



Universidade do Minho  
Instituto de Letras e Ciências Humanas



Centro de Ética, Política e Sociedade

## Ethos e Polis

# A DEMOCRACIA E A LEGITIMIDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

ANTÓNIO BATISTA\*

Rubrica em colaboração com o Centro de Ética, Política e Sociedade da Universidade do Minho, que tem por principal objetivo criar diálogo com a comunidade. Poderá colocar qualquer questão nos domínios da teoria política e da ética aos seus investigadores através de [ceps@ilch.uminho.pt](mailto:ceps@ilch.uminho.pt).

Perante decisões do Tribunal Constitucional anulando as suas medidas de austeridade, o primeiro-ministro do XIX Governo português veio questionar a legitimidade democrática do órgão.

O problema teórico subjacente a esta disputa político-partidária tem suscitado desde há muito o interesse da teoria política. O argumento democrático na sua forma mais simples justifica o princípio maioritário: se todos os cidadãos são politicamente iguais e o seu voto deve, portanto, pesar o mesmo, quando uma maioria clara dos votos se inclina a favor de uma decisão, esta deveria, a priori, ser realizada. Doutra forma, governaria a vontade da minoria. Como justificar a prevalência da Constituição, então, no seio de uma sociedade democrática? De duas formas: 1) sem alguns limites à vontade da maioria, a própria igualdade política dos cidadãos, que é o cerne da democracia e justifica a regra da decisão pela maioria, seria posta em causa; 2) há direitos intrinsecamente tão valiosos que, mesmo que não sejam necessários para preservar a democracia, devem prevalecer sobre a vontade da maioria. A primeira justificação não impõe um “limite à democracia”, mas uma condição do seu exercício, protegendo direitos que são instrumentais ou inerentes à igualdade política. Para tomar um exemplo óbvio: se uma maioria pudesse alterar as leis eleitorais de modo a retirar o direito de voto aos seus adversários minoritários, a igualdade política seria abolida para o futuro. A segunda corresponde ao desiderato básico do liberalismo e implica uma restrição justificada à democracia: enquanto a democracia diz respeito a quem tem o direito de deter o poder político, o liberalismo preocupa-se com a proteção de direitos fundamentais contra o detentor do poder político, seja ele uma maioria ou uma minoria; a democracia olha para os cidadãos como autores das normas jurídicas; o liberalismo como des-



tinatários (e potenciais vítimas) das mesmas.

Justificada a Constituição e o seu estatuto privilegiado face às leis de maiorias transitórias, coloca-se novo problema. Dizer que num Estado de Direito se deve buscar o governo das leis e não dos homens (“rule of law, not of men”) é simplesmente ilusório, pois são sempre homens quem cria e interpreta o Direito. A quem deve, pois, ser dada a função de proteger a Constituição e o seu significado? A resposta norte-americana, desde a seminal decisão *Madison vs Marbury*, é a de que cabe ao Supremo Tribunal (juntamente com os demais tribunais) tal papel. No entanto, tal solução nada tem de óbvia. Até à segunda guerra mundial, em poucos países da Europa se previa a revisão constitucional das leis e ainda menos um tribunal constitucional. No Reino Unido, onde nem existe Constituição escrita, não obstante o prestígio dos tribunais como defensores dos direitos dos cidadãos contra o arbítrio dos governos, o parlamento é

soberano e as suas leis não podem ser anuladas. Em França, só em 1958 surgiu o Conselho Constitucional com poderes limitados de fiscalização da constitucionalidade. O acesso a este órgão também permaneceu muito limitado até 2008. Esta relutância é facilmente compreensível: o tremendo poder de fiscalização constitucional das leis é o de um “legislador negativo” e os que o detêm não são sufragados diretamente pelo povo. Isto é agravado quando, como sucede nos EUA, o seu mandato é vitalício e irrevogável, conflituando com o princípio democrático como, de Jefferson a Robert Dahl, se tem vindo a assinalar. Esta “aristocracia de toga”, durante a “Era Lochner”, bloqueou sistematicamente legislação social progressista, ao tentar impor uma interpretação ultraliberal da Constituição e só foi travada quando Roosevelt ameaçou uma reforma profunda do tribunal. Em Portugal, buscou-se um diferente equilíbrio. Os juízes do TC são eleitos para um único e irrepetível mandato longo, que os preser-

va da politização extrema, por um lado, mas não lhes permite constituírem-se em aristocracia judicial, por outro. As constituições detalhadas, como a portuguesa, têm também a vantagem de diminuir a margem interpretativa e, assim, a arbitrariedade, quer de governos, quer de juízes.

As constituições são expressão de um consenso básico (“overlapping consensus”) sobre que direitos e instituições são centrais para o regime. Este contrato social implícito pode mudar com o tempo e, com ele, pelo menos em Portugal, e desde que atendidas certas regras procedimentais, a Constituição também. Por vezes, a contestação a órgãos como o TC portugueses prende-se mais com a divergência dos governos face a esse consenso e com a frustração face às regras procedimentais de revisão do que com uma inexistente usurpação das prerrogativas democráticas.

**\*Centro de Ética, Política e Sociedade da Universidade do Minho**