

VOLUME LIII — N.ºs 1 e 2

R E V I S T A
DA FACULDADE
DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE
DE LISBOA



AB VNO AD OMNES

Coimbra Editora

2012

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade semestral
LIII — N.ºs 1 e 2 - 2012

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Vice-Presidente - PROF. DOUTOR EDUARDO VERA-CRUZ PINTO
Vogais - PROF. DOUTOR PEDRO ROMANO MARTINEZ
- PROF. DOUTOR LUÍS MORAIS
- PROF. DOUTORA ISABEL ALEXANDRE
- PROF. DOUTOR PEDRO INFANTE MOTA
- MESTRA DINAMENE DE FREITAS
- MESTRE JORGE SILVA SANTOS

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 217 984 600 — Telecópia 217 950 303

EDITOR



Coimbra Editora

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra
Telef. (+351) 239 852 650
Fax (+351) 239 852 651
www.coimbraeditora.pt
editorial@coimbraeditora.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA

Coimbra Editora, S.A.
Ladeira da Paula, 10
3040-574 Coimbra

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Dezembro de 2014

	Págs.
I Doutrina	
<i>António José Avelãs Nunes</i> — Uma tentativa de compreender a crise à luz do marxismo	11
<i>Ana Vaz Geraldês</i> — Ciberterrorismo: cenário de materialização... ..	41
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — As ruínas da Universidade em Portugal e a Faculdade de Direito na Nova Universidade de Lisboa: uma janela para o futuro.....	95
<i>Fernando Macedo</i> — A denúncia de factos verdadeiros e de interesse público sobrepõe-se ao direito à honra dos agentes públicos	109
II Trabalhos de alunos	
<i>Ana Isabel Serra Calmeiro</i> — Da Natureza do Direito do locatário	121
<i>Natacha Reis Branco</i> — Da (in)admissibilidade da cláusula de reserva da propriedade no mútuo financeiro	157
III Vida universitária	
<i>Jorge Miranda</i> — Sobre o governo das Universidades Públicas.....	199
<i>Jorge Miranda</i> — Marcello Caetano e a criação de uma escola de direito público... ..	217
<i>Jorge Miranda</i> — Eleições e contencioso eleitoral	219
<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação do livro de Jorge Carlos Fonseca, Cabo Verde — Constituição, Democracia, Cidadania	245
<i>Jorge Miranda</i> — Na apresentação de obra coletiva, em 15 de outubro de 2012.....	249
<i>Jorge Miranda</i> — Estado social, crise económica e jurisdição constitucional... ..	255
<i>Paulo Bonavides</i> — Medalha Jorge Miranda.....	285

	Págs.
<i>Eduardo Vera-Cruz Pinto</i> — Regulamento da medalha Prof. Jorge Miranda.....	287
— Sessão solene de entrega da “medalha Professor Doutor Jorge Miranda ao Prof. Doutor Paulo Bonavides.....	289
— Discurso de apresentação do Director da FDL Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto	
— Agradecimento do Prof. Paulo Bonavides	
<i>Conselho Académico</i> — Acta n.º 48.....	295
<i>Instituto de Cooperação Jurídica</i> — Relatório de atividades 2012.....	299
<i>Gabinete Erasmus</i> — Relatório de actividades ano lectivo 2011/2012.....	305
<i>Gabinete de Psicologia e Orientação (IOP)</i> — Síntese das atividades realizadas em 2012.....	341

ESTADO SOCIAL, CRISE ECONÓMICA E JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

JORGE MIRANDA (*)

I

1. Tal como o conceito de Constituição, o conceito de direitos fundamentais surge indissociável da ideia de Direito liberal. Daí que se carregue das duas características identificadoras da ordem liberal: a postura individualista abstrata de (no dizer de RADBRUCH) um «indivíduo sem individualidade»⁽¹⁾; e o primado da liberdade, da segurança e da propriedade, complementadas pela resistência à opressão.

Apesar de todos os direitos serem ou deverem ser (por coerência) direitos de todos, alguns (*maxime* o sufrágio) são, no século XIX, denegados aos cidadãos que não possuam determinados requisitos económicos; outros (v. g., a propriedade) aproveitam sobretudo aos que pertençam a certa classe; e outros ainda (o direito de associação, em particular de associação sindical) não é sem dificuldade que são alcançados.

Contrapostos aos direitos de liberdade são, nesse século e no século XX reivindicados (sobretudo, por movimentos de trabalhadores) e sucessivamente obtidos, direitos económicos, sociais e culturais⁽²⁾ — direitos económicos para garantia da dignidade do trabalho, direitos sociais como segurança na necessidade e direitos culturais como exigência de acesso à educação e à cultura e, em último termo, de transformação da condição operária. Nenhuma Constituição posterior

(*) Professor da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Conferência em Salvador em 14 de março de 2014.

(1) *Filosofia do Direito*, 4.^a ed. portuguesa, Coimbra, 1961, I, pág. 168.

(2) No século XIX encontram-se textos constitucionais precursores da atribuição destes direitos: a Constituição francesa de 1848 (preâmbulo e art. 23.^o) e, de certa maneira, mais modestamente, a Constituição portuguesa de 1822 (arts. 237.^o, 238.^o e 240.^o) e a Carta Constitucional (art. 145.^o, §§ 29.^o e 30.^o). E até já a Constituição francesa de 1793 falava em socorros públicos (art. 21.^o).

à primeira guerra mundial deixa de os outorgar, com maior ou menor ênfase e extensão ⁽³⁾.

A passagem para o Estado social de Direito irá reduzir ou mesmo eliminar o cunho classista que, por razões diferentes, ostentavam antes os direitos de liberdade e os direitos sociais. A transição do governo representativo clássico para a democracia representativa irá reforçar ou introduzir uma componente democrática que tenderá a fazer da liberdade tanto uma liberdade — autonomia como uma liberdade — participação ⁽⁴⁾

Por um lado, não só os direitos políticos são paulatinamente estendidos até se chegar ao sufrágio universal como os direitos económicos, sociais e culturais, ou a maior parte deles, vêm a interessar á generalidade das pessoas. Por outro lado, o modo como se adquirem, em regime liberal ou pluralista, alguns dos direitos económicos, sociais e culturais a partir do exercício da liberdade sindical, da formação de partidos, da greve e do sufrágio mostra que os direitos da liberdade se não esgotam num mero jogo de classes dominantes. A efetivação dos direitos sociais preservando as liberdades, viria, pois, a produzir nos países onde se tem verificado, um efeito pacificador e integrador.

Para o Estado social de Direito, a liberdade *possível* — e, portanto, *necessária* — do presente não pode ser sacrificada em troca de quaisquer metas, por justas que sejam, a alcançar no futuro. Há que criar *condições de liberdade* — de liberdade *de facto*, e não só *jurídica*; mas a sua criação e a sua difusão

⁽³⁾ Sobre esta evolução, cfr., por exemplo, PASSERIN D'ENTRÈVES, *La Dottrina dello Stato*, 2.^a ed., Turim, 1967, págs. 281 e segs.; JORGE MIRANDA, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, págs. 70 e segs.; ERNST FORSTHOFF, *Der Staat der Industriegesellschaft*, trad. castelhana *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975, págs. 249 e segs.; VITAL MOREIRA, *A ordem jurídica do capitalismo*, Coimbra, 1973, págs. 145 e segs.; AMÂNCIO FERREIRA, *A conquista dos direitos sociais*, in *Fronteira*, n.º 5, Janeiro-Março de 1979, págs. 83 e segs.; JOSÉ VILAS NOGUEIRA, *Igualdad jurídica y Desigualdad económica en el Estado capitalista: los derechos sociales*, in *Revista de Estudios Políticos*, n.º 14, Março-Abril de 1980, págs. 11 e segs.; GÉRARD MARCOU, *Réflexions sur l'origine et l'évolution des droits de l'homme*, in *Service Public et Libertés — Mélanges offerts au Professeur Robert-Édouard Charlier*, obra coletiva, Paris, 1981, págs. 635 e segs.; *The Development of Welfare States in Europe and America*, obra coletiva, ed. por Peter Flora e Arnold J. Heidenheimer, New Brunswick e Londres, 1984; WOLFGANG ABENDROTH, ERNST FORSTHOFF e KARL DOERING, *El Estado Social*, trad., Madrid, 1986; JORGE NOVAIS, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1987, págs. 213 e segs.; *Les droits de l'homme à l'aube les XXème siècle*, obra coletiva, Consul la Europe, Estrasburg, 1993; PAULO OTERO, *Introdução ao Estado de Direito*, 1, Lisboa, 1998, págs. 233 e segs.; NIKLAS LUHMANN, *Politische Theorie im Wohlfahrtstaat*, 1981, trad. *Teoria Política del Estado de Bien Estar*, Madrid, 1993, reimpressão de 2002; PAULO BONAVIDES, *Do Estado liberal ao Estado social*, 9.^a ed., São Paulo, 2009, págs. 182 e segs.

⁽⁴⁾ Fecando-se, assim, o ciclo correspondente à contraposição de BENJAMIN CONSTANT entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos (*De la liberté des anciens comparée à celle des modernes*, 1815, e in *Cours de Politique Constitutionnelle*, IV, Paris, 1820, págs. 238 e segs.).

somente têm sentido em *regime de liberdade*. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade — civil ou política — de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acederem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos ⁽⁵⁾.

O resultado almejado há-de ser uma *liberdade igual para todos*, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade ⁽⁶⁾; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e suscetível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto.

2. Nos direitos de liberdade, parte-se da ideia de que as pessoas, só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes. Nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de situações de necessidade e de desigualdades de facto — umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (económicos, sociais, geográficos, etc.) — e da vontade de as vencer para estabelecer uma relação solidária entre todos os membros da mesma comunidade política.

A existência das pessoas é afetada tanto por uns como por outros direitos. Mas em planos diversos: com os direitos de liberdade, é a sua esfera de auto-determinação e expansão que fica assegurada, com os direitos sociais é o desenvolvimento de todas as suas potencialidades que se pretende alcançar; com os primeiros, é a vida imediata que se defende do arbítrio do poder, com os segundos é a esperança numa vida melhor que se afirma; com uns, é a liberdade atual que se garante, com os outros é uma liberdade mais ampla e efetiva que se começa a realizar.

Os direitos de liberdade são direitos de *libertação do poder* e, simultaneamente, *direitos à proteção* do poder contra outros poderes (como se vê, quanto mais não seja, nas garantias de intervenção do juiz no domínio das ameaças à liberdade física por autoridades administrativas). Os direitos sociais são *direitos de libertação da necessidade* e, ao mesmo tempo, *direitos de promoção e de*

⁽⁵⁾ Na sociedade supercomplexa de hoje, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente a sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais e os concernentes à liberdade política (MARCELO NEVES, *A constitucionalização simbólica*, 2.^a ed., São Paulo, 2007, pág. 78).

⁽⁶⁾ Cfr., por exemplo, JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971, *Uma teoria de Justiça*, trad., Brasília, 1981, págs. 159 e segs., *maxime* 232-233.

inclusão. O escopo irreduzível daqueles é a limitação jurídica do poder ⁽⁷⁾, o destes é a organização da solidariedade ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾.

Liberdade e libertação não se separam, pois; entrecruzam-se e completam-se; a unidade da pessoa não pode ser truncada por causa de direitos destinados a servi-la; e também a unidade do sistema jurídico ⁽¹⁰⁾ impõe a harmonização constante dos direitos da mesma pessoa e de todas as pessoas.

Indissociáveis, pois, uns dos outros, direitos de liberdade e direitos sociais inserem-se numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica como um todo ⁽¹¹⁾.

Este o postulado de base. Não obstante, há diferenças de estrutura, de realização e, conseqüentemente, de regimes que não podem ser obnubilados.

3. Os direitos de liberdade e os direitos sociais distinguem-se não apenas pelos diversos significados e funções jusfundamentais que envolvem (como acaba de se sublinhar) mas também pela sua estrutura, pelo modo como são consignados e pelas condições de efetivação. O que não se justificaria seria empolar a distinção, vendo-os como compartimentos estanques, ou, ao invés, tender a apagá-la ou a desvalorizá-la, mesmo se se descobrem elementos reais de aproximação.

⁽⁷⁾ Assim, JELLINEK, *La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, trad., Paris, 1902.

⁽⁸⁾ Cfr. a noção de *status positivus socialis*, por exemplo, em INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 10.^a ed., Porto Alegre, 2009, págs. 282 e segs.

⁽⁹⁾ De uma solidariedade que implica também uma cadeia de gerações — passadas, presentes e futuras. Cfr. PETER HÄBERLE, *L'État Constitutionnel*, trad., Paris, 2004, pág. 143.

⁽¹⁰⁾ Cfr. GEORGES VLACHOS, *La structure des droits de l'homme et le problème de leur réglementation en régime pluraliste*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1972, págs. 310 e segs.

⁽¹¹⁾ Cfr. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Coimbra, 2004, pág. 403; ISABEL MOREIRA, *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa*, Coimbra, 2007; RUI MEDEIROS, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre unidade e diversidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, obra coletiva, I, 2010, pág. 658; ou LUÍSA CRISTINA PINTO E. NETTO, *Por uma compreensão sistémica e unitária dos direitos fundamentais*, in *Direito Constitucional — Em homenagem a Jorge Miranda*, obra coletiva (coord. HELENA TELINO NEVES GODINHO e RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIÚZA), Belo Horizonte, 2011, págs. 259 e segs.

Numa postura radical, pondo em causa a dicotomia, VASCO PEREIRA DA SILVA, *A cultura a que temos direito — Direitos fundamentais e cultura*, Coimbra, 2007, págs. 135 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais*, Coimbra, 2010; ANDRÉ SALGADO DE MATOS, *O direito ao ensino. Contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, obra coletiva, III, Coimbra, 2010, págs. 393 e segs., maxime 411 e segs.

A diferença básica reside em que os direitos de liberdade são direitos de agir e os direitos sociais direitos de exigir. Mais precisamente: as liberdades têm como contrapartida uma atitude de respeito e de não interferência por parte de outrem e os direitos sociais traduzem-se, no seu cerne, na pretensão de prestações normativas e materiais ou fáticas.

Ou, retomando JELLINEK⁽¹²⁾, as liberdades são, no essencial, direitos negativos, ainda quando possam compreender vertentes positivas, e os direitos sociais direitos positivos, ainda quando, por seu turno, possam abarcar ou ser acompanhados de exigências de respeito e não intervenção. Mas, quer uns quer outros — e esta vem a ser a nota que tem de ser, ao mesmo tempo, posta em foco — acompanhados de deveres de proteção do Estado⁽¹³⁾.

Pode e deve falar-se, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pode converter-se quer em abstenções quer em ações do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada⁽¹⁴⁾ — mas nunca em substituição da ação ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afetar o seu ser. E é fundamentalmente neste sentido de respeito e preservação da personalidade e da capacidade de ação das pessoas que se justifica ainda dizer que as diferentes liberdades se salvaguardarão ou se efetivarão tanto mais quanto menor for a intervenção do

⁽¹²⁾ *System der subjektiven öffentlichen rechts*, 1882, trad. Italiana *Sistema dei Diritti Pubblici Subbietivi*, Milão, 1912, págs. 96 e segs.

⁽¹³⁾ Cfr. J. J. GOMES CANOTILHO, *Omissões normativas e deveres e protecção do Estado*, in *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, obra coletiva, II, Coimbra, 2001, págs. 111 e segs.; JORGE PEREIRA DA SILVA, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa, 2003, *maxime* págs. 37 e segs.; RUI MACHETE, *A legitimidade activa dos particulares e a subjectivação das normas administrativas*, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, 86, Março-Abril de 2011, pág. 21. Cfr. ROBERT ALEXY, *op. cit.*, págs. 435 e segs.; VIEIRA DE ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Coimbra, 2012, págs. 256 e segs.

Sobre a protecção penal, cfr. MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, *Constituição e Crime*, Porto, 1995; LUIZ REGIS PRADO, *Bem jurídico-penal e Constituição*, São Paulo, 1996; MARIA FERNANDA PALMA, *Constituição e Direito Penal*, in *Perspectivas Constitucionais*, obra coletiva (org. de Jorge Miranda), II, Coimbra, 1997, pág. 227, e, mais amplamente, *Direito Constitucional Penal*, Coimbra, 2006.

⁽¹⁴⁾ Cfr. GEORGES VLACHOS, *op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 315: já não é um dever abstrato de abstenção negativa sistemática que determina a essência do Direito do Homem e, designadamente, do direito individual; é a obrigação que decorre — para o Estado como para os grupos ou os particulares — da ideia de não alienação da personalidade e que gera, consoante os casos, tanto um dever de não fazer como uma injunção de agir, concreta e eficazmente, para salvaguardar a liberdade do homem.

Estado, ao passo que os direitos sociais poderão ser tanto mais efetivados quanto maior ela vier a ser.

Uma atitude geral de respeito obriga tanto as entidades públicas como ainda, em certos casos e em certas condições — defini-las vem a ser um dos mais difíceis problemas do Direito constitucional contemporâneo — as entidades privadas (art. 18.º, n.º 1, *in fine*, da Constituição portuguesa). Porque o respeito da liberdade de todos os membros da comunidade política tem que ver não somente com as entidades públicas como também com todos esses membros, uns perante os outros, pelo menos quando haja relações de desigualdade ou de dependência, importa que uns respeitem a personalidade dos outros para que possam todos conviver.

Em segundo lugar, os direitos de liberdade têm um conteúdo essencialmente determinado ou determinável ao nível de normas constitucionais e os direitos sociais têm um conteúdo determinado, em maior ou menor medida, por opção do legislador ordinário⁽¹⁵⁾ ⁽¹⁶⁾. Donde, uma mais vincada *densidade constitucional* dos primeiros do que dos segundos, não obstante serem sempre apuráveis o lugar, a projeção e o sentido de cada direito social, pelo menos em face das incumbências correspondentes prescritas na Constituição⁽¹⁷⁾.

Ou, doutro prisma, os direitos de liberdade constam de normas constitucionais precativas e, quase todos, de normas precativas exequíveis por si mesmas (ao contrário de muitos dos direitos de defesa e de direitos de participação política). Os direitos sociais constam de normas programáticas⁽¹⁸⁾.

Nem é só pela natureza das coisas que a margem de decisão do legislador frente aos direitos de liberdade se oferece mais restrita do que perante os direi-

⁽¹⁵⁾ VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, págs. 172 e segs., *maxime* 176. Cfr., próximos, MANUEL AFONSO VAZ, *Lei e reserva da lei*, Porto, 1992, págs. 370 e segs.; J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito ...*, cit., pág. 401; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 292 e segs., *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 2010, págs. 133 e segs.; *Direitos sociais*, cit., págs. 141 e segs.; JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, II, págs. 237 e segs.

Mas, cfr. ainda a visão crítica de ISABEL MOREIRA, *A solução ...*, cit., págs. 186 e segs.

⁽¹⁶⁾ Sem olvidar a anterioridade de matriz histórica e a maior elaboração conceitual dos direitos de liberdade. Cfr. LÍVIA MARIA SANTANA E SANT'ANA VAZ, *Notas sobre a aplicabilidade e a eficácia das normas constitucionais de direitos sociais*, in *O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses — Aspectos relevantes*, obra coletiva (org. de Jorge Miranda e Bleine Caúla), Curitiba, 2011, pág. 109.

⁽¹⁷⁾ De resto, a respeito destes ou daqueles direitos, pode haver graus variáveis de determinabilidade das normas que contemplem: cfr. JORGE MIRANDA, *Pensões no sector bancário e direito à segurança social*, in *Jurisprudência Constitucional*, 7, Julho-Setembro de 2005, pág. 14.

⁽¹⁸⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, II, 7.ª ed., Coimbra, 2013, págs. 298 e segs.

tos sociais. Há, outrossim, uma razão política: a coerência com os princípios democráticos pluralistas. Em Estado social de Direito, as normas constitucionais sobre direitos sociais têm de propiciar, no limite da sua força jurídica e do conteúdo essencial dos direitos, a suficiente abertura a diferentes manifestações de vontade popular através de voto⁽¹⁹⁾.

Em terceiro lugar, a efetivação das liberdades depende sobretudo de condições socioculturais e institucionais. Condições socioculturais: o sentido cívico dominante na comunidade. Condições institucionais: a segurança (arts. 27.º, n.º 1, e 272.º, n.º 1, da Constituição portuguesa), a legalidade democrática [arts. 3.º, n.º 2, 199.º, alínea *f*), 202.º, n.º 2, 219.º, n.º 1, 272.º, n.º 1], a ordem constitucional democrática (art. 19.º, n.º 2) (⁽²⁰⁾) e o aparelho judiciário (arts. 202.º e segs.). Já a efetivação dos direitos sociais depende ainda, e mais que tudo, de condições económicas e financeiras. O Estado *garante* os direitos e liberdades fundamentais e *promove* a efetivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais mediante a transformação e a modernização das estruturas económicas e sociais [art. 9.º, alíneas *b*) e *d*), *in fine*].

Acrescente-se que os direitos de liberdade — bem como as garantias e os direitos políticos — são apenas, por definição, observados ou plenamente observados em regime político liberal ou pluralista, que é, insistá-se, o subjacente ao Estado social de Direito. Eles constituem padrões e princípios do Estado de Direito democrático (Constituição portuguesa) ou do Estado democrático de Direito (Constituição brasileira). Os direitos sociais, pelo contrário, como não menos se sabe, eram os direitos preferenciais em Estado marxista-leninista. Os direitos de liberdade podem existir em países em desenvolvimento, os direitos sociais não têm aí condições de efetivação.

4. Dito isto, tão incontornáveis como as diferenças são as manifestações de vertente positiva nos direitos de liberdade e de vertente negativa nos direitos sociais:

- a) Quanto a algumas liberdades, exigem-se prestações positivas ou ajudas materiais, sem as quais se frustra o seu exercício ou o seu exercício por todos os cidadãos e todos os grupos: assim, com a liberdade de imprensa, que implica o assegurar pela lei dos meios necessários à salvaguarda da sua independência perante os poderes político e econó-

(19) Cfr. EDUARDO CORREIA BAPTISTA, *Os direitos de reunião e de manifestação no Direito português*, Lisboa, 2006, págs. 93 e segs.; ou JAMES SPIEGEMANTAL, *The forgothen freedom: freedom from fear*, in *International Comparative Law Quarterly*, 2010, págs. 543 e segs.

(20) Todos têm direito a que reine uma ordem capaz de tornar plenamente efetivos os direitos e as liberdades (art. 28.º da Declaração Universal).

mico e a possibilidade de expressão e confronto das diversas correntes de opinião nos meios de comunicação social do setor público; com a liberdade religiosa; com o direito de manifestação; com a liberdade de propaganda eleitoral, associada à igualdade das diversas candidaturas e à imparcialidade das entidades públicas.

- b) A vertente negativa nos direitos sociais manifesta-se nos seguintes pontos:
- as prestações que lhes correspondem não podem ser impostas às pessoas contra a sua vontade, salvo quando envolvam deveres e, mesmo aqui, com certos limites (v. g., tratamentos médicos ou frequência de escolas);
 - quando a Constituição institua formas de participação, não pode ser impedido o seu desenvolvimento;
 - é vedado ao poder público restringir o acesso aos direitos sociais constitucional ou legalmente garantidos, por meio de medidas arbitrárias; e, evidentemente, lesar os bens ou os interesses jusfundamentais que lhes correspondem (v. g., o ambiente ou o património cultural).
- c) Há não poucos direitos de liberdade, ou direitos, liberdades e garantias, com conteúdo menos determinado na Constituição por as respetivas normas não serem exequíveis por si mesmas: assim, as garantias concernentes à utilização de informática, o direito de acesso à rádio e à televisão, a escusa de consciência, a liberdade de manifestação, o direito de sufrágio, o direito de ação popular, o direito de gestão democrática das escolas.
- d) O conteúdo dos direitos sociais fica determinável através do estabelecimento das incumbências ou tarefas do Estado para a sua concretização: assim, quanto aos direitos dos trabalhadores, ao direito à segurança social, ao direito à proteção da saúde, ao direito à habitação ou à moradia, ao direito ao ensino.
- e) Todos os direitos fundamentais envolvem para o Estado, imediata ou mediamente, custos, conquanto sejam patentes as diferenças entre os custos financeiros correspondentes aos deveres de proteção das liberdades e garantias, sobretudo das judiciárias e das prestações e serviços exigidos pelos direitos sociais ⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. FLÁVIO GALDINO, *O custo dos direitos*, in *Legitimação dos direitos humanos*, obra coletiva (org. Ricardo Lobo Torres), Rio de Janeiro, 2002, págs. 139 e segs., *maxime* 173 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios ...*, cit., pág. 296 e *Direitos sociais*, cit., págs. 93 e segs., 110.

f) A interconexão de liberdades e direitos sociais afigura-se óbvia quer no processo histórico da sua formulação, quer no momento atual de exercício e efetivação. A liberdade sindical e o direito à greve são instrumentos de defesa dos direitos dos trabalhadores. Há garantias ao serviço de direitos sociais: assim, o direito à segurança no emprego em relação ao direito ao trabalho, e, em geral, também funcionam como tais certos direitos específicos de participação. Em contrapartida, a efetivação dos direitos sociais propicia a realização das liberdades ou de certas liberdades: se se assegura, por exemplo, o ensino básico universal, obrigatório e gratuito ou a educação permanente [art. 74.º, n.º 2, alíneas *a*) e *c*)], é para que todos possam usufruir da liberdade de aprender (art. 43.º) e da liberdade de criação cultural (art. 42.º). Finalmente, não faltam casos de harmonização: por exemplo, o direito ao trabalho não pode ser efetivado com privação da liberdade de profissão (art. 47.º).

II

1. A transparência dos procedimentos legislativos, a eficácia da Administração⁽²²⁾, o diálogo com as instituições particulares de solidariedade social e com as empresas, o célere funcionamento das instituições judiciárias, a real responsabilidade do Estado e dos seus agentes — política, financeira, civil e criminal — e a contenção das pulsões corporativistas mostram-se indispensáveis para a cabal efetivação dos direitos sociais. Todavia, são os condicionalismos

111, 117 e 119; PAULO MOTA PINTO, *Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, in *Themis*, 2006, 30 anos da Constituição portuguesa, pág. 205; PAULO OTERO, *Instituições políticas e constitucionais*, I, Coimbra, 2007, págs. 539 e 540; JOSÉ CASALTA NABAIS, *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*, in *Por uma liberdade com responsabilidade*, Coimbra, 2007, págs. 163 e segs., *maxime* 177-178.

JOSÉ CASALTA NABAIS sustenta que enquanto os direitos sociais têm por suporte fundamentalmente *custos financeiros públicos diretos* visíveis a olho nu, os clássicos direitos e liberdades assentam sobretudo em *custos financeiros públicos indiretos* cuja visibilidade é muito diminuta ou mesmo nula. “Na verdade, os custos dos direitos sociais concretizam-se em despesas públicas com imediata expressão na esfera de cada um dos seus titulares, uma esfera que assim se amplia na exata medida dessas despesas. Uma individualização que toma tais custos particularmente visíveis tanto do ponto de vista de quem os suporta, isto é, do ponto de vista do Estado, ou melhor dos contribuintes, como do ponto de vista de quem deles beneficia, isto é, do ponto de vista dos titulares dos direitos sociais. Já os custos dos clássicos direitos e liberdades se materializam em despesas do Estado com a sua realização e proteção, ou seja, em despesas com os serviços públicos adstritos basicamente à produção de bens públicos em sentido estrito”.

⁽²²⁾ Cfr. SUZANA TAVARES DA SILVA, *O princípio fundamental da eficiência*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2010, págs. 519 e segs.

económicos e económico-financeiros os que mais avultam e o Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais liga a progressiva efetivação dos direitos aos recursos disponíveis — ao “máximo de recursos disponíveis” (art. 2.º, n.º 1, já citado).

Fala-se aqui no ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível⁽²³⁾, na subordinação da efetividade concreta a uma *reserva do possível*⁽²⁴⁾, na reserva financeira do possível ou do financiamento possível⁽²⁵⁾, num princípio de sustentabilidade⁽²⁶⁾ ou no caráter de direitos *quantitativos*, como *direitos de medida*⁽²⁷⁾.

A apreciação dos fatores económicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos cabe aos órgãos políticos e legislativos — não aos da Administração, nem aos tribunais. Não corresponde a uma simples operação hermenêutica, mas a um confronto complexo das normas com a realidade circundante.

De resto, sendo abundantes as normas e escassos os recursos, dessa apreciação poderá resultar a conveniência de estabelecer diferentes tempos, graus e modos de efetivação dos direitos. Se nem todos os direitos económicos, sociais e culturais puderem ser tornados plenamente operativos em certo momento ou para todas as pessoas, então haverá que determinar com que prioridade e em que medida o deverão ser. O contrário redundaria na inutilização dos comandos constitucionais: querer fazer tudo ao mesmo tempo e nada conseguir fazer.

Seja como for, o conteúdo essencial de todos os direitos deverá sempre ser assegurado, e só o que estiver para além dele poderá deixar ou não de o ser em função do juízo que o legislador vier a emitir sobre a sua maior ou menor relevância dentro do sistema constitucional e sobre as suas condições de efetivação.

2. Quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais programáticas (como são quase todas as pertinentes a direitos sociais) por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão. Assim o exige a própria

⁽²³⁾ JEAN RIVERO, *Les droits de l'homme, catégorie juridique?*, in *Perspectivas del Derecho Publico en la segunda mitad del siglo XX*, obra coletiva, III, pág. 32.

⁽²⁴⁾ J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pág. 365; INGO WOLFGANG SARLET, *op.cit.*, págs. 284 e segs.

⁽²⁵⁾ GILBERTO COGO LEIVAS, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre, 2006, págs. 99 e segs.; JORGE REIS NOVAIS, *Direitos sociais*, cit., págs. 87 e segs.

⁽²⁶⁾ JOÃO CARLOS LOUREIRO, *Adeus ao Estado social?*, Coimbra, 2010, págs. 128 e segs. e 261 e segs.

⁽²⁷⁾ CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, pág. 305.

força normativa da Constituição e nisto consiste o princípio da proibição do retrocesso ⁽²⁸⁾.

Não se visa com isso revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias constitucionais. Essas normas continuam modificáveis como quaisquer outras normas ordinárias, sujeitas a controlo da constitucionalidade e passíveis de caducidade em caso de revisão constitucional, sem prejuízo de limites materiais (porque os direitos sociais são também limites materiais ou cláusulas pétreas, mesmo se apenas implicitamente) ⁽²⁹⁾. Nem sequer vêm a prevalecer sobre outras normas ordinárias; como tais, nenhuma consistência específica adquirem.

O que se pretende é, na vigência de certas normas constitucionais, impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema. O legislador, de acordo com os critérios provenientes do eleitorado, pode adotar outros modos e conteúdos de concretização. Nada obriga, por exemplo, a que um serviço ou sistema nacional de saúde, um sistema de segurança social ou um sistema de ensino tenham de obedecer sempre aos mesmos paradigmas: podem ser, ora mais centralizados ora mais descentralizados, ora mais socializantes ora mais liberalizantes. O que não pode é o legislador deixar de prever e organizar tal serviço e tal sistema.

3. Poderá então falar-se num estado de necessidade ou de exceção económico-financeira paralelo ao estado de sítio, ao estado de defesa ou ao estado de emergência? Para responder importa ter presentes alguns dados de experiência histórico-comparativa e de teoria constitucional ⁽³⁰⁾.

Com efeito, em todas as épocas e em quaisquer Estados podem ocorrer e têm ocorrido situações de exceção ou de necessidade, resultantes de perturbações de maior ou menor vulto, de origem interna ou externa. Em tais circunstâncias têm de ser adotadas formas de organização e providências também de carácter excecional com grande variedade de soluções (desde a ditadura romana ao *Riot Act* inglês de 1714, ao *état de siège* da Revolução francesa, ao *Notrecht* do art. 48.º da Constituição de Weimar, aos poderes extraordinários do art. 16.º da Constituição francesa de 1958, etc.).

⁽²⁸⁾ Sobre a discussão acerca deste princípio, v. os Autores citados em JORGE MIRANDA, *Manual ...*, IV, 5.ª ed., Coimbra, 2012, págs. 485 e segs.

⁽²⁹⁾ Porque, em Estado social de Direito, tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais são limites materiais de revisão, pelo menos implicitamente. Sobre a temática destes limites, v. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, II, cit., págs. 221 e segs. e Autores citados.

⁽³⁰⁾ Cfr. JORGE MIRANDA, *Manual ...*, IV, cit., págs. 429 e segs

À luz da experiência histórico-comparativa e da teoria constitucional, não custa fazer algumas verificações:

- 1.º) As formas de organização e as providências para tempo de exceção e de crise decorrem diretamente da Constituição, escrita ou não, não ficam à sua margem; não existem senão na medida em que dela decorrem; são meios de garantia, não de rutura.
- 2.º) Tais formas de organização e tais providências são solidárias com a ideia de Direito vertida em cada Constituição, a dois títulos — por um lado, por terem de ser coerentes com essa ideia, com o modo como aí se estrutura o poder, com as demais instituições políticas, e, por outro lado, por, em última análise, se destinarem a preservar não só o Estado mas também o regime político vigente.
- 3.º) *Salus populi suprema lex* — todavia, sempre de acordo com certo princípio de legitimidade, sempre utilizando determinadas formas jurídicas e sempre tendo em vista o restabelecimento da normalidade.
- 4.º) Não há, em cada Estado, duas Constituições aparelhadas — uma Constituição da normalidade e uma Constituição da necessidade; há uma só Constituição, assente nos mesmos princípios e valores, embora com regras adequadas à diversidade de situações.
- 5.º) A chamada suspensão da Constituição em estado de necessidade apenas pode ser parcial, traduzindo-se na aplicação — na medida das exigências desse estado — das normas previstas para o efeito, em vez das normas previstas para tempo de normalidade; para lá de uma vicissitude constitucional, trata-se de um específico fenómeno de aplicação de normas em circunstâncias diversas.
- 6.º) No Estado constitucional, representativo ou de Direito, a extensão e a intensificação da normatividade acompanham-se da extensão e da intensificação das regras sobre situações de necessidade; o alargamento e o rigor do estatuto jurídico do Estado envolvem o rigor e o alargamento do estatuto jurídico das situações de necessidade.
- 7.º) Uma Constituição normativa acentua o carácter excecional das situações de necessidade, mas, ao mesmo tempo, assume-as plenamente, sujeita-as ao seu império, ajusta os mecanismos de controlo do poder a essas circunstâncias.
- 8.º) Num regime político baseado no respeito dos direitos fundamentais, o estatuto das situações de necessidade centra-se na salvaguarda desses mesmos direitos e liberdades — se não pode deixar de admitir a sua suspensão, fá-lo na observância de precisos formalismos e com acrescidas garantias; pelo contrário, um regime totalitário ou autoritário não carecerá de recorrer a providências de suspensão, salvo no limite (porque aí já em época de normalidade se vive em permanente compressão das liberdades).

9.º) Mais ainda: certos direitos (como os que constam do art. 19.º, n.º 6 da Constituição portuguesa) — os direitos à vida, à integridade pessoal e outros, fundamentais entre os fundamentais — nem sequer, em caso algum, podem ser suspensos.

4. Até agora essas respostas institucionais a situações de necessidade têm sido previstas relativamente a direitos de liberdade e a garantias individuais. Não conheço nenhuma Constituição que contemple uma figura análoga ou homóloga para os direitos sociais, e assim também no Brasil e em Portugal.

Pode suspender-se a liberdade de manifestação ou a de locomoção, o *habeas corpus* ou o *habeas data*. Não se enxerga como possa suspender-se qualquer dos direitos enunciados no art. 6.º da Constituição brasileira ou nos arts. 59.º e segs. da Constituição portuguesa, como os direitos ao trabalho, à educação, à proteção da saúde ou à moradia⁽³¹⁾.

Podem, eventualmente, ser suspensas, ou restringidas correspondentes incumbências do Estado (por exemplo, o montante das receitas destinadas a efetivar esses direitos, o controlo dos produtos ou substâncias de interesse para a saúde, a gratuitidade do ensino público ou a oferta de ensino noturno regular). Mas, na ausência de norma constitucional a admiti-lo, um qualquer estado de exceção económico-social está excluído por coerência com os princípios do Estado de Direito. Uma única hipótese é plausível, embora decorrente de declaração de estado de sítio: se há, porventura, um ataque do exterior ou uma grave subversão da ordem constitucional, também o Estado poderá não poder cumprir as suas obrigações ligadas aos direitos sociais.

De qualquer forma, mesmo que se tenha (ou tivesse) de aceitar tal suspensão, sempre teria de ser assegurado um conteúdo mínimo de direitos e o mínimo material de subsistência imposto pela dignidade da pessoa humana⁽³²⁾ e têm de

⁽³¹⁾ Cfr. HARRY E. GROVES, *Les pouvoirs d'exception*, in *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, III, n.º 2, 2.º semestre de 1961, págs. 16 e segs.; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, *A disciplina constitucional das crises económicas e financeiras*, in *Revista de Informação Legislativa*, n.º 108, Outubro-Dezembro de 1990, págs. 33 e segs.; ROBERT ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986, trad. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pág. 496; JORGE BACELAR GOUVEIA, *O estado de excepção no Direito Constitucional*, I, Lisboa, 1998, págs. 723 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS e SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Estado pós-moderno e a linguagem do tributo*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3965, novembro-dezembro de 2010, págs. 84 e 85; OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO, *O estado de necessidade económico-financeira e o impacto sobre os direitos fundamentais*, Lisboa, 2012.

⁽³²⁾ ROBERT ALEXY, *op. cit.*, pág. 496: é justamente em tempos de crise que parece indispensável uma proteção jusfundamental das posições sociais por mínima que seja.

Cfr. também, entre tantos, RICARDO LOBO TORRES, *A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*, in *Direitos Fundamentais sociais: Estudos de Direito Constitucional*, Inter-

ser observados os princípios da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade inerentes ao Estado democrático de Direito⁽³³⁾.

De qualquer forma, mesmo em tempo de crise, torna-se indispensável uma tutela jurisprudencial dos direitos sociais por pequena que seja.

III

1. A passagem dos direitos sociais das Constituições para a prática foi ocorrendo, nos últimos cem anos, em ondas sucessivas e, em alguns casos, com refluxos⁽³⁴⁾.

Na Europa, a sua época de ouro vai desde 1945 até aos anos 80 ou 90, com abonos familiares, segurança social abrangendo todas as vicissitudes das vidas das pessoas, serviço nacional de saúde geral e gratuito ou tendencialmente gratuito, garantia de acesso de todos aos graus mais elevados do ensino segundo as suas capacidades e independentemente das condições económicas, políticas de pleno emprego, extensão aos estrangeiros, etc. Alude-se, com frequência, a um modelo social europeu. Na realidade, ele toma configurações diversas em virtude de fatores variáveis; melhor será considerar um modelo nórdico, um modelo britânico, um modelo francês, um modelo da Europa central, um modelo da Europa meridional.

nacional e Comparado (org. de INGO WOLFGANG SARLET), obra coletiva, Rio de Janeiro, 2003, págs. 1 e segs.; ou VIEIRA DE ANDRADE, *O "direito ao mínimo de existência condigna" como direito fundamental a prestações positivas*, in *Jurisprudência Constitucional*, 2004, págs. 4 e segs.

⁽³³⁾ Cfr., em sentido próximo, J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pág. 131.

⁽³⁴⁾ Sobre a evolução do Estado no século XX, por exemplo, v. JOHN KENNETH GALBRAITH, *The New Industrial State*, Nova Iorque, 1967 (há tradução portuguesa); ROGÉRIO SOARES, *Direito Público e Sociedade Técnica*, Coimbra, 1969; WOLFGANG ABENDROTH, *Antagonistische Gesellschaft und Politische Demokratie*, 1967, trad. castelhana *Sociedad antagonica y democracia política*, Barcelona-México, 1973; ERNST FORSTHOFF, *Der Staat der Gesellschaft*, trad. castelhana *El Estado de la Sociedad Industrial*, Madrid, 1975; GEORGES BURDEAU, *Traité de Science Politique*, VII, 2.^a ed., 1972, e X, 1977; MANUEL GARCIA PELAYO, *Las transformaciones del Estado Contemporaneo*, Madrid, 1977; NICOS POULANTZAS, *L'État, le Pouvoir, le Socialisme*, Paris, 1978; NIKLAS LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, trad., Nápoles, 1978; NORBERTO BOBBIO, *Contratto sociale, oggi*, Nápoles, 1980; o vol. 7, n.º 2, de 1986, da *International Political Science Review*; SILVÉRIO DA ROCHA E CUNHA, *Estado, consenso, legitimidade e os paradoxos da modernidade*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987, págs. 110 e 135 e segs.; ERIC HOBBSBAWM, *Age of Extremes — The Short Twentieth Century 1914-1991*, 1994, trad. Portuguesa *A Era dos Extremos — História Breve do Século XX — 1914-1921*, Coimbra, 1996; REINHOLD ZIPPELIUS, *Allgemeinestaatslehre*, 3.^a ed. portuguesa *Teoria Geral do Estado*, Lisboa, 1997, págs. 462 e segs.

Fora da Europa, entre os países anglo-saxónicos ou de influência anglo-saxónica, muito nítido é o contraste entre os Estados Unidos (onde só muito recentemente se vai tentando estabelecer um sistema de saúde universal), de uma parte, e a Austrália e a Nova Zelândia, de outro lado, e de outro lado ainda, a África do Sul (onde graças ao Tribunal Constitucional, se têm conseguido alguns avanços sociais). Não menos significativas são as concretizações muito variáveis nos países da América Latina. Já em quase todos os países asiáticos e africanos são ainda tímidas as realizações de Estado social.

No tocante a Portugal, remontam à Constituição de 1933, as primeiras normas definidoras de direitos sociais, acompanhadas de instituição de previdência. Mas, em rigor, o Estado social apenas irá desenvolver-se por força e na vigência da Constituição democrática de 1976 e com apoio na jurisprudência constitucional. E algo de parecido pode afirmar-se acerca do Brasil com as Constituições de 1934 e de 1988.

2. Hoje, no início do século XXI e de um novo milénio, o panorama político-constitucional é, outra vez, de grande instabilidade, incerteza e múltiplas contradições.

Já não existem, desapareceram ou entraram em queda irreversível quase todos os regimes totalitários e autoritários e o constitucionalismo de matriz ocidental, identificado agora com a democracia representativa e pluralista e com o Estado de Direito dir-se-ia prevalecer. Todavia, não se denotam poucas as deficiências e indefinições que ostenta (ligadas ao funcionamento dos sistemas eleitorais e de partidos e às dependências dos mecanismos financeiros e dos poderes económicos). Nem é pequena a sua falta de autenticidade em numerosos países.

O capitalismo financeiro transnacional tornou-se ator privilegiado no jogo político, económico e social. Apesar de estar ligado à crise desencadeada, em setembro de 2008, pela falência do banco Lehmann Brothers, tem vindo a adquirir crescente poder e contra os “mercados” pouco êxito têm tido as políticas públicas. Verifica-se aquilo que, com propriedade, MARIO TURCHETTI⁽³⁵⁾ designa por “economização do mundo”.

À escala de toda a Humanidade crescem a degradação da natureza e do meio ambiente, os movimentos de migração do Sul para o Norte, a multiplicação de conflitos regionais ou locais com ingerências ditas humanitárias (ditadas, por vezes, por objetivos estratégicos), os fundamentalismos religiosos, as tensões étnicas, os obstáculos ao interculturalismo, a erosão de valores éticos familiares e políticos, a corrupção endémica, enfim surtos de terrorismo maciço.

(35) *Tyrannie et tyrannicide de l'Antichité à nos jours*, Paris, 2000, págs. 973 e segs.

Estamos muito longe da sociedade solidária (proclamada nas Constituições). E, mesmo nos países aparentemente mais estabilizados, as pessoas defrontam-se com aquilo que se vem denominando *sociedade de risco*. Através do sistema jurídico, o Estado havia-se tornado o principal garante da confiança em massa de que necessitava a sociedade moderna. Mas a dimensão, sem precedentes, do risco e do perigo, desgastou a credibilidade dessa confiança⁽³⁶⁾.

Não se chegou, pois, ao “fim da história” — muito longe disso; apenas se chegou ao fim de certa época ou a um momento de transição, com todas as virtualidades que, apesar de tudo, pode conter. E até um Autor como FRANCIS FUKUYAMA⁽³⁷⁾, que menciona uma “história direcional e universal rumo à democracia liberal”, reconhece que, ainda que a maioria das carruagens da caravana da história chegue eventualmente ao seu destino, não sabemos se os seus ocupantes, ao olharem em redor, não julgarão inadequadas as novas circunstâncias e “resolverão dar início a uma nova e mais distante viagem”.

3. Sobretudo, tornou-se na Europa um lugar-comum declarar a existência de uma crise ou rutura do Estado social ou mesmo um Estado pós-social⁽³⁸⁾. E, por certo, ele enfrenta quer dificuldades quer ataques sem paralelo, particularmente, embora não só nos países da periferia (Irlanda, Portugal, Espanha, Itália, Grécia, Chipre).

Tem que se reconhecer que contribuíram para a situação fatores de ordem interna:

- As demandas excessivas de grupos sociais, com a criação de uma cultura de subsidiodependência frente ao Estado e, gerando uma patologia de direitos ou uma ampliação de prestações tão egoístas como a provocada pela mentalidade privada da sociedade organizada segundo a lei da oferta e da procura⁽³⁹⁾;
- As duplicações de estruturas organizativas (ou um “Estado paralelo”), os desperdícios e as gestões incompetentes, inadequadas ou corruptas;
- O facilitismo do crédito bancário e a especulação bolsista.

(36) BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *A crítica da razão indolente — contra o desperdício da experiência*, I, Porto, 2000, págs. 165 e 169.

(37) *The end of history and the last man*, 1992, trad. portuguesa *O fim da história e o último homem*, Lisboa, 1992, págs. 324 e 325; e ainda págs. 303, 310 e segs. e 320-321.

(38) Por exemplo, em Portugal, VASCO PEREIRA DA SILVA, *Em busca do acto administrativo perdido*, Lisboa, 1995, págs. 122 e segs.; JOSÉ CASALTA NABAIS e SUZANA TAVARES DA SILVA, *O Estado pós-moderno e a figura dos tributos*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 3965, novembro-dezembro de 2010, pág. 88); LUÍS S. CABRAL DE MONCADA, *Direito Económico*, 6.^a ed., Coimbra, 2012, págs. 41 e segs.

(39) GREGORIO PECES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho — Reflexiones ante el fin del siglo*, Madrid, 1995, pág. 38.

Isto a par:

- Da baixa da natalidade e do envelhecimento das populações;
- Da proliferação de tendências desagregadoras da coesão familiar e social;
- Do domínio das correntes neoliberais, exigindo a desregulação de setores básicos da economia e privatizações sem freio;
- Do desaparecimento ou apagamento dos partidos democratas-cristãos;
- Da crise de identidade dos partidos social-democratas, socialistas e trabalhistas;
- Do aparecimento de movimentos populistas;
- Da perda de influência dos sindicatos.

Assim como ressaltam as causas externas:

- O mercado global, com penetração de produtos vindos de países com mão de obra barata e desprovida de proteção social, e levando a deslocalização de empresas para esses países;
- A concorrência desleal entre Estados no domínio dos sistemas tributários;
- Os *off shores* ou “paraísos fiscais”;
- O reavivar de egoísmos nacionais.

Tudo isto conduzindo ao aumento do desemprego e da precariedade de trabalho, ausência de expectativas da juventude, redução de prestações sociais, retorno à emigração, aumento de conflitualidade.

4. Somente uma política de crescimento sustentado e tão inovadora como foi a política do *New Deal* pode constituir uma resposta adequada. Assim como medidas corretivas e adaptações, desde a desburocratização à coordenação de serviços sociais com as autoridades independentes reguladoras das atividades económicas à luz de um princípio de eficiência; e desde a racionalização dos tipos de prestações ao aproveitamento concertado dos meios públicos e dos meios e potencialidades de grupos existentes na sociedade civil⁽⁴⁰⁾.

⁽⁴⁰⁾ A este propósito, GOMES CANOTILHO [*A governança do terceiro capitalismo e a Constituição social (Considerações preambulares)*, in *Entre Discursos e Cultura Jurídica*, obra coletiva, Coimbra, 2006] alvitra uma reinvenção do Estado social, com cooperação e comunicação entre os atores sociais mais importantes e os interesses políticos organizados, levando a um Estado cooperativo (pág. 149), não sem salientar que a garantia dos direitos sociais pressupõe uma arti-

Porque, apesar de tudo, o Estado social encontra-se bem radicado na consciência jurídica geral; e também o está a democracia representativa, só que esta precisa de ser revitalizada por formas de democracia participativa.

Mas entrar nestas reflexões excederia em muito o âmbito desta aula.

IV

1. O Tribunal Constitucional português tem sido, nos últimos três anos — anos assinalados pela crise económica e pela assistência financeira pelo Fundo Monetário Internacional, pela Comissão Europeia e pelo Banco Central Europeu — chamado a apreciar a constitucionalidade de providências legislativas que, em nome do interesse público, afetam direitos derivados de direitos sociais.

Entre todos avulta o acórdão n.º 187/2013, de 5 de abril, que teve de se ocupar de muitos e variados problemas suscitados pela lei orçamental para 2013. E importa aludir também a quatro outros bem importantes.

2. No acórdão n.º 396/2011, de 21 de setembro ⁽⁴¹⁾, estavam em causa reduções de remunerações dos servidores públicos superiores a 1.500 euros em percentagens variáveis conforme o seu montante.

O Tribunal considerou que não havia inconstitucionalidade, por inexistir um direito fundamental à não redução das remunerações; direito fundamental era o direito à remuneração. Tratava-se de uma medida transitória e dentro dos limites do sacrifício. Nem ele envolvia infração do princípio da igualdade, por não atingir todos os cidadãos, pois este princípio constitucional não poderia ser transposto automaticamente para aí.

3. Já no acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho ⁽⁴²⁾, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade das normas orçamentais que suspendiam o pagamento dos

culação do Direito com a economia progressivamente neutralizada pela expressão do mercado global (pág. 146).

Por outra parte, JOÃO CARLOS LOUREIRO (*Adeus ao Estado social*, Coimbra, 2010, págs. 40 e segs.), sublinha que tempos difíceis não significam o fim do Estado social; e que uma esperança sustentável — razoável na formulação de DANIEL INNERATY — é tarefa de todos, um “plebiscito de todos os dias”, exigindo uma “esperança democrática”.

E, mais à frente, diz: “A falência de uma compreensão obesa do Estado social — o Estado-providência — que se traduziu numa «colonização do mundo da vida» e em mecanismos de desresponsabilização das pessoas, não deve ser lida como sinónimo de *requiem* pelo Estado social. (...) Este, calejado pela maturidade do tempo, não escapa ao pós da circunstância: não ao da sua superação, mas ao do alargamento do campo de adjetivação (...) e, a par da responsabilidade de prestação, afirma-se uma responsabilidade de garantia” (págs. 108-109).

⁽⁴¹⁾ *Diário da República*, 2.ª série, de 17 de outubro de 2011.

⁽⁴²⁾ *Ibidem*, 1.ª série, de 20 de julho de 2012.

subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes ao 13.º e, ou, 14.º meses a todos que auferissem remunerações salariais de entidades públicas, bem como a todos que recebessem pensões de reforma ou de aposentação através do sistema público de segurança social, quando, num e noutra caso, de montante superior a 1.100 euros de base mensal, e estabelecia uma redação das mesmas remunerações e pensões aos que auferissem entre 600 e 1.100 euros; e essas ablações eram cumuladas com as impostas pela lei do orçamento para 2011 e teriam a vigência do programa de assistência financeira objeto do *memorando* de entendimento celebrado por Portugal com o Fundo Monetário Internacional, a União Europeia e o Banco Central Europeu.

Eram reduções bem mais pesadas do que as do ano anterior e o Tribunal entendeu que, apesar de ser admissível alguma diferenciação entre setor público e setor privado, a liberdade do legislador de recorrer ao corte das remunerações e pensões auferidas por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não podia ser ilimitada.

A igualdade jurídica era sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não estava imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tinha que ser proporcionada às razões que justificavam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva⁽⁴³⁾.

4. No acórdão n.º 187/2013⁽⁴⁴⁾, o primeiro problema versado foi o da suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente para os trabalhadores da Administração pública.

Não obstante ter sido acompanhada de um conjunto mais abrangente de medidas de carácter fiscal que afetavam a generalidade dos contribuintes, o Tri-

⁽⁴³⁾ O Tribunal, porém, invocando a execução orçamental em curso restringiu os efeitos da inconstitucionalidade, abrangendo o subsídio de Natal, o que foi altamente criticável e criticado. Cfr. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um Acórdão controverso*, in *JURISMAT*, 2013, págs. 55 e segs.

O art. 282.º, n.º 4, apenas autoriza restrições de efeitos em nome de segurança jurídica, de equidade e de excepcional interesse público para o passado. Podem ser ressalvados efeitos (e factos) passados, não efeitos que venham a produzir-se depois da publicação da declaração de inconstitucionalidade com eficácia objetiva geral. Diferir para o futuro a produção de efeitos briga com o próprio princípio da constitucionalidade.

Com certeza se o Tribunal não tivesse restringido os efeitos também ao subsídio de Natal, o Parlamento e o Governo teriam tido de encontrar, e certamente teriam encontrado, soluções para colmatar a brecha que se abriria nas suas previsões. Teria de ser feito um orçamento retificativo, mas sabe-se bem quanto frequentes são estes orçamentos.

⁽⁴⁴⁾ *Diário da República*, 1.ª série, de 22 de abril de 2013.

bunal entendeu que o seu efeito conjugado com a redução salarial prevista naquela outra disposição, desrespeitava o princípio da igualdade proporcional e da justa repartição dos encargos públicos.

Isso não só porque o tratamento diferenciado dos trabalhadores do setor público não pode continuar a justificar-se através do caráter mais eficaz das medidas de redução salarial, em detrimento de outras alternativas possíveis de contenção de custos, como também porque a sua vinculação ao interesse público não pode servir de fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores mediante a redução unilateral de salários, nem como parâmetro valorativo do princípio da igualdade por comparação com os trabalhadores do setor privado ou outros titulares de rendimento.

5. Também foi declarada inconstitucional a norma que suspendia parcialmente o pagamento do subsídio de férias de aposentados e reformados.

Sem deixar de reafirmar a natureza do direito a receber uma pensão de aposentação como manifestação do direito à segurança social do art. 63.º da Constituição, foi sobretudo pela aproximação que fez ao salário que o Tribunal acabou por concluir pela inconstitucionalidade. Tratar-se-ia, em ambos os casos, de direitos económicos, pelo que não se descortinavam razões para que as medidas suscetíveis de afetar, de forma inadmissível, qualquer desses direitos não devesse basear-se num juízo em idênticos parâmetros; e aqui, perante um direito já constituído, constituído mediante «descontos» efetuados durante toda a carreira contributiva, que é reportado ao passado como um facto já consumado.

Chegado o momento em que cessara a vida ativa e se tornara exigível o direito às prestações, o pensionista já não disporia de mecanismos de autotutela e de adaptação da sua própria conduta às novas circunstâncias, o que gerava uma situação de confiança reforçada na estabilidade da ordem jurídica e na manutenção das regras que, a seu tempo, haviam servido para definir o conteúdo do direito à pensão.

6. Diferentemente — e, a meu ver, contraditoriamente — já o Tribunal não considerou inconstitucional a chamada contribuição extraordinária de solidariedade, com taxa progressiva e que abrangia não apenas as pensões pagas por entidades públicas (Caixa Geral de Aposentações, Centro Nacional de Pensões ou quaisquer outras entidades públicas, diretamente ou por intermédio de fundos de pensões) mas ainda “todas as prestações pecuniárias vitalícias devidas a qualquer título a aposentados, reformados, pré-aposentados ou equiparados, que não estejam expressamente excluídas por disposição legal, incluindo as atribuídas no âmbito do sistema complementar, designadamente no regime público de capitalização e nos regimes complementares de iniciativa coletiva”.

Em face dos condicionalismos económicos e sociais (aumento de desemprego, redução dos salários, tendências migratórias, aumento das despesas com o apoio às situações de pobreza), não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgiriam mais atenuadas como seriam atendíveis relevantes razões de interesse público que justificavam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual.

Nem a norma suscitada se afigurava ser desproporcionada ou excessiva, tendo em consideração o seu carácter excecional e transitório e o patente esforço em graduar a medida do sacrifício exigido em função do nível de rendimentos auferidos, mediante a aplicação de taxas progressivas, e com a exclusão daqueles cuja pensão era de valor inferior a €1350, relativamente aos quais a medida poderia implicar uma maior onerosidade.

Acrescia que, em termos práticos, ela correspondia, em grande parte, a uma extensão da medida de redução salarial já aplicada aos trabalhadores do setor público em 2011 e 2012, mantida em 2013, e que o acórdão n.º 396/2011 também se não tinha considerado ser desproporcionada ou excessiva.

Mas o Tribunal reconheceu, de novo, que as pessoas na situação de reforma ou aposentação, tendo chegado ao termo da sua vida ativa e obtido o direito ao pagamento de uma pensão calculada de acordo com as quotizações que havia deduzido para o sistema de segurança social, tinham expectativas legítimas na continuidade do quadro legislativo e na manutenção da posição jurídica de que eram titulares, não lhes sendo sequer exigível que tivessem feito planos de vida alternativos em relação a um possível desenvolvimento da atuação dos poderes públicos suscetível de se repercutir na sua esfera jurídica.

Donde, a contradição. E além disso, quanto a mim, essa contribuição extraordinária de solidariedade era (e é) um verdadeiro tributo, violando-se, assim, a regra constitucional da unicidade do imposto sobre o rendimento pessoal (art. 104.º, n.º 1, da Constituição).

7. Quanto à redução das deduções à coleta (devido a despesas de saúde, de educação e de formação ou respeitante a pensões de alimentos, encargos com lares e com imóveis e equipamentos novos de energias renováveis), impugnada por não atender às necessidades dos agregados familiares [art. 67.º, n.º 1, alínea c) da Constituição], o Tribunal estimou outrossim não estarem feridas de inconstitucionalidade as normas orçamentais.

O maior grau de problematicidade situar-se-ia na redução substancial do limite das deduções à coleta nas situações em que o rendimento coletável oscilava entre €40 000 até €80 000 e na total eliminação da possibilidade de dedução nos casos em que esse rendimento fosse além deste último valor. Não poderia ignorar-se, em todo o caso, que as limitações às deduções à coleta ope-

radas pela Lei do Orçamento do Estado de 2013 ocorriam num contexto de aumento generalizado da carga fiscal.

Neste condicionalismo, podia entender-se que a adoção de soluções legislativas mais exigentes em relação a titulares de rendimentos mais elevados, no que se referia à dedução de despesas com a satisfação de necessidades básicas, como as de saúde, educação ou habitação — que esses contribuintes, em princípio, sempre estariam em condições de suportar —, podia ainda manter-se dentro dos critérios da constituição fiscal.

8. Pelo contrário, o Tribunal decidiu que era inconstitucional a contribuição sobre os subsídios de doença e de desemprego, independentemente de a encarar outrossim como tributo parafiscal, por não estar excluído que a prestação a receber ficasse, em certos casos, aquém do nível mínimo.

Pretendendo o legislador reforçar o financiamento da segurança social e contrariar o défice resultante da diminuição de receitas contributivas e do aumento de despesa com as prestações sociais, dificilmente se poderia conceber como adequada uma medida que, sem qualquer ponderação valorativa, atingia aqueles beneficiários cujas prestações estavam já reduzidas a um montante que o próprio legislador, nos termos do regime legal aplicável, considerara corresponder a um mínimo de sobrevivência para aquelas específicas situações de risco social.

Por outro lado, uma tal opção legislativa era de todo desrazoável por atingir os beneficiários que se encontravam em situação de maior vulnerabilidade por não disporem de condições para obterem rendimentos do trabalho para fazer face às necessidades vitais do seu agregado familiar, e abrangia as prestações sociais que precisamente revestiam uma função sucedânea da remuneração salarial de que o trabalhador se vira privado correspondiam, no limite, ao mínimo de assistência material que se encontrava já legalmente garantido.

9. Haviam sido impugnados, por último, os artigos da lei orçamental que contemplavam uma diferença de tratamento dos rendimentos do trabalho e das pensões e os rendimentos do capital (juros, dividendos). Não seria compatível com o princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos e com o princípio da justiça fiscal, que o legislador estabelecesse taxas aplicáveis à tributação do rendimento proveniente do trabalho e de pensões que poderiam ser superiores a 50%, enquanto que à tributação dos rendimentos de capital, se aplicava uma taxa única de 28%.

Porém, o Tribunal não teve por possível formular um juízo comparativo fiscal entre estas duas realidades tão distintas, para efeitos de retirar dessa comparação uma medida de diferença, sindicável em termos de igualdade e justiça fiscal. As taxas proporcionais, que variavam entre 14,5% e 48%,

aplicavam-se a rendimentos coletáveis divididos por escalões, enquanto que a taxa fixa, proporcional, de 28% se aplicava a todos os rendimentos (de capital e de mais-valias) independentemente do seu montante. Se simplesmente se baixasse a taxa proporcional máxima de 48% (que incidia, necessariamente, sobre o mais alto escalão de rendimento coletável) e se aumentasse a taxa proporcional fixa (liberatória ou autónoma) de 28% (que abrangia indistintamente todos os montantes de rendimento), não se obteria necessariamente uma melhor solução, em termos de maior justiça e igualdade fiscal.”

10. No acórdão n.º 474/2013, de 29 de agosto⁽⁴⁵⁾, o Tribunal Constitucional teve de analisar as normas de um diploma aparentemente destinado à requalificação dos trabalhadores em funções públicas, mas que, na realidade, como ele demonstrou, abria a porta a despedimentos, visto que, no processo de requalificação, enquanto elo inicial da cadeia de atos em que se podia inscrever a cessação da relação de emprego público, por efeito da mera redução da transferência do Estado, o legislador não individualizava, nem precisava qualquer critério densificador.

Poderia abonar-se a escolha do legislador na consideração de que os elementos normativos “redução de orçamento” e “diminuição” estariam funcionalmente orientados ao regime de reorganização e a *racionalização de efetivos*, aplicando-se-lhes a mesma *ratio* de adequação dinâmica à pluralidade de quadros situacionais, presentes e futuros, o que conduziria à adoção de conceitos indeterminados e à recusa de *fórmulas estreitas* na delimitação da discricionariedade administrativa, especialmente em domínios marcados por forte tecnicidade. Porém, aqui o problema não se mediria por aquilo que esses conceitos valiam para a *racionalização de efetivos*, em si mesma, antes pela *consequência* que o legislador lhe associava na subsistência da relação de emprego público. Ou seja, a medida da precisão normativa relevante encontrava-se na previsão de uma *causa objetiva* de despedimento e no conceito constitucional de *justa causa*, bem como na aptidão normativa ao seu controlo, e não na densidade normativa requerida pela afetação *menor* que a requalificação, enquanto instrumento de mobilidade funcional, encerrava.

Nem se vislumbraria como poderiam os tribunais, chamados a dirimir conflitos sobre a legalidade da conduta da Administração Pública na determinação de abertura de procedimento de requalificação, na ausência de critérios seguros de decisão na lei, proceder a esse controlo. Em especial, a decisão de restrição orçamental, subtraída ao controlo judicial porque de *índole política*, condicionaria e determinaria toda a cadeia decisória a *jusante*, vinculada a esse pressu-

⁽⁴⁵⁾ *Diário da República*, 1.ª série, de 17 de setembro de 2013.

posto. Perante tais limitações, o controlo judicial não encontraria parâmetros normativos que lhe permitissem verificar se o sistema tinha atuado ao serviço do expurgo de disfunções e da maximização da prossecução eficaz do interesse público ou se tinha somente procurado tão somente equilibrar conjuntamente fatores endógenos através da mera redução de custos com pessoal. O controlo da proporcionalidade, nas suas várias dimensões, encontrar-se-ia comprometido.

Fosse qual fosse o empregador, público ou privado, o legislador democrático, por imposição do art. 53.º da Constituição, não poderia deixar de assegurar o controlo do excesso no despedimento *objetivo* através do confronto entre o escopo da medida e as suas consequências.

11. No acórdão n.º 862/2013, de 19 de dezembro⁽⁴⁶⁾, ocupou-se, em fiscalização preventiva, do diploma que, em nome da “*convergência*” das pensões do setor público e do setor privado, procedia a uma redução em 10% das pensões de aposentação, reforma e invalidez de valor ilíquido superior a 600 euros e a uma redução de 10% do valor global ilíquido das pensões de sobrevivência que fosse superior a 600 euros.

Como nele se lê, o legislador possuiria margem de manobra para delinear o conteúdo concreto ou final do direito à pensão, e não estaria proibido de alterar a forma como o materializava, podendo alterar ou até mesmo reduzir o seu montante, tendo em consideração a evolução das circunstâncias económicas ou sociais, estando embora proibido de eliminar o instituto “pensão de reforma, aposentação, invalidez e sobrevivência” ou, ainda, o seu conteúdo essencial. No entanto, as alterações que pretendem, além de terem de se fundar em motivos justificados — a sustentabilidade financeira do sistema — não poderiam afetar o mínimo social, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança (n.º 24).

“A proteção da confiança é uma norma com natureza principiológica que deflui de um dos elementos materiais justificadores e imanentes do Estado de Direito: a segurança jurídica dedutível do art. 2.º da Constituição. Enquanto associado e mediatizado pela segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança prende-se com a dimensão subjetiva da segurança — o da proteção da confiança dos particulares na estabilidade, continuidade, permanência e regularidade das situações e relações jurídicas vigentes.

“A metodologia a seguir na aplicação deste critério implica sempre uma *ponderação de interesses* contrapostos: de um lado, as expectativas dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente; do outro, as razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas.

⁽⁴⁶⁾ *Diário da República*, 1.ª série, de 7 de janeiro de 2014.

Os particulares têm interesse na *estabilidade* da ordem jurídica e das situações jurídicas constituídas, a fim de organizarem os seus planos de vida e de evitar o mais possível a frustração das suas *expectativas* fundadas; mas a esse interesse contrapõe-se o *interesse público* na transformação da ordem jurídica e na sua *adaptação* às novas ideias de ordenação social designadamente com base nos princípios da sustentabilidade e da justiça intergeracional [arts. 9.º, alínea *d*), 66.º, n.ºs 1 e 2, 81.º, alínea *a*), e 101.º da Constituição]. Como os dois grupos de interesses e valores são reconhecidos na Constituição em condições de igualdade, impõe-se em relação a eles o necessário exercício de confronto e ponderação para concluir, com base no peso variável de cada um, qual o que deva prevalecer.”

Neste contexto, a redução das pensões operada através do decreto da Assembleia da República em causa seria uma medida regressiva que minava a confiança legítima que os pensionistas tinha na manutenção do montante de pensão fixado com base na legislação vigente à data em que se tinham aposentado. A garantia da manutenção do montante de pensão fora logo afirmada no momento em que a pensão fora fixada pela resolução final da Caixa Geral de Aposentações, a qual havia regulado «*definitivamente*» o direito à pensão e o seu montante e que tinha continuado assegurada nas sucessivas modificações e limitações do regime de cálculo das pensões, nas quais foram dados sinais claros e expressos em letra de lei de que o montante da pensão se manteria intangível.

Acrescia que a confiança que os pensionistas depositam no sentido de inalterabilidade das regras que serviram de base ao cálculo da pensão e do valor da pensão que foi fixado no momento da aposentação resulta também da *natureza contributiva* do sistema previdencial. Mesmo que não existisse uma correlação direta entre a contribuição paga e o valor da pensão a atribuir, o direito à pensão não só pressupunha o cumprimento da obrigação contributiva, como também constituía uma prestação de substituição do rendimento de trabalho.

Se existia um regime diferenciado de cálculo da pensão, nomeadamente quanto à taxa de substituição, isso era imputado exclusivamente ao Estado, que tinha sentido a necessidade de assegurar de modo diverso a proteção na velhice e na invalidez dos trabalhadores da Administração Pública. Aqui, o princípio da confiança tornava-se particularmente relevante em conexão com a autorresponsabilidade do Estado, pois o aumento da previsão de confiança só podia ser imputado ao próprio comportamento do legislador. Os beneficiários atuais do regime da Caixa haviam cumprido todas as obrigações legais com vista a beneficiar da sua pensão; não podiam ter feito outra opção, pelo que agora não poderiam ser só eles a suportar a diferença a pretexto da necessidade da reposição da igualdade.

A solidariedade sistémica, por definição, representaria os valores fundamentais de igualdade e justiça na construção do sistema de segurança social. Mas

da sua força reguladora não resultaria que as eventuais diferenças existentes no passado entre os regimes legais — e que ao tempo eram normais — devessem ser combatidas ou “corrigidas” apenas em função das dificuldades de um desses regimes e com sacrifício exclusivo dos direitos já consolidados dos respetivos beneficiários. A solução adequada ao sistema teria que ser referenciada à *unidade do sistema* e não apenas a uma das suas parcelas.

Por tudo isto, o Tribunal, por unanimidade — uma unanimidade rara nestas matérias — decidiu serem inconstitucionais as normas sujeitas à sua apreciação.

12. Poderá sugerir-se que estas decisões do Tribunal Constitucional português envolveram ativismo judicial⁽⁴⁷⁾ ou, doutra ótica, o converteram em órgão político? Julgo bem que não. Ao invés, elas revelam uma procura de equilíbrio (nem sempre conseguido) e certo espírito de prudência.

A maioria parlamentar não gostou, nem poderia gostar dos acórdãos do Tribunal Constitucional sobre o orçamento, nem dos acórdãos sobre despedimentos na função pública e sobre a chamada convergência dos regimes das pensões. Tal como a oposição não terá apreciado o acórdão sobre a semana de trabalho de 40 horas na função pública, não declarada inconstitucional⁽⁴⁸⁾. Donde, algumas declarações de um e de outro lado, se bem que pouco felizes, pelo menos, na forma⁽⁴⁹⁾.

Citando uma frase lapidar do acórdão n.º 353/2012: “A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.”

⁽⁴⁷⁾ Cfr., por todos, ELIVAL DA SILVA RAMOS, *Ativismo judicial — Parâmetros dogmáticos*, São Paulo, 2010; *As novas faces do ativismo*, obra coletiva (org. de André Luís Fernandes Fellet, Daniel Giotti de Paula e Marcelo Novelino), Salvador, 2011.

⁽⁴⁸⁾ Acórdão n.º 794/2013, de 21 de novembro, in *Diário da República*, 2.ª série, de 18 de dezembro de 2013.

⁽⁴⁹⁾ Menos compreensíveis e menos aceitáveis viriam a ser as que se ouviram da parte dos responsáveis de instâncias internacionais, inclusive do Presidente da Comissão Europeia. Serem credoras do Estado Português não lhes dá o direito de interferirem nos assuntos internos do país.

Seja como for, o Tribunal — concorde-se ou não com as suas decisões ou com as respetivas fundamentações — mostrou não ser influenciável e os seus juizes, ultrapassando por completo a origem das suas designações, como é próprio de uma verdadeira instituição, comportaram-se com plena independência. A qualidade da vida pública portuguesa, abalada noutros setores, ficou a ganhar.

Mas seja-me permitido, antes de terminar esta talvez demasiado longa fala, recordar o significado de justiça constitucional.

V

1. Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um tribunal constitucional (como o português) ou de um supremo tribunal que exerce fiscalização da constitucionalidade (como o brasileiro) não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há-de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

Perspetiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela coletividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade) mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdicional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo⁽⁵⁰⁾?

Está aqui em jogo, não qualquer conceção de democracia (das muitas que têm sido propostas e das muitas que diferentes regimes têm invocado), e tão só a conceção de democracia pluralista e representativa de matriz ocidental (em que nasceu o Tribunal Constitucional).

Ora, se democracia postula maioria — com as múltiplas interpretações e reelaborações filosóficas e teóricas de que tem sido alvo⁽⁵¹⁾ — não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, através ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos, e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância⁽⁵²⁾.

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objetivista, em último termo visa a salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os

⁽⁵⁰⁾ V. *Manual ...*, VI, 4.^a ed., Coimbra, 2013, págs. 42 e segs. e Autores citados.

⁽⁵¹⁾ A bibliografia é imensa. V. o resumo em *Manual...*, VII, Coimbra, 2007, págs. 92 e segs.; ou, doutra ótica, em GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1409 e segs.

⁽⁵²⁾ *Manual...*, VII, cit., págs. 85 e segs.

como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos atos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramajoritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão de maioria, não consistente no contexto global do sistema.

2. Os Tribunais Constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os Supremos Tribunais no modelo judicialista norte-americano).

Ora, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicatizar os atos daqueles órgãos; como pode a *criatura* fiscalizar o *criador*; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do tribunal constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados — em coerência, *por todos* quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado — que eles podem invalidar atos com a força de lei. É por eles, embora por via indireta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de designação, são mais longos e, por princípio, insuscetíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada (o que obriga a compromissos e evita escolhas fora do «arco constitucional») ⁽⁵³⁾.

⁽⁵³⁾ Cfr. PEDRO COUTINHO MAGALHÃES e ANTÓNIO DE ARAÚJO, *A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português*, in *Análise Social*, n.º 145, 1998 — I, págs. 18 e segs. (salientando, designadamente, o direito de veto de cada um dos partidos proponentes a candidatos propostos pelo outro partido).

Num Tribunal Constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia atual é uma democracia *de* partidos ou *com* partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos fatores objetivos da interpretação jurídica e, sobretudo, em virtude do fenómeno de institucionalização que cria dinâmica e autonomia do órgão.

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável à dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável à dos juízes dos tribunais comuns; uma legitimidade de título, inerente ao Estado democrático, uma legitimidade de exercício, expressão de Estado de Direito — donde, mais uma vez, *Estado de Direito democrático* (art. 2.º da Constituição portuguesa) ou *Estado democrático de Direito* (art. 1.º da Constituição brasileira).