

**REVISTA
DA FACULDADE DE
DIREITO DA
UNIVERSIDADE
DE LISBOA**

**LISBON
LAW
REVIEW**

2017/1



LVIII

Revista da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa
Periodicidade Semestral
Vol. LVIII – 2017/1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Universidade de Heidelberg)

Dinah Shelton (Universidade de Georgetown)

Jose Luis Díez Ripulles (Universidade de Málaga)

Juan Fernandez-Armesto (Universidade Pontifícia de Comillas)

Ken Pennington (Universidade Católica da América)

Marco António Marques da Silva (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)

Miodrag Jovanovic (Universidade de Belgrado)

Pedro Ortega Gil (Universidade de Santiago de Compostela)

Pierluigi Chiassoni (Universidade de Génova)

Robert Alexy (Universidade de Kiel)

DIRETOR

Maria do Rosário Palma Ramalho

COMISSÃO DE REDAÇÃO

David Duarte

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

Isabel Graes

Miguel Sousa Ferro

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Miguel Ferreira Martins

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO

LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Data: Agosto, 2017

Editorial

5-6 Nota do Director

Cátia Lopes Cardoso

7-17 Da desjurisdicionalização do processo de execução fiscal – breves considerações

David Duarte

19-34 Alguns problemas de teoria do direito no novo Código do Procedimento Administrativo

Diana Grilo

35-73 A alimentação adequada como 'paliativo' para a saúde

José Duarte Nogueira

75-95 O património cultural. Evolução e perspectivas de protecção. Bens de natureza identitária exclusiva ou primordialmente nacional, fora da alçada do Estado português. Uma nova categoria jurídica?

Mafalda Serrasqueiro

97-132 O Tribunal de Schrödinger: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra

Miguel Paquete

133-148 Purchasing stolen information and the theory of the original sin

Miguel Teixeira de Sousa

149-175 Preclusão e caso julgado

Pedro Pais de Vasconcelos

177-187 Direito Civil e natureza das coisas

Sofia David

189-228 A aplicação de princípios pelo juiz administrativo

O Tribunal de Schrödinger¹: uma Justiça Constitucional simultaneamente politizada e neutra²

Mafalda Serrasqueiro³

Resumo: A legitimidade da jurisdição constitucional assenta num paradoxo inicial, em que as jurisdições constitucionais são chamadas a garantir os direitos fundamentais, concebidos como “trunfos contra as maiorias”, mas em que se pretende simultaneamente que a composição dessas jurisdições assente numa legitimação democrática (indireta) que possa refletir as maiorias existentes.

Para além de proceder a uma apreciação sumária das análises do comportamento dos magistrados dos tribunais com competência de fiscalização da constitucionalidade, o presente trabalho procura identificar quais os critérios (formais e informais) de designação dos juizes constitucionais que consigam corresponder ao duplo desafio de garantir a imparcialidade e independência dos tribunais e assegurar a sua legitimidade num Estado de Direito Democrático.

Analisa-se, em particular, e com especial incidência na experiência constitucional portuguesa, quais as características profissionais, académicas, cívicas e políticas capazes de qualificar ou desqualificar um cidadão para o exercício dessa magistratura, quanto à sua independência, autoridade e preparação.

¹ O físico austriaco Erwin Schrödinger apresentou, em 1935, uma teoria que procura demonstrar a existência de um paradoxo na interpretação de Copenhaga da mecânica quântica, imaginando-a aplicada a um gato encerrado numa caixa, de forma a não estar apenas vivo ou apenas morto, mas simultaneamente nos dois estados.

² O presente estudo resulta de uma adaptação do trabalho apresentado no âmbito do Seminário de Justiça Constitucional II do Mestrado Científico em Direito Constitucional, regida pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, a quem desde já agradecemos a disponibilidade sempre demonstrada e todos os comentários e sugestões formulados no decurso da investigação do tema.

³ mafalda.serrasqueiro@gmail.com. Assistente Convidada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e em Ciências da Comunicação pela Faculdade de Ciências Sociais e Humanas da Universidade Nova de Lisboa. Mestranda em Direito Constitucional. Assistente de Investigação do Centro de Investigação de Direito Público.

Abstract: The legitimacy of judicial review rests on a paradoxical starting point, in which courts are expected to guarantee fundamental rights, conceived as “trumps against majorities”, but whose composition is simultaneously supposed to be endowed with (indirect) democratic legitimacy that is able to reflect existing majorities.

Apart from briefly analyzing judicial behavior models of judges in courts with constitutional review powers, this paper attempts at identifying which (formal and informal) criteria for appointment are able to live up to the double challenge of guaranteeing the independence and impartiality of the courts and to ensure their legitimacy within a Democratic State based on the rule of law.

The paper focuses, in particular, and with special insights at the Portuguese constitutional experience, on which professional, academic, civic and political characteristics are best suited to qualify or disqualify a citizen from access to the bench, in what relates to their independence, authority and preparation.

Palavras-chave: Justiça Constitucional – Politização – Independência – Comportamento Judicial – Direitos Fundamentais

Keywords: Constitutional Court – Supreme Court – Politicization – Independency – Judicial Behavior – Fundamental Rights

1. Razão de ordem

A interpenetração entre o poder judicial e o poder legislativo no que à fiscalização da constitucionalidade diz respeito tem sido alvo de extensa análise, ainda que com maior incidência na literatura norte-americana do que na europeia.

Para além da ciência jurídica, também a ciência política se tem debruçado sobre o problema, ouvindo-se, porém, ecos na doutrina criticando as análises muitas vezes estanques entre estas duas disciplinas – os cientistas políticos têm deixado as questões sobre a lei e os tribunais para os juristas, enquanto estes se acantonam em domínios insulares (penal, administrativo, constitucional, etc.), manifestando alguma resistência a perspetivas externas à estritamente jurídica⁴.

⁴ ALIC STONE SWEET, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 2.

Já em 1965, MARTIN SHAPIRO⁵ tinha dado nota de que a tomada de decisão pelo juiz não é um exercício estritamente normativo, havendo, pelo menos, uma parte de indeterminação, donde decorrerá a necessidade de abrir a discussão num plano de análise interdisciplinar.

Se, por um lado, o processo de tomada de decisão dos juizes, ou seja, as razões individuais que levam estes agentes a decidir de uma forma e não de outra (a que poderemos aludir genericamente como uma escala de análise micro) é, sem dúvida, relevante para o presente estudo, há, por outro lado, que ter em conta a própria arquitetura do sistema de fiscalização de constitucionalidade enquanto estrutura que condiciona os agentes e, conseqüentemente, o próprio funcionamento dos Tribunais Constitucionais ou Supremos Tribunais, consoante o caso (abordagem essa classificável como a análise macro do problema).

Paralelamente, a questão da legitimidade da Justiça Constitucional não pode ser apartada desta discussão. Se partirmos do pressuposto de que a legitimidade dos juizes lhes advém da Constituição, como uma delegação de *auctoritas* estadual que lhes permite ser partes-terceiras na resolução de conflitos de natureza constitucional, indispensável se torna aferir se as decisões que estes tomam decorrem estritamente da Lei Fundamental ou se, contrariamente, as tomam com base nas suas preferências e convicções pessoais, usando posteriormente a lei para as justificar. De acordo com STONE SWEET⁶, o dilema de saber se é um interesse próprio ou uma construção normativa que determina as decisões dos juizes é irresolúvel. É esta questão é particularmente sensível se admitirmos, como fizemos, que a legitimidade de que dispõe lhes é conferida para aplicar a lei, e não para fazer valer as suas mundivências.

Trata-se, então, e em termos muito simples, de saber em que medida é que os juizes, através dos seus comportamentos, fazem política, o que aponta claramente para um problema que se coloca na esfera do princípio da separação de poderes⁷. Contudo, trata-se também de saber em que medida e até onde é que a legitimidade de que dispõem lhes permite agir, cumprindo, nesta sede, analisar os diferentes tipos de legitimidade que lhes assiste, em função, por exemplo, da forma da sua

⁵ MARTIN SHAPIRO, *Law and Politics of the Supreme Court: New approaches in Political Jurisprudence*, Londres, Free Press, 1965.

⁶ ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges*, op. cit., p. 27.

⁷ Princípio que alguns autores defendem estar profundamente em crise, uma vez que a realidade demonstra que o poder legislativo e o judicial se entrecruzam frequentemente. Vide ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges*, op. cit., p. 130.

designação. Neste sentido, afirma textualmente o autor acima referido que “*judges participate in the work of government, they make policy, but this policy-making is nevertheless partly an exercise in normative reasoning*”⁸.

Também no sentido de ser preferível a admissão de que o que acabou de se dizer se apresenta como um facto incontornável se pronunciou REIS NOVAIS, sendo esta uma realidade que decorre da natureza das funções atribuídas aos tribunais constitucionais. Ao reconhecer-se que assim é, melhor “se percebe a relevância da reflexão sobre como assegurar uma integração adequada no sistema de separação de poderes próprio do Estado de Direito de um órgão que se situa objetivamente num terreno de fronteiras dificilmente delimitáveis, dir-se-ia a *meio caminho* entre desempenhar uma função judicial ou uma função política, entre ser *legislador negativo* ou *legislador positivo*”⁹.

Assim, desta natureza em certa medida política decorre, necessariamente, a existência de pressões também políticas sobre o órgão jurisdicional, pelo que a reflexão sobre a melhor maneira de o imunizar o mais possível face a essas pressões continua a ter de estar sobre a mesa¹⁰, seja através da forma de nomeação dos juizes, seja através do desenho de toda a arquitetura do sistema de fiscalização de constitucionalidade.

Para o presente estudo, que se pretende eminentemente jurídico, não abdicaremos contudo de nos socorrer de uma perspetiva interdisciplinar, principalmente quanto a elementos trazidos pela ciência política, mormente no que concerne a estudos empíricos relativos ao comportamento dos juizes.

Assim, serão tidos em conta os contributos das análises micro e macro *supra* referidas, sendo a primeira, em termos muito simples, a análise do comportamento dos indivíduos, no caso, dos juizes, e a segunda, a análise da estrutura jurídica e social em que esse comportamento tem lugar. Deste modo, de acordo com uma análise micro analisar-se-ão a própria tomada de decisão e a interação entre os atores, enquanto que já num nível macro, se analisarão os sistemas normativos que conferem sentido à ação humana destes agentes¹¹.

⁸ ALEX STONE SWEET, *Governing with Judges*, op. cit., p. 28.

⁹ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 213 ss.

¹⁰ Diríamos que talvez porque imunizá-lo totalmente se afigura impossível...

¹¹ ALEX STONE SWEET, *Governing with Judges*, op. cit., p. 5.

Ainda a este respeito, os autores que se debruçam sobre esta problemática tendem a dar prioridade a um ou outro nível de análise, partindo de uma análise *bottom-up* (os que assumem que os indivíduos, na busca egoísta dos seus próprios interesses, provocam a mudança do seu ambiente institucional – a estrutura normativa)¹² ou partem de uma análise *top-down* (observando que os sistemas vigentes condicionam a forma como os indivíduos se concebem a si próprios em sociedade, permitindo-lhes, assim, formar e prosseguir os seus próprios interesses)¹³. No presente estudo, pretendemos levar a cabo uma análise que cruze estas duas perspetivas, por considerarmos que nenhuma delas, por si só, consegue fornecer uma panorâmica suficiente do problema em causa.

Por outro lado, importa apreciar de que forma é que a politização dos Tribunais Constitucionais releva para a garantia da proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Nesta sede, como veremos, seremos confrontados com o seguinte paradoxo: sendo os direitos fundamentais “trunfos contra as maiorias”, então, em princípio, não deveriam ser apropriáveis pelas maiorias (“representadas”, da forma como veremos, nos Tribunais Constitucionais ou Tribunais Supremos) na fase da sua interpretação. Como resolver este paradoxo é algo sobre o qual adiante nos debruçaremos.

Expostos os pressupostos de que se partirá, cumpre apresentar a questão à qual se tentará dar resposta na parte final do estudo: Qual o papel da composição dos Tribunais Constitucionais (ou entidades congêneres) na garantia dos Direitos Fundamentais dos cidadãos.

Em termos genéricos, podemos dizer que se tentará ao longo do estudo aferir quais são as características pessoais dos juizes que determinam a politização da Justiça Constitucional, e em que medida o fazem. Por outro lado, entendemos também fazer sentido incluir na análise uma aferição das consequências da duração dos mandatos dos juizes constitucionais no que concerne à politização do tribunal.

¹² Para uma descrição sumária das teorias desenvolvidas, principalmente na literatura norte-americana, relativas ao *judicial behaviour*, mormente os modelos apelidados de “*attitudinal model*” e “*strategic model*” vale, por todos, TIAGO FIALGO DE FREITAS, *Theories of Judicial Behavior and the Law Taking Stock and Looking Ahead*, in *Judicial Activism – An interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, L. P. COLTINHO et al. (eds), *Jus Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 44, Springer, 2015, p. 105 ss.

¹³ ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges*, *op. cit.*, p. 5.

Com efeito, muitos outros fatores poderiam ser analisados para além destes dois (características pessoais – formais e informais – dos juizes e duração dos mandatos). Contudo, tal seria impossível de levar a cabo num estudo desta natureza e com estas características, pelo que nos cingiremos a estes dois.

Refira-se que o que se pretende deste estudo não é uma análise descritiva dos diferentes regimes nos diferentes países ou sistemas de fiscalização da constitucionalidade. Aquilo que antes se pretende é enunciar uma discussão teórica em torno de cada um dos tópicos de análise enunciados, sempre ancorada no regime português, mas recorrendo ao Direito Comparado para exemplificar soluções diversas e assim melhor poder discutir a (maior ou menor) influência de cada um dos fatores referidos na politização do sistema de fiscalização da constitucionalidade.

2. O comportamento dos juizes na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos

2.1. A tutela dos direitos fundamentais pelos Tribunais Constitucionais no centro do problema

Sem querer reabrir nesta sede a longa discussão sobre a legitimidade originária da justiça constitucional, preferimos partir do pressuposto de que, hoje em dia, essa legitimidade lhe advém da Constituição.

Porém, parece-nos ser de aproveitar desse debate, como problema de partida, a questão do entendimento dos direitos fundamentais como “trunfos contra as maiorias”, ideia originária de DWORKIN¹⁴, e que parte da imagem de um jogo de cartas em que a carta de trunfo prevalece sobre as outras, ainda que de valor facial

¹⁴ RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, Tradução e notas de Nelson Bueira, Martins Fontes, São Paulo, Agosto de 2002, trad. de *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, 1978, pp. XV e XIV; e JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais – Trunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

A abordagem de DWORKIN, contudo, não é a mesma da de REIS NOVAIS. Enquanto o primeiro consubstancia a metáfora através da distinção entre *principles* e *policies*, em que o Estado não poderia, em nome de interesses coletivos (*policies*) impor condutas aos indivíduos que fossem restrições aos seus direitos fundamentais decorrentes de exigências de justiça ou moral (*principles*), já o segundo autor coloca a questão como um problema de indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte das maiorias, enquanto decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana.

mais elevado, o que, transposto para o plano jurídico, significa que, sendo o outro jogador o Estado, ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra este, contra um governo ou um parlamento democraticamente legitimados.

A colocação da questão desta forma facilita a resposta a dar ao problema da tensão entre direitos fundamentais e princípio maioritário, traduzindo a conceção de Direitos fundamentais como indisponíveis ao poder político e subtraídos, portanto, à vontade das maiorias.

Essa “área de competência negativa” que não pode ser ultrapassada pelo legislador, ou só o pode fazer excecionalmente¹⁵, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que, na tradição kantiana, significa uma margem de autonomia e liberdade individual que se impõe ao Estado, que fica vinculado a respeitá-la porque “todas as pessoas têm igual dignidade pelo que têm direito a ser tratadas com igual consideração e respeito (DWORKIN) e com direito a uma igual liberdade”¹⁶.

Ainda a este respeito, refira-se a vaga do “novo constitucionalismo”¹⁷, nascida na Alemanha no pós-guerra mas que rapidamente alastrou pela Europa, em que a tónica da justiça constitucional é colocada precisamente nesta defesa intransigente dos Direitos Fundamentais, e em que um robusto sistema para sua proteção passou, efetivamente, a ser visto como uma pré-condição do Estado de Direito¹⁸.

Assim assumido o problema e a perspetiva a partir da qual o mesmo será considerado, chegamos ao paradoxo essencial para este estudo: admitindo, como fazemos, que os Direitos Fundamentais são “trunfos contra as maiorias”, e sendo o Tribunal Constitucional (ou instituições congéneres) os seus guardiões, se se concluir que através da sua forma de composição o mesmo reflete a maioria vigente (e atua conforme a sua vontade”), então anularemos o potencial da teoria dos “trunfos”, uma vez que estes serão apropriados pelas maiorias, resultado que, enfim, se pretende evitar.

É esta a questão central que releva de uma eventual politização da justiça constitucional – a possibilidade de esta ser “sequestrada” pelas maiorias e deixar de cumprir a sua função primordial de defesa dos direitos fundamentais, mormente das minorias.

¹⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais. Trunfos*, op. cit., p. 22.

¹⁶ *Idem*, p. 30.

¹⁷ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, op. cit., p. 197 ss.

¹⁸ ALEC STONE SWEET, *Constitutional Courts*, in *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Forthcoming, Oxford University Press, 2012.

¹⁹ Este ponto é indispensável à colocação correta do problema.

Por outro lado, a própria justiça constitucional vive num estado dilemático desde a sua génese: se por um lado se pretende que esta seja independente política e ideologicamente, por outro, qualquer que seja o sistema constitucional que se analise, sempre se encontrará na arquitetura da solução para a constituição do tribunal, uma preocupação política, porventura mesmo partidária, em que cada força política tenta obter para si, senão uma maioria de juizes dentro do órgão, pelo menos um equilíbrio formal que impeça as outras forças políticas de controlarem as decisões que deste emanam.

Hoje, poucos autores se atreverão a negar esta dupla natureza da justiça constitucional. Se, por um lado, partilha de todas as características do poder judicial, por outro, principalmente pelas matérias que lhe cabe dirimir, tem também uma natureza eminentemente política. Aceitar este facto, parece-nos, é importante para qualquer análise teórica que se pretenda levar a cabo neste âmbito.

E se é verdade que é à teoria de Kelsen²⁰ que o constitucionalismo europeu se foi inspirar na construção da maioria dos seus sistemas de justiça constitucional, facto é que o “novo constitucionalismo” do pós-guerra introduziu uma importante entorse ao sistema gizado por este autor, dando razão ao profetizado, à altura, por Carl Schmitt²¹.

Ao defender o estabelecimento de um modelo de fiscalização constitucional centralizado, Kelsen aceitava que o poder do juiz ao invalidar uma lei compreendia um certo tipo de poder legislativo. Assim, este Autor procurou apurar a distinção entre o poder legislativo e a fiscalização da constitucionalidade. Nesta senda, apontou para os parlamentos como “legisladores positivos” que criariam a lei livremente, balizados apenas pela constituição, distinguindo-os dos juizes constitucionais que seriam “legisladores negativos” uma vez que a sua “autoridade legislativa” se restringiria à anulação de normas legais que contrariassem normas constitucionais. Ora, esta distinção labora no pressuposto da inexistência, na Constituição, de “direitos exequíveis por si mesmos”²². Com efeito, o modelo kelseniano, tal como pensado pelo seu criador, era o de um órgão jurisdicional especializado, orgânica e funcionalmente separado da estrutura do poder judicial, com um estatuto de independência face ao Parlamento e ao Governo, com competência para decidir

²⁰ HANS KELSEN, *La garantie Jurisdictionnelle de la Constitution*, *Revue de Droit Public*, 45, 1928, p. 197 ss.

²¹ CARL SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983 (ed. original de 1931).

²² Tradução livre de “enforceable rights” que cremos não ser particularmente feliz, embora seja a possível.

questões estritamente constitucionais²³, das quais os direitos fundamentais deveriam permanecer apartados porque, por um lado, seriam algo da esfera do direito natural – *non enforceable rights* – e, por outro, Kelsen cedo pressentiu que a sua densificação facilmente faria uso de concepções políticas ou ideológicas pelo que, a aceitar-se a sua descoberta e sindicância junto do Tribunal Constitucional, este rapidamente destruiria a sua distinção entre legislador positivo e negativo, tomando os juizes, enfim, supremos legisladores.

Vemos, contudo, que a passagem para o novo constitucionalismo viria a dar alguma razão às precauções de Kelsen (e às acusações de Schmitt): hoje, qualquer Tribunal Constitucional que proteja os direitos fundamentais será, em alguma medida, considerado um legislador positivo, ainda que esta assunção continue a não ser bem aceite na comunidade jurídica²⁴.

Porém, quer se aceite ou não este paradigma, facto é que hoje os Tribunais Constitucionais se debatem frequentemente com questões de direitos fundamentais, questões essas que, como diversa doutrina assume, são questões “*upon which men might reasonably differ*”²⁵.

Deste modo, num quadro em que os tribunais constitucionais e supremos tribunais com competências afins são chamados a decidir em sede de direitos fundamentais, torna-se primordial aferir as razões pelas quais homens de boa-fé decidem de formas diferentes a mesma questão formando, conseqüentemente, com a conjugação das suas opiniões, a decisão do tribunal.

2.2. Contributos das teorias sobre comportamento judicial para o enquadramento do problema

O estudo sobre o comportamento dos juizes tem-se desenvolvido principalmente nos Estados Unidos, no âmbito de análises relativas ao Supremo Tribunal, embora mais recentemente já possam ser encontrados alguns estudos no contexto europeu.

²³ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, *op. cit.*, p. 205 ss. e CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 304 ss.

²⁴ ALFC STONE SWEET, *Constitutional Courts*, *op. cit.* p. 3.

²⁵ MICHAEL J. PERRY, *The Constitution in the courts – Law or Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994, p. 195, citando o juiz Felix Frankfurter no caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, disponível em <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>.

Neste quadro, foram sendo desenvolvidos modelos explicativos capazes de medir o ativismo judicial, a politização dos tribunais e, principalmente, que possam prever as decisões destes, de acordo com características pré-determinadas.

Diga-se, desde logo, que para a criação e desenvolvimento destes modelos em muito contribuiu uma abordagem interdisciplinar do fenómeno, com grande ênfase na ciência política, mas igualmente na psicologia, na economia ou na estatística. Com efeito, a grande mais-valia destes modelos é poderem ser testados empiricamente. De outro modo, seria inútil tentar usá-los como modo de previsão de decisões judiciais.

2.2.1. O modelo legal ou normativo

O modelo legal caracteriza-se pela crença de que, de uma forma ou de outra, as decisões judiciais são essencialmente influenciadas pelos factos concretos do caso em apreço, pelo sentido literal das normas constitucionais ou legais, pela intenção dos constituintes ou pelo precedente²⁶.

Colocada a questão desta forma, é fácil compreender porque é que grande parte da jurisprudência subscreve esta teoria²⁷, “pelo menos para consumo público”²⁸, dado que ela afasta toda e qualquer interferência política ou ideológica da decisão dos juizes, proclamando o “juiz puro” que decide apenas com base na lei, sendo a sua função a de procurar a resposta correta para questões jurídicas, guiado, principalmente, pelo precedente.

Creemos que os pressupostos nos quais se baseia esta teoria são facilmente relativos, seja porque a linguagem não se coaduna com a ideia da existência de um sentido literal único, visto que a maioria dos conceitos comporta mais que um sentido possível, seja porque a intenção dos constituintes nem sempre é clara e indiscutível e, mesmo que o fosse, pode sempre arguir-se que, levada à letra, impõe uma tirania do passado sobre o presente²⁹. Já no que concerne ao precedente, embora tendencialmente

²⁶ Note-se, tal como já referido, que estas teorias se desenvolveram num ambiente norte-americano.

²⁷ Suportada também, de alguma forma, por alguma doutrina, como seja RONALD DWORKIN, *Levando os direitos*, *op. cit.*

²⁸ JEFFREY A. SEGAL / HAROLD J. SPAETH, *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2002, p. 48.

²⁹ Pode até ir-se mais longe, como fazem JEFFREY A. SEGAL / HAROLD J. SPAETH, defendendo que não é sequer claro que a intenção dos *Framers* fosse que a sua intenção fosse vinculativa... *Vide The Supreme Court*, *op. cit.*, p. 65.

seja tomado como regra obrigatória, também não é difícil perceber que este pode sempre ser contornável, mais que não seja porque consiste em dois componentes: a decisão jurisdicional e os factos concretos que o tribunal tomou em consideração ao decidir. Ora, como pelo menos os factos divergirão sempre em maior ou menor medida, os juizes podem sempre escolher dentre vários precedentes aquele que melhor sirva a sua intenção ou convicção já pré-definida.

Por último, reítram-se os problemas de comprovação empírica que este modelo revela, por não apresentar fatores e variáveis que possam ser testadas.

Assim, a este modelo rapidamente se contrapôs o “realismo jurídico”, nos anos 20 e 30, que veio pôr em causa esta conceção “mecanicista” ou “literalista” da jurisprudência que, para além das críticas atrás apontadas, veio também fazer notar a necessidade dos juizes de preencher algumas lacunas legais através de alguma discricionariedade – trata-se, como apelidada por ANTÓNIO DE ARAÚJO e PEDRO COUTINHO DE MAGALHÃES, da “primeira revolução” no âmbito do estudo do comportamento judicial³⁰.

A “segunda revolução” – a revolução *behaviourista* – veio trazer o «uso de metodologias estatísticas na busca de padrões sistemáticos de comportamento judicial, utilizando variáveis “extralegais” na explicação das decisões dos tribunais»³¹, sendo o estudo de C. HERMAN PRITCHETT, *The Roosevelt Court*³², de 1948, normalmente citado como pioneiro nesta matéria.

Desde então, tem vindo a ser estudada a existência de padrões ideológicos que justifiquem, ainda que não abertamente, as decisões dos juizes, com base na verificação de que em casos em que possa estar em causa uma determinada ideologia ou mundividência, os juizes do Supremo Tribunal dos Estados Unidos tendem a dividir-se de modo sistemático, o que indicia, pelo menos, alguma influência ideológica na tomada de decisão. Porém, à variável das preferências ideológicas, foram sendo acrescentadas outras variáveis como a religião, a origem social, o local de nascimento, entre outros fatores, a fim de afinar a procura pelas reais motivações e influências dos juizes nas tomadas de decisão.

³⁰ PEDRO COUTINHO DE MAGALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, “A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português”, *Análise Social*, vol. XXXIII, 1998 (1.º), pp. 7-53.

³¹ *Idem*, p. 11.

³² C. HERMAN PRITCHETT, *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*, Nova Iorque, Macmillan, 1998.

2.2.2. O modelo “atitudinal” (*attitudinal model*)

De acordo com esta teoria, ainda hoje largamente utilizada até pelos resultados empíricos que têm demonstrado a sua valência, o Supremo Tribunal americano está institucionalmente desenhado de modo a que, dispondo de completas garantias de independência institucional face ao poder político a partir do momento em que assumem o cargo, estando no topo da hierarquia do sistema judicial e dispondo de quase total discricionariedade na escolha dos casos que vão decidir, os juizes deste tribunal são virtualmente livres para traduzir nas suas decisões os seus objetivos de índole ideológica³³.

Assim, presume-se que os juizes têm determinados valores, princípios e predisposições ideológicas que sistematicamente aplicam nos casos que têm em mãos, pelo que serão estes a determinar o conteúdo das suas decisões³⁴. Deste modo, os argumentos jurídicos usados naquelas são meramente justificações *post hoc*.

Tendo isto em mente, os defensores desta teoria propõem vários fatores como forma de aferir as preferências dos juizes: os seus atributos pessoais, a região de onde provém, a sua experiência judicial, histórico de decisões tomadas, a sensibilidade política da entidade que os nomeou ou publicações que tenham escrito anteriormente³⁵.

Como facilmente se percebe, este modelo traz como implicação necessária que as mudanças nos membros do tribunal acarretem consigo mudanças na “política”³⁶ do mesmo, e estas só podem ser acionadas por atores externos no momento da nomeação dos juizes – em tudo o resto, sustenta-se que os juizes decidem completamente isolados do contexto que os rodeia.

Apesar de amplamente defendida na doutrina, esta teoria não é isenta de críticas, desde logo para grande parte dos juristas, ao verem eliminar dos elementos que levam à tomada de decisão qualquer tipo de explicação técnico-jurídica, mas também para alguns cientistas sociais que referem que pode estar errada a suposição de que o único objetivo dos juristas é levar avante as suas convicções políticas e ideológicas, devendo ser considerados outros fatores. Por outro lado, aponta-se

³³ PEDRO COLTINHO DE MAGALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A justiça constitucional*, op. cit., p. 13.

³⁴ JEFFREY A. SEGAL, “Judicial Behavior”, in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, e Keith E. Whittington, Oxford University Press, 2008, p. 24.

³⁵ TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *Theories of Judicial Behavior*, op. cit., pp. 107-108.

³⁶ Utilizamos o termo “política” em sentido lato, ou seja, no sentido da sensibilidade do tribunal ser tendencialmente mais de esquerda ou de direita, mais conservadora ou mais liberal.

também o facto de existirem constrangimentos vários (institucionais, políticos e sociais) que não permitem que esse eventual desiderato dos juizes seja alcançado livremente.

2.2.3. O modelo estratégico

Dentre os principais defensores do último argumento apontado contra o modelo atitudinal encontram-se LEE EPSTEIN e JACK KNIGHT³⁷, que apresentam, em alternativa o modelo estratégico em que, ao passo que não se abandona a ideia de que os valores dos juizes condicionam as suas decisões e que a transposição desses valores na sua jurisprudência é o seu principal objetivo, se acrescenta que, precisamente por terem essa preocupação com os efeitos políticos das suas decisões, os juizes são obrigados a levar em linha de conta outros fatores para além as suas inclinações ideológicas.

Este modelo pretende demonstrar que os juizes preferem abdicar do seu objetivo ideal em termos ideológicos a fim de, efetivamente, conseguir ter peso na decisão final do tribunal ou, pelo menos, na sua linha política a longo prazo³⁸, ou seja, estes preferem racionalmente desviar-se ligeiramente do seu “ponto de chegada ideal” em termos ideológicos quando confrontados com outros atores do sistema em que se movem³⁹.

Assim, cada ator mover-se-á num espectro de pontos infinitos que representam decisões diferentes, comportando-se estrategicamente num jogo de cálculo mútuo e de antecipação das ações e reações de cada um dos outros atores do sistema, podendo alterar a sua posição no espectro, mesmo que isso signifique escolher a segunda melhor opção do seu ponto de vista.

Deste modo, este modelo comparte com o anterior a ideia de que os juizes se movem por convicções políticas ou ideológicas, porém, este modelo acrescenta que, ao agir, aqueles calculam as ações que os outros atores do jogo poderão tomar, a fim de atingir o objetivo político último.

³⁷ LEE EPSTEIN / JACK KNIGHT, *The Choices Justices Make*, Washington, Congressional Quarterly, 1998.

³⁸ MARK TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 135 ss.

³⁹ TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *Theories of Judicial Behavior*, op. cit., p. 109.

Dentro deste modelo podem encontrar-se dois sub-modelos, dependendo dos atores relevantes a ter em conta neste jogo: se se considerarem apenas os restantes juizes do tribunal tratar-se-á de uma perspetiva interna do modelo, se se considerar todo o contexto externo ao tribunal tratar-se-á, então, da perspetiva externa do modelo estratégico⁴⁰.

Na primeira perspetiva, a interna, parte-se da ideia de interação entre os juizes e da existência de várias fases no processo de decisão que permitem que cada juiz vá antecipando as ações dos restantes, podendo prevê-las e ir acomodando, assim, o seu voto de forma a maximizar o seu objetivo.

Porém, a verdade é que este modelo parte de duas suposições que podem não se verificar: uma é a de que a informação existe e é tão completa quanto possível e a outra é a de que se está na presença de um tribunal onde existe alguma margem de negociação entre os juizes, de modo a que essa acomodação seja possível.

Já na segunda perspetiva, a externa, os juizes deverão considerar as ações e reações possíveis de atores externos ao tribunal, como sejam, o Presidente, o Parlamento/Congresso, o Executivo, grupos de interesses ou mesmo os tribunais inferiores.

A suposição geral de que se parte é a de que o tribunal, e os seus juizes, pretendem garantir a todo o custo a legitimidade e autoridade das decisões por si tomadas, pelo que quanto maior for o risco de uma decisão poder não ser acatada, menor é a possibilidade de ativismo judicial. Claro está, então, que esse risco depende da arquitetura geral do sistema político em cada caso concreto: a rigidez do processo de emendas/revisões constitucionais, a existência do poder de veto, as preferências políticas dos poderes legislativo e executivo, a distância entre as preferências ideológicas dos diversos atores, entre outros. Por outro lado, vital neste âmbito será também a opinião pública⁴¹.

Ao modelo estratégico, seja qual for a perspetiva adotada, pode imediatamente ser apontada uma limitação óbvia: estando em jogo relações humanas, evidentemente, o número de variáveis pode ser quase (senão mesmo) infinito, pelo que a confrontação do mesmo com a sua verificação empírica poderá ascender a um nível de complexidade tal que deixe de ter qualquer valia explicativa, porque impercetível, sendo a única forma de escapar a esta armadilha a explicação de um determinado número limitado de variáveis, caso em que, apenas parte da realidade é apreendida.

⁴⁰ *Idem*.

⁴¹ *Idem*, p. 111; PEDRO CRISTIANINI DE MAGALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A justiça constitucional*, op. cit., p. 14 ss.; GEORG VANBERG, "Establishing and Maintaining Judicial Independence", in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, e Keith E. Whittington, Oxford University Press, 2008, p. 114.

Por outro lado, igualmente se verifica que todos os modelos possuem limitações. Desde logo, como é que, na prática, se pode afirmar que um determinado voto de um juiz se deveu a motivos ideológicos e não ao seu melhor entendimento da lei? Mesmo tendo acesso a eventuais declarações de voto ou votos de vencido, como saber se estamos perante um voto sincero motivado apenas por razões técnico-jurídicas, ou perante uma justificação *post hoc* de um voto ideologicamente motivado que, contudo, precisa de uma fundamentação técnico-jurídica que esconda a real motivação?

Todavia, estes modelos, e particularmente os estudos empíricos levados a cabo no seu âmbito, vieram comprovar aquilo de que já se suspeitava: que contrariamente ao defendido pelas teorias legais ou normativas, por vezes os juízes votam de acordo com determinados padrões que parecem refletir a sua ideologia e uma tentativa de maximizar os seus objetivos políticos. Parece, pois, ser essa a grande mais-valia destas teorias: a de quebrar o tabu acerca da onírica e sacrossanta visão da separação de poderes, permitindo assim abrir novos caminhos no estudo e discussão sobre a politização da justiça constitucional.

3. O paradoxo da legitimidade da justiça constitucional

Aqui chegados, percebe-se que a preocupação com as teorias e modelos explicativos das decisões judiciais se prende com a preocupação com a politização da justiça constitucional, ou seja, essa politização poderá ser encarada como um problema.

Assim, se por um lado se procura uma justiça constitucional neutra, independente politicamente e imune às pressões das maiorias políticas, por outro também se lhe quer fornecer algum tipo de legitimidade democrática indireta, o que se leva a cabo por via do método de indicação dos juízes para os Tribunais Constitucionais (ou instituições congêneras). Eis o paradoxo entre a independência e a legitimidade democrática (ainda que indireta) da Justiça Constitucional.

Deste modo, aquando do desenho da arquitetura de um determinado sistema de fiscalização constitucional, os constituintes tendem a procurar todo o tipo de remédios a fim de garantir a maior independência possível do tribunal face às forças políticas, mormente aos partidos⁴².

⁴² Encontram-se, também, alguns remédios mais raros, mas compreensíveis face à história recente dos países em causa. A este respeito, veja-se, a título de curiosidade, o caso da Bósnia-Herzegovina

Com este objetivo, comumente deparamos com previsões de um mandato longo e não renovável dos juízes, por forma a não fazer depender as suas decisões de uma eventual necessidade de apoio político-partidário para a renovação do seu mandato⁴³. No mesmo sentido vai a previsão de mandato vitalício nos Estados Unidos da América, sendo frequentemente apontada como uma das maiores garantias de independência dos juízes face ao poder político⁴⁴. Entre uma situação e outra encontramos diversos outros sistemas constitucionais em que o mandato não é vitalício mas apenas termina verificada uma determinada idade⁴⁵.

Se através do tipo de mandato se pretende alcançar a maior independência possível, já a neutralidade do tribunal pode tentar ser prosseguida através da determinação dos requisitos formais e informais (ligados à prática comum à tradição ou a algum tipo de *gentlemen's agreement*) a que se sujeita a indicação dos juízes, ou seja, as suas características pessoais (adiante desenvolveremos estes dois fatores tendentes à independência e neutralidade do tribunal).

Aqui, contudo, o que nos parece importante salientar é que, ao que tudo indica, as formas encontradas para prosseguir esses objetivos (seja através do tipo de mandato ou do modo de designação e das características pessoais dos juízes) implicam elas próprias uma politização inevitável, dado que outro objetivo que sempre se procura alcançar é o de garantir alguma legitimidade democrática, ainda que indireta, por via do método de indicação, o que é demonstrativo de que o legislador constituinte teve a preocupação de fazer refletir na composição do tribunal as sensibilidades políticas conjunturais da sociedade.

em que 3 juízes são escolhidos pelo Presidente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (após consulta com a presidência bósnia), ou o caso cipriota em que na versão inicial da Constituição Cipriota de 1960, o Supremo Tribunal Constitucional integrava 3 membros: um grego, um turco e um neutro, sendo que o neutro seria obrigatoriamente um cidadão estrangeiro. A partir de 1964 (e de forma irreversível depois da invasão turca e da divisão *de facto* do País em 1974) o sistema deixou de funcionar nestes moldes.

⁴³ Foi esta uma das alterações operadas pela revisão constitucional de 1997, passando os juízes de um mandato de 6 anos renovável para um de 9 anos não renovável, alteração essa desde há muito ansiada pela doutrina. Dentre outros países com sistema de mandato não renovável podemos salientar a título de exemplo: 9 anos – Bulgária, França, Itália, Polónia, Roménia, Eslovénia e Ucrânia; 10 anos – Geórgia; 12 anos – Alemanha, Eslováquia.

⁴⁴ Havendo, porém, quem se manifeste contra a vitaliciedade dos mandatos, com um argumento de maior democraticidade por permitir rejuvenescer o equilíbrio de forças dentro do Tribunal, fazendo-o corresponder melhor às dinâmicas sociais. Vide MICHAEL PERRY, *The Constitution in the Courts, Law or Politics*, Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 197.

⁴⁵ São os casos, a título de exemplo, da Argentina, Arménia, Áustria, Bélgica, Bósnia Herzegovina, Canadá, Chipre, Dinamarca, Estónia, Finlândia, Irlanda, Japão, Malta, Noruega, Suécia ou Turquia.

No fundo, o problema é precisamente o de que se pretende que o Tribunal Constitucional represente, tendencialmente, a sociedade em que se insere. O método para o conseguir, contudo, não pode deixar de o politizar.

Daqui decorre a importância dos fatores que escolhemos analisar neste estudo: o relevo dos requisitos pessoais dos juizes indicados bem como a duração dos seus mandatos, como formas de garantir, tanto quanto possível, a independência e neutralidade do tribunal.

4. O que se procura num juiz: a importância dos requisitos pessoais e a duração dos mandatos

As características que tendencialmente se procuram num juiz, designadamente, num juiz constitucional, poderão ser resumidas a três que assumem, em nosso entender, particular preponderância: a independência, a autoridade e a preparação (principalmente a preparação académica, mas incluímos aqui também a experiência profissional)⁴⁶.

Por outro lado, LOUIS FAVOREU, por exemplo, num levantamento das características que potencialmente farão a diferença aquando da indicação de um juiz constitucional menciona seis critérios: a idade, o sexo, a qualificação profissional ou universitária, a sensibilidade política, a pertença a uma determinada comunidade linguística, religiosa ou étnica e, por fim, os seus antecedentes. Contudo, aponta como claramente preponderantes os critérios das qualificações técnicas e da sensibilidade política⁴⁷. Parece-nos, porém, que os fatores apontados por este autor devem ser lidos como concorrendo para os três objetivos atrás apontados⁴⁸.

⁴⁶ Já LUIS NUNES DE ALMEIDA aponta o carácter e a competência técnica. Vide LUIS NUNES DE ALMEIDA, "Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)", *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 253.

⁴⁷ LOUIS FAVOREU, "La Legitimite de la Justice Constitutionnelle et la Composition des Jurisdictions Constitutionnelles", in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 234-235.

⁴⁸ A opção por determinados critérios de recrutamento de juizes para os Tribunais Constitucionais ou Supremos Tribunais está intimamente relacionada com o contexto histórico, político e social de determinado sistema. Não é pois de estranhar que, por exemplo, no Canadá se exija que pelo menos 3 dos juizes do Supremo Tribunal provenham do Quebec (atenção até a existência de significativas diferenças do respetivo sistema jurídico, de base continental, face ao modelo de *common law* vigente

Consideramos que porventura seria fastidioso tentar escaupelizar as razões pelas quais se apontaram especificamente aqueles três critérios e não outros, mas talvez possa apontar-se que, quanto à independência dos juizes, esta tende a ser vista como uma garantia de efetiva aplicação da justiça, contra uma potencial cedência a interesses ou pressões a que o juiz pudesse estar sujeito⁴⁹.

Relativamente aos outros dois critérios – a autoridade e a preparação – embora se possam considerar interligados, são contudo, características distintas. Enquanto que a preparação, seja ela académica ou relativa a experiência profissional se prende com uma característica objetiva (que pode inclusivamente ser mensurável pelos graus académicos e respetiva avaliação ou experiência profissional), já no que concerne à autoridade, esta demonstra ser uma característica subjetiva, reputacional, que se liga ao reconhecimento pelos seus pares na comunidade jurídica e pela sociedade em geral – trata-se, no fundo de uma *auctoritas*, no sentido romano do termo. Vemos, portanto, que embora uma e outra possam estar reunidas num mesmo indivíduo, não é necessário que assim seja.

Assim sendo, um indício positivo de autoridade e preparação assentará na presença de uma carreira académica dedicada ao ensino e/ou investigação científica. Particularizando, e no que mais diz respeito à salvaguarda dos Direitos Fundamentais, o recrutamento de docentes de Direito Público, em geral, e de Direito Constitucional,

no resto do País) ou que na Áustria de procure afastar o centralismo das escolhas exigindo que 3 juizes não tenham residência oficial na capital, Viena

⁴⁹ No caso português, a garantia de independência dos juizes esta prevista, desde logo, na Constituição, no seu artigo 216.º, sendo essa garantia construída através de outras garantias acessórias, como sejam a inamovibilidade, a irresponsabilidade pelas suas decisões e o facto de, tendencialmente, não poderem desenvolver qualquer outra atividade pública ou privada.

O Estatuto dos Magistrados Judiciais – Lei n.º 21/85, de 30 de julho, com as alterações introduzidas até à Lei n.º 9/2011, de dezembro de 2004 (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=5&tabela=leis) – prevê também uma série de garantias concorrentes para a garantia de independência dos juizes nos seus artigos 4.º a 7.º (independência, irresponsabilidade, inamovibilidade e garantias de imparcialidade)

Por fim, rebrá-se ainda a Lei de Organização e Funcionamento do Tribunal Constitucional – Lei n.º 28/82, de 15 de novembro, alterada sucessivamente até à Lei Orgânica n.º 11/2015, de 28 de agosto (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis) onde cremos ser de salientar, como relevantes fatores de concorrência para independência dos juizes os seguintes: artigo 22.º (independência e inamovibilidade), artigo 23.º (cessação de funções – uma vez que assim se fixam as únicas condições estritas em que o seu mandado pode cessar), artigo 23.º-A (regime de previdência e aposentação – o que lhes retira a preocupação sobre a sua situação profissional após cessarem funções), artigo 24.º (irresponsabilidade), artigo 27.º (incompatibilidades), artigo 28.º (proibição de atividades políticas – onde se estabelece inclusive a suspensão de eventual filiação num partido ou associação política durante o exercício do cargo) e artigo 29.º (impedimentos e suspeições).

em particular, representará uma forma de reforço da autoridade científica dos decisores, atenta a sua especial preparação no objeto das decisões. Naturalmente, quer pela sua elevada presença quantitativa nos recursos de constitucionalidade, quer pela sua conexão umbilical aos problemas de Direitos Fundamentais, a existência de percursos científicos na área do Direito Penal e Processual Penal ou, até certo ponto, no plano do Direito do Trabalho podem ser fortes garantias da presença destes dois critérios na escolha dos juizes.

Por outro lado, a presença de juizes ou magistrados do Ministério Público no quadro de juizes constitucionais é uma clara manifestação da preocupação com a garantia da sua independência, não sendo pois à toa que o legislador constituinte português, por exemplo, exige a presença de pelo menos 6 juizes na composição do Tribunal. Efetivamente, deparamo-nos com profissionais cujas carreiras de origem já são pontuadas pelas exigências e mecanismos de garantia de independência e imparcialidade que se pretende assegurar no Tribunal Constitucional. Por outro lado, tratando-se de um órgão que se quer com natureza jurisdicional (raciocínio que não será necessariamente extensível a todos os órgãos com competência em sede de fiscalização da constitucionalidade – veja-se por exemplo o caso do Conselho Constitucional francês), a autoridade do órgão sai claramente reforçada pela presença significativa de magistrados de carreira (ou com percursos de relevo nas magistraturas), como que evitando a criação de um tribunal superior composto apenas de elementos “estranhos” ou pelo menos totalmente externos à magistratura.

Já no que concerne aos fatores negativos em relação à independência, forçoso será apontar a presença de experiência política e partidária anterior, especialmente se a mesma for particularmente intensa e se se vier a demonstrar que a mesma prossegue após o juiz cessar o seu mandato no Tribunal Constitucional (neste caso o dano reputacional faz-se na perceção da independência do Tribunal como um todo, se forem muitos os casos de regresso a atividade política, uma vez que pode criar e/ou reforçar a ideia de um exercício de funções na quase-qualidade de comissário político junto do Tribunal)⁵⁰. Ainda que não imunizem todas as

⁵⁰ A este respeito, veja-se o disposto no artigo 147.º da Constituição Austriaca (https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2009.pdf):

“4. *The following cannot belong to the Constitutional Court: members of the Federal Government, or a Land Government furthermore members of a general representative body or of the European Parliament; for members of a general representative body or of the European Parliament; who have been elected for a fixed term of legislation or office such incompatibility continues until the expiry of that term of legislation or office. Finally persons who are in the employ of or hold office in a political party cannot belong to the Constitutional Court.*

5. *Anyone who during the preceding five years has exercised one of the functions specified in para 4 above cannot be appointed President or Vice-President of the Constitutional Court.”*

críticas, a existência de robustos *curricula* em sede académica e científica nestes casos podem, pelo menos, minorar esta perceção – como se a autoridade do juiz compensasse a perceção de um eventual défice de independência decorrente da sua atividade política (que, sublinhe-se, corresponde ao exercício de um direito fundamental e não deve ser anatemizada de forma demagógica e populista como sendo necessariamente um elemento desqualificador).

Ainda a este respeito, a existência de juizes que tenham uma experiência na administração pública, em particular no domínio do exercício de funções dirigentes superiores, na medida em que esta está dependente, em certa medida, do poder político e se poderá encontrar numa zona cinzenta entre atividade política e exercício de funções técnicas, poderá também ser vista como um fator negativo se a ligação for frequente, evidente e claramente assente em laços de confiança política mais do que na qualificação técnica. No limite, poderá ser percecionado meramente como um elemento tendencialmente neutro na avaliação da independência ou autoridade do juiz, sendo difícil nesta sede a criação de critérios dotados de grande generalidade, atenta a imensa variedade e natureza de funções existentes na Administração Pública (desde entidades administrativas independentes a entidades integradas na administração direta ou indireta, com diferentes consequências na avaliação da independência das funções exercidas).

Centremo-nos agora na relevância dos requisitos pessoais comumente exigidos aos juizes constitucionais. Para tal, parece-nos ser clarificador enunciar a análise de acordo com dois eixos distintos: por um lado, os requisitos formais (*de jure*) previstos na Constituição ou na Lei e, por outro, os requisitos informais (requisitos *de facto*), mais ligados à prática comumente aceite, à tradição ou a eventuais *gentlemen's agreements*, como no caso português. Relativamente a ambos podem ser apontados requisitos positivos e negativos.

Quanto aos requisitos formais, no caso português, encontramos apenas dois requisitos positivos: a Constituição fixa que “seis de entre os juizes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre juizes dos restantes tribunais e os demais de entre juristas” (n.º 2 do artigo 222.º da Constituição da República Portuguesa, sendo a mesma norma reiterada no n.º 2 do artigo 12.º da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional). Vemos, portanto, que todos os membros do tribunal têm necessariamente de ser juristas⁵¹. Verifica-se que numa grande maioria dos Estados esta exigência de

⁵¹ Note-se também que esta quota de recrutamento de juizes que sejam magistrados se verifica igualmente na Alemanha.

formação jurídica existe³². Contudo, encontram-se exceções, como seja o caso suíço ou japonês, mas em que, na prática, todos ou quase todos os membros do tribunal são juristas.

Podem-se afirmar, portanto, que há uma preferência generalizada por uma solução em que a formação jurídica seja uma característica dos juizes constitucionais³³. Porém, podem também ser encontradas soluções diversas em que se permite que não juristas acedam ao tribunal, numa lógica de, por um lado, lhe fornecer um leque diversificado de experiências humanas que possam ser úteis na tomada de decisão de casos tão díspares como os que se lhe apresentam e, por outro, a fim de evitar uma excessiva especialização do tribunal.

Também a experiência profissional, seja enquanto juizes ou noutras profissões jurídicas, é por vezes adotada como requisito formal para se ser indicado, seja através de uma quota de juizes, como no caso português, ou mesmo como requisito generalizado³⁴.

Parece-nos que a solução que propugna a obrigatoriedade da formação jurídica é a mais indicada devido à tecnicidade do trabalho desenvolvido pela justiça constitucional. Ademais, admitir o contrário é conceder em absoluto que aquilo que consubstancia o trabalho dos tribunais constitucionais ou instituições congêneres é, efetivamente, política e não a aplicação do direito. Senão vejamos, numa *reductio ad absurdum*, admitir que um engenheiro químico altamente qualificado possa dirimir questões relativas a direitos fundamentais é, no fundo, admitir que ele decidirá apenas com recurso à sua sensibilidade política e ideológica e nada mais que isso. Apesar de tudo o que possa ser dito, a hermenêutica e técnica jurídicas não são mero senso comum que qualquer leigo possa convocar em decisões que podem ser, além de complexas, carecidas de conhecimentos jurídicos de que, necessariamente, só um jurista dispõe.

³² É o caso da Argentina, Canadá, Dinamarca, Estónia, Grécia, Islândia, Irlanda, Malta e Noruega. *Vide* Council of Europe – European Commission for Democracy Through Law, *The composition of constitutional courts*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997, p. 11 ss. (informação confirmada posteriormente em cada uma das Constituições, dada a possível desatualização da obra citada).

³³ Albânia, Áustria, Bulgária, Alemanha, Itália, Letónia, Lituânia, Polónia, Portugal, Roménia, Rússia, Eslováquia e Macedónia. *vide* Council of Europe – European Commission for Democracy, *op. cit.*, p. 12. informação igualmente confirmada nos termos acima expostos.

³⁴ Poderia ser ainda apontada a representação de grupos minoritários como requisito formal positivo, embora essa seja uma circunstância bastante rara e ligada a questões de diferenças linguísticas dentro de um mesmo país.

Enquanto requisitos formais negativos, e voltando ao caso português, a previsão legal é mais vasta. Desde logo, o mandato dos juizes constitucionais não é renovável⁵⁵, o que parece ser consentâneo com um grande número de outros sistemas constitucionais. Este facto tende a ser uma garantia de independência dos juizes uma vez que faz com que não se sintam tentados a agradar nas suas decisões às forças políticas que os nomearam a fim de garantir uma reeleição. Parece também ser esta a lógica que preside ao mandato vitalício dos juizes do Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América que, uma vez nomeados, deixam de ser dependentes de quem os nomeou. Porém, não é por isso que o sistema norte-americano não deixa de ser considerado «o expoente máximo da “politização” da justiça constitucional»⁵⁶. Podemos, portanto, perguntar-nos, porque assim é. E a resposta passará necessariamente pelo recurso às teorias atrás explanadas de comportamento judicial. A verdade é, portanto, que a ideologia é, como provam vários estudos empíricos⁵⁷, determinante nas decisões dos juizes e eles pura e simplesmente não deixam de ser seres humanos com sensibilidades político-ideológicas e mundividências próprias só porque investidos no cargo de juizes de um tribunal, portanto parece ser de encarar com naturalidade que as suas decisões manifestem as suas convicções políticas, politizando o tribunal, independentemente de, na realidade não terem qualquer interesse próprio em votar no sentido desejado pelas forças políticas que os nomearam.

Claro que pode sempre argumentar-se que, embora não possam ser reeleitos, podem sempre ter interesse em que lhes seja atribuído um qualquer cargo de relevo após cessarem o mandato mas, para obstar a este perigo, o único remédio seria vetá-los a uma morte cívica e política que não parece ser consentânea com a liberdade de exercício de cargos políticos.

⁵⁵ N.º 2 do artigo 21.º da Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis).

⁵⁶ PEDRO COUTINHO DE MAGALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A justiça constitucional entre o direito e a política*, op. cit., p. 10.

⁵⁷ Assim, veja-se, por exemplo, ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997; PEDRO COUTINHO DE MAGALHÃES, *The limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies*, Dissertação de Doutoramento, disponível em <https://cid.ohiolink.edu/>; ANA CATARINA SANTOS, *Papel Político do Tribunal Constitucional, O Tribunal Constitucional (1983-2008): Contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011; SÚFIA AMARAL-GARCIA / NUNO GAROUPA / VERÓNICA GREMIGI, “Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 6:2, 2009; NUNO GAROUPA, *Empirical Legal Studies and Constitutional Courts*, *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, N.º 3, July, 2010.

Outros requisitos formais negativos previstos na lei portuguesa são o regime de incompatibilidades⁵⁸, a proibição de atividades políticas⁵⁹ e o regime de impedimentos e suspeições⁶⁰, todos eles concorrentes para a garantia da independência dos juizes⁶¹. Contudo, uma vez mais se pode argumentar tudo o que já se disse sobre a limitação de mandatos. No fundo, parece que todas as garantias são insuficientes para eliminar a sensibilidade político-ideológica dos juizes e, com isso, despolitizar o tribunal.

Verificados os requisitos formais, cumpre agora analisar os requisitos informais, porventura mais ricos no que aos indícios e justificações de politicidade do tribunal diz respeito.

O mais importante fator de escolha dos juizes para o Tribunal Constitucional Português e que provoca necessariamente a politização do mesmo é o chamado “pecado original” que tem sido apontado como criando uma “extrema dependência do TC em relação ao clima de entendimento entre os dois principais partidos”⁶².

Com efeito, os dez juizes eleitos pela Assembleia da República são eleitos em lista fechada por uma maioria de dois terços⁶³, o que, na prática, faz com que a lista seja negociada entre as cúpulas partidárias dos dois maiores partidos, fazendo cada um as suas cedências quanto aos nomes que um e outro estão dispostos a aceitar, a fim de garantir a maioria requerida.

Como bem nota ANTONIO DE ARAÚJO, “o problema da composição dos tribunais constitucionais sempre foi, de facto, muito delicado visto que através dele se pretende conciliar algo que, à primeira vista, é inconciliável: assegurar a legitimidade

⁵⁸ Artigo 27.º da Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis).

⁵⁹ Artigo 28.º da Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis).

⁶⁰ Artigo 29.º da Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis).

⁶¹ Note-se que, ao contrário de muitos outros sistemas de fiscalização da constitucionalidade, o sistema português optou por não fixar um limite mínimo de idade para aceder ao Tribunal Constitucional. Já quanto ao limite máximo, estatui o n.º 3 do artigo 21.º da Lei de Organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional (http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=423&tabela=leis) que “Os juizes dos restantes tribunais designados para o Tribunal Constitucional que, durante o periodo de exercicio, completam 70 anos mantêm-se em funções até ao termo do mandato”.

⁶² ANTONIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 26.

⁶³ Alínea h) do artigo 163.º da Constituição da República Portuguesa (<http://www.tribunalconstitucional.pt/le/crp.html>).

democrática aos juizes e, ao mesmo tempo, proteger o TC da conflitualidade político-partidária, garantindo-lhe uma posição autónoma no quadro dos poderes do Estado⁶⁴.

Assim, essas cedências, e até numa lógica de negociação estratégica poderão levar a que cada partido opte por uma segunda ou terceira escolha, prejudicando os objetivos atrás apontados de obter juizes com o maior grau de autoridade e preparação possível.

Dai que a cooptação dos restantes três juizes seja uma importante manifestação da independência dos juizes, ainda que contra este argumento sempre se possa arguir que um juiz nomeado por um determinado partido sê-lo-á já no pressuposto de que procurará cooptar um outro juiz o mais próximo possível da sua área política. Daqui ressalta, no caso português, a importância da cooptação dos restantes três juizes que, teoricamente, funcionarão com um garante adicional do equilíbrio de forças dentro do tribunal, uma vez que a sua escolha não é, pelo menos em tese, realizada diretamente com intervenção político-parlamentar, gerando maior afastamento⁶⁵. Em particular, tem vingado a ideia de que o verdadeiro fiel da balança reside no denominado “terceiro cooptado” o mais neutro dos neutros⁶⁵.

Por outro lado, desde a criação do Tribunal Constitucional que se ouviram vozes⁶⁷ defendendo que o Presidente da República deveria ter uma palavra a dizer neste âmbito. No entanto, a conjuntura política à altura veio a determinar a solução ainda hoje vigente, por manifesto reccio relativamente às pessoas que o então Presidente viesse a nomear.

Relativamente a esta proposta, concordamos com ANTÓNIO DE ARAÚJO ao referir que o presidente iria, em princípio, nomear pessoas da sua área ideológica, introduzindo mais um fator de politização do tribunal, com a agravante de que a sua escolha seria inteiramente livre, ao contrário da da Assembleia da República em que, pelo menos, tem de existir uma consensualização dos nomes propostos de forma a garantir a maioria de aprovação⁶⁸.

⁶⁴ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 29.

⁶⁵ Em sentido não inteiramente coincidente, ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 34 ss.

⁶⁶ Assim, ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 41

⁶⁷ Vide, MARCELO REHELO DE SAUSA, in “Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 211-228.

⁶⁸ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 22.

Assim, e apesar de não haver nenhuma regra formal, a prática tem sido sempre, como ademais nos parece forçoso que seja, a de nomear juizes próximos da área política de cada um dos partidos maioritários⁶⁹.

E, aqui chegados, podemos perguntar-nos: mas como poderia não ser assim? Tendo o Tribunal Constitucional de pronunciar-se sobre decisões de natureza política, como vimos, e tendo o poder de invalidar atos legislativos emanados do Parlamento e do Governo, torna-se evidente que o mesmo corre o risco de se tomar numa instância de recurso do jogo parlamentar, onde as forças políticas se podem querer continuar a digladiar por outros meios, pelo que estranho seria se os partidos não tentassem que o Tribunal Constitucional refletisse o equilíbrio de forças presente na Assembleia da República ou que, pelo menos, não o distorcessem irremediavelmente. Por esta razão, o jogo de negociação política para a nomeação dos juizes e a respetiva distribuição (incluindo a importante escolha do Presidente) entre as forças políticas, senão mesmo partidárias, é uma consequência que só pode ser encarada com naturalidade por ser uma consequência inevitável da arquitetura do sistema e do paradoxo que *supra* descrevemos, não uma sua anomalia indesejada.

E não se pense que tal só acontece em Portugal: basta atender aos estudos sobre a nomeação de juizes para o Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América para perceber que, embora os atores aí sejam diferentes, os Presidentes tendem sempre a nomear juizes da sua área política, embora aqui se verifique a circunstância adicional de esses nomes terem de ser aprovados pelo Senado pelo que, de acordo com a abordagem estratégica, por vezes também aqui a antecipação da reação do outro ator no jogo leve a que a nomeação acabe por ser a de alguém não tão próximo da área política do Presidente como este gostaria, mas a de alguém que lhe apresente maiores garantias de vir a ser confirmado pelo Senado⁷⁰.

⁶⁹ A regra informal de permitir aos partidos minoritários à esquerda e à direita participar na identificação de juizes a eleger nem sempre tem tido garantia de efetivação, aparentando ter sido retomada recentemente, de ambos os lados do espectro político, nas mais recentes eleições para o Tribunal.

⁷⁰ Vide JEFFREY A. SEGAL / HAROLD J. SPAETH, *The Supreme Court, op. cit.*, pp. 178-222. No caso norte-americano, e até porque os estudos empíricos estão bastante mais desenvolvidos que na doutrina europeia, verifica-se contudo que as qualidades pessoais ao nível técnico demonstram ter uma importância relevante na distorção de um eventual efeito automático de rejeição pelo senado de um nome que não provenha da mesma área política que a maioria presente no órgão. Assim, nomes tidos como altamente qualificados têm demonstrado uma maior aceitação pelo senado do que outros tidos como menos qualificados, perante uma mesma maioria porventura contrária à área política do Presidente.

Mas retomando o caso português, talvez seja proveitoso verificar que tipo de formação acadêmica tem sido procurada nos nomeados para o Tribunal Constitucional, e constata-se que a grande maioria dos membros deste tribunal não foi além dos estudos universitários de grau de licenciatura, embora se tenha verificado, nos últimos anos, um aumento do número de mestres e doutorados, sendo a grande maioria deles oriundos das Faculdades de Direito de Lisboa e de Coimbra⁷¹.

Outro fator que importa analisar é a sua formação específica, ou seja, saber se há ou não um grande número de constitucionalistas parece ser relevante para aferir a aptidão técnica necessária ao desempenho do cargo, especialmente na vertente da salvaguarda dos direitos fundamentais.

Porém, os resultados não podem deixar de ser desanimadores: dos 51 juizes considerados⁷², apenas onze podem ser considerados constitucionalistas. A saliência deste dado não pode ser ignorada: se, por um lado, dada a miríade de questões colocadas ao tribunal dos mais variados ramos do direito pode apontar para a vantagem em ter especialistas em todas essas áreas, por outro, seria de esperar que, dada a natureza de guardião dos direitos fundamentais que lhe é unanimemente atribuída desde o novo constitucionalismo, houvesse um maior número de especialistas em Direito Constitucional.

Já quanto à experiência profissional dos juizes do Tribunal Constitucional, dentro do mesmo universo, encontramos vinte docentes universitários, vinte e quatro que desempenharam, em alguma altura da sua vida, a função de juiz, catorze que desempenharam, nalguma altura da sua vida, funções no Ministério Público, nove que exerceram algum tipo de cargo político, seja eletivo ou de nomeação, nove que exerceram algum tipo de cargo na Administração Pública, cinco que foram advogados, e um que foi Provedor de Justiça⁷³.

Daqui deve salientar-se que a maioria dos juizes que possuíam experiência política continuou a exercer cargos nesse âmbito depois de cessar o seu mandato no Tribunal Constitucional, embora essa tendência se tenha vindo a esbater nos últimos anos⁷⁴.

⁷¹ Vide ANA CATARINA SANTOS, *Papel Político do Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p.166 ss.

⁷² Considerou-se o período entre a criação do Tribunal Constitucional e o momento da feitura do presente estudo, razão pela qual estão excluídos os cinco juizes recentemente eleitos.

Outro dado metodológico a ter em consideração é que se consideraram "constitucionalistas" alguns docentes universitários cujo foco principal de docência e investigação não seja, em primeira linha, o Direito Constitucional mas que, em todo o caso, em algum momento da sua vida tenham lecionado cadeiras relacionadas com o Direito Constitucional.

⁷³ Dados obtidos em www.tribunalconstitucional.pt.

⁷⁴ O último caso registado foi o do Juiz Conselheiro Rui Pereira, em 2007.

5. O Tribunal Constitucional Português e o problema da politização na garantia dos Direitos Fundamentais: a inadequação da fiscalização abstrata como barómetro?

Como já se referiu, a maioria dos estudos sobre politização da justiça constitucional tem sido levada a cabo nos Estados Unidos da América. Mais recentemente, porém, têm surgido já alguns estudos no contexto europeu⁷⁵ e, particularmente, sobre o caso português⁷⁶.

Relativamente ao Tribunal Constitucional Português, deparamos imediatamente com um problema relativo à análise da influência da politização do tribunal e que é o de não existir qualquer estudo que incida sobre a fiscalização concreta da constitucionalidade.

E, se por um lado se pode defender que é na fiscalização abstrata que se discutem as grandes questões de natureza político-ideológica, em que uma maior ou menor politização do Tribunal se manifestará mais vinculada, por outro, haverá que considerar que, para além da fiscalização abstrata representar uma ínfima parcela da atividade do Tribunal Constitucional⁷⁷, a própria natureza das questões a debater é discutível, pelo que dúvidas se levantam sobre se será possível extrapolar as conclusões obtidas relativamente à fiscalização abstrata para a fiscalização concreta⁷⁸.

⁷⁵ Dos quais se podem referir os seguintes: NUNO GAROUPA, *Empirical Legal Studies*, *op. cit.*; CHRISTOPH HÖHNIGGE, "Beyond judicialization: why we need more comparative research about constitutional courts", *European Political Science*, n.º 10, setembro 2011; *Idem*, "The Electoral Connection: How the Pivotal Judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts", *West European Politics*, 32 5, 2009; MARTIN SHAPIRO / ALEC STONE, "The New Constitutional Politics of Europe", *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, January 1994, pp. 397-420; ALEC STONE SWEET, *Governing with Judges*, *op. cit.*

⁷⁶ Dos quais se salientam: SÓFIA AMARAL-GARCIA / NUNO GAROUPA / VERÓNICA GREMBI, *Judicial Independence*, *op. cit.*; ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, *op. cit.*; NUNO GAROUPA, *Empirical Legal Studies*, *op. cit.*; LUÍS FERREIRA LEITE, *O Tribunal Constitucional e o Sistema Político, Estados Unidos da América – Europa – Portugal*, Lisboa, Alameda, 2007; PEDRO COUTINHO MAÇALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A Justiça Constitucional entre o direito e a política*, *op. cit.*; PEDRO COUTINHO MAÇALHÃES, *The limits to Judicialization*, *op. cit.*; ANA CATARINA SANTOS, *Papel Político do Tribunal Constitucional*, *op. cit.*

⁷⁷ De acordo com os dados disponibilizados no site de internet do Tribunal Constitucional, entre 1983 e 2015, a fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, a fiscalização abstrata sucessiva e a fiscalização abstrata preventiva representaram, conjuntamente, 3% da atividade do Tribunal, face aos 88% relativos à fiscalização concreta.

⁷⁸ Vide, por todos, ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional (1989-1996)*, *op. cit.*, pp. 86 ss., e TIAGO FIDALGO DE FREITAS, *Theories of Judicial Behavior*, *op. cit.*, pp. 112-113, nota 38.

Mas, porventura mais importante ainda no contexto do presente estudo é o facto de a esmagadora maioria das questões relativas a direitos fundamentais levadas perante o Tribunal Constitucional dizerem respeito a processos de fiscalização concreta.

Ademais, ainda que se introduza o “fator de correção” sugerido por ANTÓNIO DE ARAÚJO, ao propor que futuras análises se concentrem nas “questões de constitucionalidade e não nas decisões que sobre elas recaiam”⁷⁹, não deixará de ser um empreendimento hercúleo o de analisar as largas centenas de acórdãos proferidos em fiscalização concreta ao longo da história do tribunal, procurando discernir um padrão de divisão político-ideológica dos juizes que prove que estes se comportam de modo político, tarefa ainda mais dificultada pelo funcionamento em secção do Tribunal na fiscalização concreta.

Assim, “parece que a tentativa de descortinar um comportamento político nos juizes constitucionais ao nível da fiscalização concreta está absolutamente condenada”⁸⁰. Aliás, essa é precisamente uma das conclusões a que aquele Autor chega no final do seu estudo: a de que, no cerne do que é a sua atividade, a fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional não é um “tribunal político”⁸¹, sufragando a posição de MARCELO REBELO DE SOUSA, de que a fiscalização concreta representa uma mitigação do pendor político” do Tribunal Constitucional⁸².

Ora, esta conclusão contrasta com a esmagadora maioria dos resultados encontrados pelas análises no âmbito da fiscalização abstrata e que demonstram que, por inúmeras razões, os Tribunais Constitucionais (e instituições congéneres) revelam um comportamento politizado⁸³, o mesmo sucedendo com as análises relativas ao caso português.

⁷⁹ ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional (1989-1996)*, op. cit., p. 90.

⁸⁰ *Idem*, pp. 142-143.

⁸¹ *Idem*, p. 175.

⁸² MARCELO REBELO DE SOUSA, *Orgânica Judicial, responsabilidade dos juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992, p. 41.

⁸³ Vide MARTIN SHAPIRO / ALIC STONE, *The New Constitutional Politics of Europe*, op. cit.; ALIC STONE SWEET, *Governing with Judges*, op. cit.; SOFIA AMARAL-GARCIA / NUNO GAROUPA / VERONICA GREMBI, *Judicial Independence*, op. cit.; ANTÓNIO DE ARAÚJO, *O Tribunal Constitucional*, op. cit.; NUNO GARRUTA, *Empirical Legal Studies*, op. cit.; PEDRO COUTINHO MAGALHÃES / ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A Justiça Constitucional entre o direito e a política*, op. cit.; PEDRO COUTINHO MAGALHÃES, *The limits to Judicialization*, op. cit.; ANA CATARINA SANTOS, *Papel Político do Tribunal Constitucional*, op. cit.; BARRY FRIEDMAN, “The politics of judicial review”, *Texas Law Review*, 84:2, 2005; LEE EPSTEIN / JACK KNIGHT, *The Choices Justices Make*, op. cit..

Porém, talvez seja possível tecer algumas considerações sobre o processo de fiscalização concreta.

Porventura por ser um processo muitíssimo menos mediatizado, haverá talvez menos pressão política sobre os juizes o que poderá levar a um maior apego ao método jurídico, em detrimento das motivações políticas subjacentes aos processos mais políticos e mediáticos sujeitos à fiscalização abstrata.

Não afirmamos que não possa verificar-se, na fiscalização concreta da constitucionalidade, a confirmação dos modelos de comportamento atrás apresentados, embora o funcionamento em secção possa distorcer um pouco os pressupostos de que as teorias partem.

Contudo, parece que nesta sede, mais do que a divisão ideológica entre juizes, relevará a circunstância destes serem mais formalistas ou mais substancialistas, ou seja, mais ou menos abertos ao conhecimento do mérito das questões colocadas perante si e à leitura mais ou menos fechada que fazem dos pressupostos de acesso à justiça constitucional, em particular em sede de salvaguarda de direitos fundamentais.

Com efeito, e ao contrário do Supremo Tribunal dos EUA que possui a faculdade de escolher os casos que aprecia, o Tribunal Português não tem como controlar a avalanche de processos que chegam ao Palácio Rattón em sede de fiscalização concreta a não ser através de subterfúgios formais, já amplamente diagnosticados e discutidos na doutrina e na jurisprudência, dos quais é de salientar a velha questão do conceito funcional de norma para efeitos de fiscalização da constitucionalidade e os problemas da distinção entre norma e decisão³⁴.

Assim, verifica-se que, por vezes, dependendo da secção que analise a questão, uma decisão será ou não sumária ou um recurso será ou não admitido “consoante quem recorre sabe ou não escrever ou consoante quem decide da admissibilidade do recurso *quer ou não recebê-lo*”³⁵, ou seja, a forma como o sistema de fiscalização de constitucionalidade está desenhado, mormente no que concerne à fiscalização concreta, permite aos juizes uma ampla margem de discricionariedade, *de facto*, na escolha das questões cujo mérito pretendem ver apreciado.

³⁴ Vide JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, op. cit., pp. 304 ss. e CARLOS LOPES DO REGO, “O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, 3, 2004.

³⁵ JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional*, op. cit., p. 311.

Por esta razão, em relação à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, na fiscalização concreta da constitucionalidade será porventura mais relevante a distinção entre juizes formalistas (que tendem, sempre que possível, a não conhecer o mérito das questões) e juizes substancialistas (que, pelo contrário, tendem a relativizar obstáculos meramente formais, privilegiando o conhecimento do mérito das questões perante si colocadas e assegurando uma tutela mais intensa no plano jusfundamental).

Tudo visto, poderá talvez dizer-se que é em sede de fiscalização concreta que o Tribunal Constitucional está mais perto do seu papel ideal de ente não politizado, dado que a garantia dos direitos fundamentais está, aí, muito mais vincadamente dependente da interpretação dominante no respeitante ao acesso à justiça constitucional e a decisões de mérito, do que a uma clivagem ideológica entre pré-compreensões marcadas por debates que confrontam esquerda e direita, progressistas e conservadores, em sede de costumes, papel do Estado, leitura da propriedade e livre iniciativa económica ou direitos fundamentais em matéria laboral.

Porém, refira-se ainda que, com o que se acabou de dizer, não se presume que por algum tipo de passe de mágica os juizes deixem de ter convicções político-ideológicas quando analisam questões no âmbito da fiscalização concreta ou, sequer, que não se deixem influenciar por estas em alguma medida. Pretende dizer-se, isso sim, que a natureza específica deste tipo de fiscalização de constitucionalidade, assente no conhecimento do caso concreto e não apenas numa idealização abstrata de um problema jurídico, *rectius*, de um problema jurídico-político, mais facilmente arrisca deixar desamparados os direitos fundamentais dos cidadãos devido a considerações estritamente jurídico-processuais do que devido a uma mera politização dos juizes e, conseqüentemente, do tribunal.

6. Conclusões

O estudo que levámos a cabo parte da identificação de um paradoxo essencial. Se os direitos fundamentais são “trunfos contra as maiorias”, como cremos ser o caso, cuja defesa incumbe às jurisdições constitucionais desenhada à luz do novo constitucionalismo, afirmar simultaneamente que a composição dos tribunais constitucionais deve assentar numa legitimação democrática indireta que traduza, ainda que reflexamente, as maiorias democraticamente eleitas coloca um problema estrutural. A teoria dos trunfos não pode, pois, aceitar, ainda que implicitamente, que se atribua às maiorias o poder da “última palavra” em questões relativas a direitos fundamentais.

Por outro lado, outro dilema confronta a justiça constitucional: ao mesmo tempo que se pretende que esta seja política e ideologicamente independente, não é possível encontrar um qualquer sistema em que a arquitetura jurídica para a constituição do tribunal não reflita preocupações político-partidárias em garantir pelo menos um equilíbrio formal que impeça o seu controlo permanente por forças políticas adversárias.

Forçoso será, pois, admitir uma dupla natureza da justiça constitucional: jurídica e política, principalmente nas matérias que perante si são colocadas. Perante este cenário, saliente-se a importância dos estudos sobre comportamento judicial que vieram abrir ao debate novas perspectivas de análise e, principalmente, vieram quebrar o tabu que idealizava um juiz que analisa as questões à luz da Lei e só desta, sem quaisquer influências ou pressões.

De facto, e independentemente do modelo adotado (até porque uns e outros possuem valências que podem ser aproveitadas em análises diferentes), a grande mais-valia destas teorias parece ser a de ter posto a descoberto aquilo que mais do que se suspeitava: os juizes não vivem numa redoma, imunes à ideologia e filosofia, alheados da sociedade, dos seus pares e das consequências das suas decisões.

Por outro lado, inevitável é também reconhecer o paradoxo entre a independência e a legitimidade democrática (ainda que indireta) da Justiça Constitucional: se por um lado se procura uma justiça constitucional neutra, independente politicamente e imune às pressões das maiorias políticas, por outro também se lhe quer fornecer algum tipo de legitimidade democrática indireta, o que se concretiza por via do método de indicação dos juizes para os Tribunais Constitucionais.

Por esta razão, aquando do desenho institucional de cada sistema de fiscalização constitucional, verifica-se, invariavelmente, que os constituintes procuram definir métodos que possam garantir essa independência, pelo menos, face aos partidos políticos.

Porém, esses métodos (seja através do tipo de mandato, do modo de designação e das características pessoais dos juizes, ou quaisquer outros), implicam eles próprios uma politização inevitável, face ao outro prato da balança: a garantia de alguma representatividade democrática, fazendo refletir na composição do tribunal as sensibilidades políticas conjunturais da sociedade. Daqui se retira que ao pretender essa representatividade política e social, o método utilizado não pode deixar de politizar o tribunal.

Já no que concerne às características que tendencialmente se procuram num juiz constitucional, apontámos as três que nos parecem ser tidas como mais relevantes: a independência, a autoridade e a preparação (principalmente a preparação académica, mas sem desconsiderar outra experiência profissional).

Por outro lado, na análise dos requisitos pessoais normalmente procurados num juiz constitucional parece ser útil estudá-los de acordo com uma divisão entre requisitos formais e requisitos informais, distinguindo-se, relativamente a cada um deles sub-requisitos positivos e negativos.

Relativamente aos requisitos formais, deve salientar-se uma preferência quase generalizada pela exigência da formação jurídica e pela experiência profissional prévia, seja na magistratura ou, genericamente, numa outra profissão jurídica, aspeto que nos parece positivo enquanto garantia não tanto de independência, mas de preparação e qualificação para o exercício do cargo.

No que concerne aos requisitos formais negativos o elenco é mais vasto, embora o mais saliente enquanto garantia de independência seja a não renovação dos mandatos ou mesmo a sua vitaliciedade, pontuada ou não com limites etários.

Parece, contudo, que, contrariando as expectativas, este método não consegue garantir a inexistência de politização, o que porventura se explicará com recurso às teorias de comportamento judicial que apontam para que os juizes enquanto seres sociais e, conseqüentemente, políticos, não deixem de o ser apenas porque investidos num determinado cargo, razão que explicará porque, mesmo sem um interesse pessoal que os motive a votar no sentido desejado da força política que os nomeou, continuem a refletir as suas mundividências nas decisões que tomam.

Relativamente aos requisitos informais pode apontar-se a própria regra informal de dividir o número de lugares entre as forças políticas nos sistemas de eleição por lista e/ou maioria qualificada, de acordo com a sua representatividade eleitoral, o que, na prática é feito através de uma negociação entre as cúpulas partidárias e que pode ter a desvantagem de os nomes indicados não serem os melhores em termos de preparação técnica, apenas porque o seu nome não conseguiu ser consensualizado a fim de integrar a lista fechada que terá que ser votada por uma maioria de dois terços dos deputados à Assembleia da República.

Daqui ressalta, no caso português, a importância da cooptação dos restantes três juizes que, teoricamente, funcionarão com um garante adicional do equilíbrio de forças dentro do tribunal, uma vez que a sua escolha não é, pelo menos em tese, realizada diretamente com intervenção político-parlamentar.

Parece, contudo, que este processo político-partidário deve ser encarado com naturalidade, dada a natureza e funções do Tribunal Constitucional, que leva a que as forças políticas tentem (parece-nos que legitimamente) obter, pelo menos, esse equilíbrio de forças que impeça os seus adversários de fazer uso do Tribunal como uma outra instância de continuação da luta parlamentar.

Centrando, por último, a análise no sistema de fiscalização de constitucionalidade português e no seu papel na garantia dos direitos fundamentais surge o problema de a grande maioria das questões relativas a essas matérias ser discutida em fiscalização concreta, sobre a qual não há estudos empíricos e é duvidoso que se possam extrapolar as conclusões retiradas relativamente à fiscalização abstrata, que apontam para uma politização bastante vincada.

Lançou-se a hipótese de, devido ao baixo nível de mediatização, haver menos pressão sobre os juizes para que correspondam à lógica política, podendo dedicar-se mais a estritos métodos jurídicos. Não que não possa verificar-se, na fiscalização concreta da constitucionalidade, a confirmação dos modelos de comportamento atrás apresentados, embora o funcionamento por secção possa distorcer um pouco os pressupostos de que as teorias partem. Parece, contudo, nesta sede, que mais do que a divisão ideológica entre juizes, relevará a circunstância destes serem mais formalistas ou mais substancialistas, ou seja, mais ou menos abertos ao conhecimento do mérito das questões colocadas perante si, uma vez que, ao contrário do Supremo Tribunal norte-americano, o Tribunal Constitucional Português não pode escolher os casos que aprecia, o que leva a que os juizes se escudem em questões formais a fim de evitar uma avalanche de processos que paralise o trabalho do tribunal.

Pelo exposto, talvez se possa afirmar que é em sede de fiscalização concreta que o Tribunal Constitucional está mais perto do seu papel ideal não politizado, dado que a garantia dos direitos fundamentais está, aí, mais dependente da divisão entre formalismo e substancialismo do que entre esquerda e direita – o que não significa, note-se, uma maior garantia dos direitos fundamentais dos particulares.

Em todo o caso, sempre se diga que não parece que, apenas por estarem a apreciar um caso em fiscalização concreta, os juizes deixem de ser seres políticos, no sentido em que têm evidentemente as suas convicções e mundividências, como qualquer um. Algo diferente é dizer-se, como fazemos, que é a natureza específica deste tipo de fiscalização de constitucionalidade que faz com que esta se preste mais a deixar desamparados os direitos fundamentais por questões diversas que a da mera politização dos juizes e, conseqüentemente, do tribunal.

Referências bibliográficas

- Almeida, Luís Nunes de – “Da politização à independência (algumas reflexões sobre a composição do Tribunal Constitucional)”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- AMARAL-GARCIA, SOFIA / GAROUPA, NUNO / GREMBI, VERONICA – “Judicial Independence and party politics in the Kelsenian Constitutional Courts: The case of Portugal”, *Journal of Empirical Legal Studies*, 6:2, 2009.
- ARAÚJO, ANTÓNIO DE – *O Tribunal Constitucional (1989-1996). Um estudo de comportamento judicial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1997.
- COUNCIL OF EUROPE – European Commission for Democracy Through Law, *The composition of constitutional courts*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 1997.
- DWORKIN, RONALD – *Levando os direitos a sério*, tradução e notas de Nelson Boeira, Martins Fontes, São Paulo, Agosto de 2002, trad. de *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, 1978.
- EPSTEIN, LEE / KNIGHT, JACK – *The Choices Justices Make*. Washington, Congressional Quarterly, 1998.
- FAVOREU, LOUIS – “La Legitimite de la Justice Constitutionnelle et la Composition des Jurisdictions Constitutionnelles”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- FREITAS, TIAGO FIDALGO DE – “Theories of Judicial Behavior and the Law: Taking Stock and Looking Ahead”, *Judicial Activism – An interdisciplinary Approach to the American and European Experiences*, L. P. COUTINHO et al. (eds), *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice* 44, Springer, 2015.
- FRIEDMAN, BARRY – “The politics of judicial review”, *Texas Law Review*, 84:2, 2005.
- GAROUPA, NUNO – “Empirical Legal Studies and Constitutional Courts”, *Indian Journal of Constitutional Law*, Vol. 4, N.º 3, July, 2010.
- HÖNNIGE, CHRISTOPH – “Beyond judicialization: why we need more comparative research about constitutional courts”, *European Political Science*, n.º 10, Setembro 2011.
- “The Electoral Connection: How the Pivotal judge Affects Oppositional Success at European Constitutional Courts”, *West European Politics*, 32:5, 2009.

- KELSEN, HANS – “La garantie Jurisdictionelle de la Constitution”, *Revue de Droit Public*, 45, 1928.
- LEITE, LUIS FERREIRA – *O Tribunal Constitucional e o Sistema Político, Estados Unidos da América – Europa – Portugal*, Lisboa, Âncora, 2007.
- MAGALHÃES, PEDRO COELHO DE – *The limits to Judicialization: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies*, Dissertação de Doutoramento, disponível em <https://etd.ohiolink.edu/>.
- MAGALHÃES, PEDRO COELHO DE / ARATÍDE, ANTÓNIO DE – “A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial no Tribunal Constitucional português”, *Análise Social*, vol. XXXIII, 1998 (1.º).
- MORAIS, CARLOS BLANCO DE – *Justiça Constitucional*, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.
- NOVAIS, JORGE REIS – *Direitos Fundamentais – Triunfos contra a maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006
- *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- PERRY, MICHAEL J. – *The Constitution in the courts – Law or Politics*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- PRITCHETT, C. HERMAN – *The Roosevelt Court: A Study in Judicial Politics and Values 1937-1947*, Nova Iorque, Macmillan, 1998.
- REGO, CARLOS LOPES DO – “O objeto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional”, *Jurisprudência Constitucional*, 3, 2004.
- SANTOS, ANA CATARINA – *Papel Político do Tribunal Constitucional, O Tribunal Constitucional (1983-2008): Contributos para o estudo do TC, seu papel político e politização do comportamento judicial em Portugal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.
- SCHMITT, CARL – *La defensa de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983, (ed. original de 1931).
- SEGAL, JEFFREY A. – “Judicial Behavior”, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, e Keith E. Whittington, Oxford University Press, 2008.

- SEGAL, JEFFREY A. / SPAETH, HAROLD J. – *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*, Cambridge University Press, Nova Iorque, 2002.
- SHAPIRO, MARTIN – *Law and Politics of the Supreme Court: New approaches in Political Jurisprudence*, Londres, Free Press, 1965.
- SHAPIRO, MARTIN / STONE, ALEC – The New Constitutional Politics of Europe, *Comparative Political Studies*, Vol. 26, No. 4, January 1994.
- SOUZA, MARCELO REBELO DE – “Legitimação da Justiça Constitucional e Composição dos Tribunais Constitucionais”, *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.
- *Orgânica Judicial, responsabilidade dos juizes e Tribunal Constitucional*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1992.
- SWEET, ALEC STONE – *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000.
- “Constitutional Courts”, *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Forthcoming, Oxford University Press, 2012.
- TUSHNET, MARK – *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- VANBERG, GEORG – “Establishing and Maintaining Judicial Independence”, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. Gregory A. Caldeira, R. Daniel Kelemen, e Keith E. Whittington, Oxford University Press, 2008.