e final, garantem o cumprimento das normas constitucionais pelos restantes atores políticos<sup>22</sup>. Os grandes princípios constitucionais que enformam os regimes políticos carecerão, naturalmente, de interpretação e de fixação do seu sentido concreto. Na medida em que essas normas expressam os pactos políticos vigentes num determinado regime, a opção, final e exclusiva, que estes tribunais façam sobre o sentido dessas normas será sempre uma opção com consequências políticas, mas juridicamente argumentada.

### **O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EM PORTUGAL**

Criado no contexto da primeira revisão constitucional de 1982 cujo principal objetivo foi estabilizar o regime constitucional democrático e de «mandar os militares de volta aos seus quartéis», o TC sucedeu ao Conselho da Revolução e à Comissão Constitucional no exercício da função de fiscalização da constitucionalidade, marcando o reforço do governo civil e o início de um período de paz constitucional.

Apesar de alguns momentos de bastante mediatismo, o TC manteve sempre uma postura politicamente discreta e largamente ignorada pela opinião pública<sup>23</sup>. Contudo, uma mobilização do enquadramento teórico estabelecido anteriormente permite perceber que o TC se assume como um ator com um impacto importante, ainda que discreto, na estabilização e aprofundamento do regime democrático em Portugal.

A criação do TC marcou a introdução do primeiro mecanismo de controlo jurisdicional da constitucionalidade na história político-constitucional portuguesa<sup>24</sup>. O *timing* da sua criação permite desde logo vislumbrar um potencial campo de exploração para a tese da *judicial review* enquanto garantia de Ginsburg. A primeira revisão constitucional foi

principalmente responsável por suavizar alguns dos aspetos mais marcadamente revolucionários manifestos na versão original da CRP sem, contudo, os expurgar completamente, principalmente no que diz respeito ao sistema bastante alargado de direitos fundamentais. Como resulta claro dos debates parlamentares citados por Santos, a criação do TC apresentou-se como uma maneira de salvaguardar o essencial dos pactos políticos alcançados em 1976, a troco de uma suavização dos aspetos mais radicais<sup>25</sup>. Um relance sobre a conformação institucional que a CRP deu ao TC, nomeadamente no que diz respeito às suas competências, permite identificar as vias através das quais o TC participa no processo de «judicialização da política». A primeira e mais relevante das suas competências é, sem dúvida, a fiscalização da constitucionalidade das normas infraconstitucionais. Nos termos da CRP, essa fiscalização pode ser abstrata ou concreta, conforme seja suscitada fora ou no âmbito de um litígio judicial pendente, respetivamente; pode ser ainda preventiva, caso seja suscitada antes da entrada em vigor das normas que se pretende fiscalizar, ou sucessiva, caso essas normas já tenham entrado em vigor. Tanto os vários órgãos políticos do Estado, nos termos das suas competências, como os particulares podem fazer chegar questões de constitucionalidade de normas ao TC<sup>26</sup>. Para além desta grande competência e excluindo as competências mais caricatas, como declarar a morte ou a impossibilidade física do Presidente da República, o TC tem ainda competências noutros domínios de grande relevância política, como: verificar a legalidade de constituição de partidos políticos, bem como a sua proibição (artigo 46.º, 4 da CRP), julgar ações relativas ao contencioso eleitoral, apreciar a constitucionalidade e legalidade de propostas de referendos nacionais ou locais, entre outras<sup>27</sup>. Recorrendo à distinção elaborada por Hirschl quanto ao processo de «judicialização da política», é possível perceber que o TC, no exercício das suas funções, se vê envolvido nesse processo quer como «ponto de veto» – através de decisões de inconstitucionalidade – no processo de elaboração e implementação de políticas públicas, quer no âmbito da designada *mega-politics*, sendo convocado a decidir sobre matérias que têm impacto em aspetos nucleares do regime democrático português.

Quanto à primeira circunstância, Araújo e Magalhães identificam claramente o papel que o TC tem no processo de formulação e implementação de políticas públicas, examinando, nomeadamente, a forma como os outros atores políticos utilizam um recurso para atingir os seus fins desejados<sup>28</sup>. Quanto à participação do TC na designada *mega-politics*, bastará identificar aqui como exemplo claro disso a atividade do TC nos últimos anos e o desenvolvimento daquilo que ficou conhecido como a «jurisprudência da crise», em que o Tribunal escrutinou várias medidas do programa de austeridade que marcou a agenda política desde 2011, tendo obstaculizado muitas vezes os objetivos políticos do

A CRIAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
MARCOU A INTRODUÇÃO DO PRIMEIRO  
MECANISMO DE CONTROLO JURISDICCIONAL  
DA CONSTITUCIONALIDADE NA HISTÓRIA  
POLÍTICO-CONSTITUCIONAL PORTUGUESA.

Governo e tendo sido, em retorno, altamente escrutinado, não só pelos media como pela comunidade académica<sup>29</sup>. Para além disso, as suas competências quanto às eleições e aos referendos colocam-no assim numa posição de influência sobre aquilo que são os processos mais nucleares do processo político democrático.

Finalmente, a investigação desenvolvida entre nós por Santos, que traçou um perfil prosopográfico bastante completo dos juizes do TC até 2008, permite vislumbrar um pouco do que será a atmosfera rarefeita em que estes juizes decidem, de forma final e exclusiva, sobre questões de constitucionalidade. O método de seleção dos juizes e as suas tendências políticas relevam um campo de análise interessante, ainda que indireto, que pode oferecer subsídios explicativos sobre a rota exata que os membros dessa cúria escolhem ao navegarem o nebuloso estreito das suas decisões com consequências políticas, mas juridicamente argumentadas<sup>30</sup>.

### **BREVE ESTUDO DE CASO: OS REFERENDOS**

A jurisprudência do TC é a mais diversificada e abrangente de entre os tribunais superiores portugueses, uma vez que toca ou poderá vir a tocar todos os aspetos do ordenamento jurídico e todas as áreas por ele cobertas. Significa isto que uma análise como a que se propõe fazer neste artigo, de analisar as contribuições discursivas do TC para o aprofundamento dos traços fundamentais do regime democrático, terá de ter em consideração a diversidade própria deste acervo. Para os propósitos do presente ensaio, a jurisprudência do Tribunal quanto aos referendos oferece um campo de exploração de alguns dos aspetos teóricos que se delinearão nas seções anteriores, com a vantagem de ser uma jurisprudência relativamente circunscrita (existem apenas 48 acórdãos deste tribunal que lidam com a apreciação de propostas de referendo), tematicamente unificada e que diz respeito a um dos traços definidores dos regimes democráticos: a participação direta dos cidadãos.

O referendo, entendido como

«um instituto próprio do modelo de democracia semidireta, que se traduz numa votação, mediante a qual os cidadãos eleitores, a título deliberativo ou consultivo, exprimem o seu apoio ou oposição a uma determinada medida ou questão, proposta pelos órgãos representativos ou resultante de uma iniciativa popular»<sup>31</sup>,

representa claramente uma das traves mestras do tipo de democracia que a CRP e as suas subseqüentes revisões pretenderam estabelecer em Portugal no período democrático inaugurado com a Revolução de 25 de Abril de 1974.

A história constitucional dos referendos em Portugal é bastante recente. Apesar de serem consagrados em legislação ordinária desde a implantação da República, os referendos apenas tomaram assento constitucional com a CRP de 1976. Contudo, a CRP, na sua versão original, previa apenas a realização de consultas locais; o referendo

nacional apenas foi introduzido com a terceira revisão constitucional de 1989<sup>32</sup>. Ao TC compete, nos termos do artigo 223.º, 2, f) da Constituição, fiscalizar previamente a constitucionalidade e legalidade de quaisquer propostas de referendo. Para além de um conjunto de requisitos formais previstos em legislação ordinária, o TC, ao apreciar a constitucionalidade de uma proposta de referendo, deve ter em consideração os critérios estabelecidos no artigo 115.º da CRP<sup>33</sup>. Em primeiro lugar, este artigo impõe um conjunto de limites temporais e circunstanciais para a realização do referendo e veda certas matérias de sujeição a referendo, tais como alterações à Constituição, questões orçamentais, tributárias e financeiras, entre outras.

Caso o referendo cumpra todos os requisitos formais e esteja enquadrado dentro dos limites impostos pela Constituição, o conteúdo do referendo, isto é, a(s) pergunta(s) colocada(s) ao eleitorado, deve ainda ser compatível com um conjunto de princípios constitucionais estabelecidos neste artigo. São estes princípios materiais que implicam um esforço de concretização pelo Tribunal e, conseqüentemente, opções jurídicas com implicações políticas. Assim, nos termos do artigo 115.º, para que uma proposta de referendo seja considerada válida, deve: 1) versar sobre uma matéria de relevante interesse nacional; 2) recair sobre uma só matéria; 3) colocar perguntas que terão de ser objetivas, precisas e claras, e cuja resposta seja necessariamente afirmativa ou negativa; 4) qualquer das eventuais respostas não pode conduzir a uma situação que possa ser considerada inconstitucional. Por oposição aos requisitos formais e ao enquadramento dentro dos limites circunstanciais, temporais e materiais, que podem ser faticamente verificados, a conformação de uma proposta de referendo com estes princípios é uma matéria eminentemente argumentativa. De facto, o preenchimento de conceitos como «interesse nacional», «clareza», «precisão», «objetividade» não é unívoco e dependerá sempre de opções interpretativas que se façam num contexto discursivo de argumentação. Dizer que uma pergunta referendária é de interesse nacional, que é precisa, clara e objetiva, implica opções interpretativas sobre aquilo que pode ser sujeito a referendo popular e pode gerar uma acentuada divergência de posições mesmo entre (e especialmente entre) os mais eminentes juristas. É nestes pontos, portanto, em que o direito não oferece uma solução imediatamente clara e em que a decisão terá sempre repercussões políticas, que se deve encontrar e explorar a forma como o TC navega o já mencionado estreito, através da análise do conteúdo e fundamentação das suas decisões, e, com isso, contribui para o entendimento dos traços fundamentais do regime democrático, neste caso, para a natureza, funções e objetivos dos referendos.

De todas as propostas de referendo que o TC analisou, só a uma fração bastante pequena é que reconheceu estarem reunidos todos os requisitos de constitucionalidade e legalidade. As propostas de referendo local estão em clara maioria neste acervo jurisprudencial, correspondendo a 42 dos acórdãos deste tribunal sobre a matéria, sendo que apenas quatro das propostas foram admitidas como juridicamente válidas (Ac. TC n.º 30/99, 187/99, 559/2008 e 486/2011). O Tribunal rejeitou as outras propostas maioritariamente

com fundamento em impedimentos de ordem formal, mas muitas propostas foram rejeitadas em virtude da falta de objetividade, precisão e clareza das suas perguntas. No que diz respeito às propostas de referendo a nível nacional, das seis propostas aprovadas pela Assembleia da República, apenas três lograram obter o assentimento do TC: o primeiro referendo sobre o aborto (Ac. TC n.º 288/98), o referendo sobre a regionalização (Ac. TC n.º 532/98) e o segundo referendo sobre o aborto (Ac. TC n.º 617/2006). Entre as propostas falhadas encontram-se: um referendo sobre a participação de Portugal na União Europeia (Ac. TC n.º 531/98, chumbado por falta de objetividade, precisão e clareza da pergunta); um referendo sobre o aborto (Ac. TC n.º 578/2005, chumbado por violação dos limites temporais); e um referendo sobre a coadção por casais do mesmo sexo (Ac. TC n.º 176/2014, chumbado por falta de objetividade, precisão e clareza das perguntas).

Tome-se o exemplo do Acórdão do TC n.º 531/98. Neste acórdão, o TC foi chamado a pronunciar-se sobre a constitucionalidade de uma proposta de referendo, apresentada pela Assembleia da República, que consistia na seguinte pergunta a ser referendada: «Concorda com a continuação da participação de Portugal na construção da União Europeia no quadro do Tratado de Amsterdão?». Verificados os requisitos formais e procedimentais, o Tribunal centrou-se na análise dos princípios matérias de constitucionalidade da proposta de referendo: aferindo em primeiro lugar que se tratava de um assunto de interesse nacional, que a matéria era abstratamente passível de ser referendada e que a pergunta continha o requisito essencial de dilematicidade, o Tribunal acabou por declarar a inconstitucionalidade da proposta de referendo com fundamento na falta de clareza, precisão e objetividade da pergunta, na medida em que o coletivo de juízes considerou que «[o] teor da pergunta é suscetível de comportar mais do que uma interpretação».

Em passagem relevante do acórdão, o TC afirma claramente que «[a] interpretação de perguntas referendárias não pode ser feita em função da sua constitucionalidade e legalidade. Ao contrário, a apreciação da constitucionalidade e legalidade pressupõe a interpretação das perguntas», isto é, que a interpretação do sentido da questão a referendar, que cabe, em última análise, ao próprio Tribunal, é elemento essencial da verificação da constitucionalidade e legalidade da proposta de referendo. Na medida em que qualquer ato de interpretação implica sempre alguma influência subjetiva do intérprete<sup>34</sup>, este ato de interpretação das perguntas referendárias pressupõe um ato de escolha (consciente ou inconsciente) do intérprete que, fixando o sentido concreto de um referencial textual que interpreta, pretere necessariamente outros sentidos concretos possíveis do mesmo texto. E este ato de escolha em particular será inevitavelmente um ato de escolha política, mesmo que inconsciente e apoiado na mais refinada metodologia jurídica, na medida em que, *prima facie*, irá influenciar decisivamente o curso de um processo político concreto e, mais subtilmente, irá influenciar a compreensão de um elemento estrutural de qualquer regime democrático (a sua natureza mais ou

menos direta, através de referendos) com as narrativas, discursos e caminhos argumentativos desenvolvidos na decisão do Tribunal.

## CONCLUSÃO

Os tribunais constitucionais, sendo o Tribunal Constitucional português disso um claro exemplo, encontram-se numa posição privilegiada para influenciar o desenvolvimento dos regimes políticos democráticos. No exercício das suas competências, sempre entram em contacto com situações em que as suas decisões têm impactos, por vezes assinaláveis, em processos políticos de todos os níveis. Ao procurarem dar resposta a questões para as quais o direito não oferece uma solução inequívoca, mas às quais as circunstâncias políticas enfatizam as consequências da atuação judicial, são os argumentos utilizados, as narrativas interpretativas propostas, as opções ontológicas ou estratégicas, explícitas ou implícitas, utilizadas pelo Tribunal que abrem o campo de uma análise mais substantiva, isto é, discursiva, do impacto deste ator político-constitucional.

É na forma como navega este esteiro entre Cila e Caríbdis, entre o direito e a política, que se julga poder encontrar um novo ponto de partida para a análise do papel do TC na construção da democracia portuguesa. 

Data de receção: 23 de setembro de 2016 | Data de aprovação: 31 de maio de 2017

## NOTAS

<sup>1</sup> O presente artigo foi o vencedor da 3.<sup>a</sup> edição do Prémio 25 de Abril atribuído, em 2016, pelo IPRI-NOVA e o Departamento de Estudos Políticos da FCSH/NOVA.

<sup>2</sup> MARCH, James G., e OLSEN, Johan P. – «The new institutionalism: organizational factors in political life». In *American Political Science Review*. Vol. 78, N.º 3, 1984, p. 738.

<sup>3</sup> MARCH, James G., e OLSEN, Johan P. – «Elaborating the “New Institutionalism”». In *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 8.

<sup>4</sup> HOMERO – *Odisseia*, canto XII, vv. 37-110.

<sup>5</sup> GINSBURG, Tom – «The global spread of constitutional review». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 81.

<sup>6</sup> CHAVEZ, Rebecca Bill – «The rule of law and courts in democratizing regimes». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 63-80.

<sup>7</sup> GIBSON, James L. – «Judicial institutions». In *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 514.

<sup>8</sup> HIRSCHL, Ran – «The judicialization of politics». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 121.

<sup>9</sup> GIBSON, James L. – «Judicial institutions», p. 514.

<sup>10</sup> HIRSCHL, Ran – «The judicialization of politics», p. 121.

<sup>11</sup> MCGUIRE, Kevin T. – «The judicial process and public policy». In *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 535-554.

<sup>12</sup> HIRSCHL, Ran – «The judicialization of politics», p. 123.

<sup>13</sup> *Ibidem*, pp. 124-125.

<sup>14</sup> SÓLYOM, László – «The role of constitutional courts in the transition to democracy – with special reference to Hungary».

In *International Sociology*. Vol. 18, N.º 1, 2003, pp. 133-161.

<sup>15</sup> GINSBURG, Tom – «The global spread of constitutional review», pp. 82-88.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 89 e segs.

<sup>17</sup> EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack, e SHVETSOVA, Olga – «The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government». In *Law & Society Review*. Vol. 35, N.º 1, 2001, pp. 117-163.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans – «The judicial review of legislation». In *The Journal of Politics*. Vol. 4, N.º 2, 1942, pp. 183-200.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans – «The nature and development of constitutional adjudication». In VINX, Lars (ed.) – *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 22-78.

<sup>20</sup> STONE SWEET, Alec – «Constitutional courts in parliamentary democracy».

In *West European Politics*. Vol. 25, N.º 1, 2002, pp. 79-80.

21 GIBSON, James L. – «Judicial institutions», p. 517.

22 STONE SWEET, Alec – «Constitutional courts in parliamentary democracy».

23 ARAÚJO, António, e MAGALHÃES, Pedro Coutinho – «A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?». In *Análise Social*. Vol. XXXV, N.º 154-155, 2000, p. 207.

24 BLANCO DE MORAIS, Carlos – *Justiça Constitucional*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, vol. I, pp. 325 e segs.

25 SANTOS, Ana Catarina – *O Papel Político do Tribunal Constitucional*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, pp. 75-78.

26 MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, vol. III, pp. 701 e segs.

27 *Ibidem*, pp. 257 e segs.

28 ARAÚJO, António, e MAGALHÃES, Pedro Coutinho – «A justiça constitucional», pp. 218 e segs.

29 ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, e PEREIRA COUTINHO, Luís – *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

30 SANTOS, Ana Catarina – *O Papel Político do Tribunal Constitucional*, pp. 158 e segs.

31 PEREIRA COUTINHO, Francisco – «O referendo político nacional em Portugal».

In BACELAR GOUVEIA, Jorge, e CAUPERS, João [coord.] – *Estudos de Direito Público*. 1.ª edição. Lisboa: Âncora Editora, 2006, p. 25.

32 URBANO, Maria Benedita – *O Referendo*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 97 e segs.

33 MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. II, pp. 295 e segs.

34 Sobre o ato interpretativo veja-se, genericamente, HESPANHA, António – *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 647 e segs.

## BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA RIBEIRO, Gonçalo, e PEREIRA COUTINHO, Luís – *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

ARAÚJO, António, e MAGALHÃES, Pedro Coutinho – «A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?». In *Análise Social*. Vol. XXXV, N.º 154-155, 2000, pp. 207-246.

BACELAR GOUVEIA, Jorge, e CAUPERS, João [coord.] – *Estudos de Direito Público*. 1.ª edição. Lisboa: Âncora Editora, 2006.

BLANCO DE MORAIS, Carlos – *Justiça Constitucional*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CHAVEZ, Rebecca Bill – «The rule of law and courts in democratizing regimes». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 63-80.

EPSTEIN, Lee, KNIGHT, Jack, e SHVETS-OVA, Olga – «The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government». In *Law & Society Review*. Vol. 35, N.º 1, 2001, pp. 117-163.

GIBSON, James L. – «Judicial institutions». In *The Oxford Handbook of Political*

*Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 514-534.

GINSBURG, Tom – «The global spread of constitutional review». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 81-98.

HESPANHA, António – *O Caleidoscópio do Direito: O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

HIRSCHL, Ran – «The judicialization of politics». In *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 119-141.

HOMERO – *Odisseia*, canto XII, vv. 37-110.

KELSEN, Hans – «The judicial review of legislation». In *The Journal of Politics*. Vol. 4, N.º 2, 1942, pp. 183-200.

MARCH, James G., e OLSEN, Johan P. – «The new institutionalism: organizational factors in political life». In *American Political Science Review*. Vol. 78, N.º 3, 1984, pp. 734-749.

MARCH, James G., e OLSEN, Johan P. – «Elaborating the “New Institutionalism”». In *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 3-21.

MCGUIRE, Kevin T. – «The judicial process and public policy». In *The Oxford Handbook of Political Institutions*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 535-554.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui – *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SANTOS, Ana Catarina – *O Papel Político do Tribunal Constitucional*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SÓLYOM, László – «The role of constitutional courts in the transition to democracy – with special reference to Hungary». In *International Sociology*. Vol. 18, N.º 1, 2003, pp. 133-161.

STONE SWEET, Alec – «Constitutional courts in parliamentary democracy». In *West European Politics*. Vol. 25, N.º 1, 2002, pp. 77-100.

URBANO, Maria Benedita – *O Referendo*. 1.ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

VINX, Lars [ed.] – *The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.