

VOLUME XLI — N.º 2

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



2 0 0 0



Coimbra Editora

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
fundada em 1917
Periodicidade semestral
XLI — N.º 2 - 2000

COMISSÃO DE REDACÇÃO

Presidente - PROF. DOUTOR MARTIM DE ALBUQUERQUE
Vogais - PROF. DOUTOR JORGE MIRANDA
- PROF. DOUTOR CARLOS PAMPLONA CORTE-REAL
- PROF. DOUTOR EDUARDO PAZ FERREIRA
- MESTRE LUÍS MÁXIMO DOS SANTOS
- MESTRE EDUARDO VERA-CRUZ PINTO (Secretário)
- MESTRA ISABEL ALEXANDRE

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa — Portugal
Telefone 21 797 7053/54 — Telecópia 21 795 0303

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO



COIMBRA EDITORA, LIMITADA

Rua do Arnado — Apartado 101 — 3001-951 Coimbra — Portugal
Telef. 239 85 2650 — Fax 239 85 2651

Publicação subsidiada pela Junta Nacional de Investigação Científica e Tecnológica

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75 611/95

Agosto de 2001

I Doutrina

<i>José de Oliveira Ascensão</i> — O cinema na Internet, as hiperconexões e os direitos dos autores	547
<i>José de Oliveira Ascensão</i> — Marca comunitária e marca nacional	563
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — The flimsiness of the Euro: a currency without a state	595
<i>Paulo de Pitta e Cunha</i> — O Euro	599
<i>Manoel Gonçalves Ferreira Filho</i> — Implicações constitucionais da integração internacional e comunitária	611
<i>Carlos Blanco de Moraes</i> — Segurança jurídica e justiça constitucional	619
<i>Carla Amado Gomes</i> — Os novos trabalhos do Estado: a Administração Pública e a Defesa do Consumidor	631
<i>Francisco Manuel Fonseca de Aguiar</i> — O princípio da dignidade da pessoa humana e a determinação da filiação em sede de procriação medicamente assistida	655
<i>Luis Filipe da Silva Dias</i> — Estudo da evolução do Direito das Pescas no Direito do Mar	715
<i>Dinamene de Freitas</i> — Breve reflexão para um olhar jus-ambiental sobre o Regime do Licenciamento Industrial	783
<i>Pedro Lomba</i> — Problemas da actividade administrativa informal	817
<i>Lenio Luiz Streck</i> — Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira	867
<i>Sara Guerreiro</i> — Intervenção quase humanitária	887

II Jurisprudência

<i>Jorge Miranda</i> — Três notas sobre acumulações universitárias	919
--	-----

III Legislação

<i>Jorge Miranda</i> — Uma Constituição para Timor (textos vários)	935
<i>António de Araújo</i> — Anteprojecto de Lei de Imprensa da República de Timor Lorosae	1033
<i>António de Araújo</i> — Anteprojecto de Lei dos Partidos Políticos da República de Timor Lorosae	1039

Fernando Loureiro Bastos — As relações entre os Órgãos do Município na Legislação Autárquica Moçambicana..... 1051

IV Vida Universitária

Pedro Soares Martínez — O Direito Bancário — Análise de um Relatório Universitário 1127

José de Oliveira Ascensão — O Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de ensino de uma disciplina de Direito Comercial do Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu 1139

Paulo de Pitta e Cunha — Homenagem ao Professor João Lumbrales ... 1145

Martim de Albuquerque — Apresentação do Professor Manuel Fraga Iribarne 1147

Manuel Fraga Iribarne — A crise da justiça como ameaça de rotura do sistema constitucional 1151

Jorge Miranda — A questão da *Ratio* Docentes Discentes nas Faculdades de Direito (Textos vários)..... 1165

Jorge Miranda — Cursos de Mestrado, Aperfeiçoamento e Doutorado 1183

II Jornadas Pedagógicas da Faculdade de Direito de Lisboa..... 1191

Entrevista de Jorge Mendonça (JM) ao Professor Inocêncio Galvão Telles (IGT)..... 1195

V Recensões Críticas

Martim de Albuquerque — A edição “definitiva” da *História do Direito Português* de Marcello Caetano 1203

SEGURANÇA JURÍDICA E JUSTIÇA CONSTITUCIONAL (*)

CARLOS BLANCO DE MORAIS (**)

1. INTRODUÇÃO

O tema que me foi proposto preleccionar, a “*Segurança Jurídica e a Justiça Constitucional*” seduziu-me pela sua actualidade jurídico-dogmática.

Isto porque se vive um tempo ambíguo pautado por textos constitucionais programáticos, principológicos e incertos, que permitem à Justiça Constitucional actuar anfibiologicamente, seja como garante da certeza do Direito, no âmbito do seu poder correctivo, seja como factor de perturbação dessa mesma certeza, quando mergulha audaciosamente no activismo hermenêutico.

Ora, não é por acaso que o discurso da *Segurança Jurídica* no universo do Direito ensaia, no tempo presente, um notório e imprescindível regresso.

Na realidade, o avanço do pluralismo heteromórfico em detrimento da representação; o conseqüente recuo da lei comum em benefício de uma constelação de outras fontes (legislativas ou não), que espelham garantias, poderes e imunidades desse mesmo movimento pluralista; e, por fim, a revalorização do papel dos órgãos arbitrais, neutrais e independentes, com especial relevo para os tribunais, lança com pertinência o debate sobre o imperativo da segurança jurídica na cadeia produtiva, executiva, aplicadora e decodificadora da lei.

Não podendo ser definida como um direito fundamental, a segurança jurídica assume um papel central como axioma federador de muitas dimensões do sistema dos direitos fundamentais, mormente como um “*Princípio sobre princípios*” que logra iluminar corolários como o da *proibição da retroactividade de normas oneradas, proporcionalidade ou protecção da confiança*.

Não gozando de relevância constitucional explícita com carácter geral, quer na maioria das constituições democráticas, quer mesmo em convenções internacionais relativas à tutela de direitos fundamental, o princípio da segurança jurídica não deixa, ainda assim, de dominar as entrelinhas de numerosos princípios e institutos jurídicos relativos aos referidos direitos, que se encontram constitucionalizados ou positivados em Tratados.

(*) O presente texto corresponde, com adaptações, ao conteúdo de uma conferência proferida em Agosto de 2000 num Congresso Internacional de Direito Constitucional realizado na Universidade de S. Paulo, e subordinado ao tema “Segurança Jurídica”.

(**) Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

Como tal, não tem sido infrequente a sua convocação por parte da Justiça Constitucional ou pela Justiça Internacional, como é o caso do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Isto porque, a estabilidade e a certeza das situações jurídicas pressupõe a realização efectiva da Justiça, a qual é especialmente garantida na esfera das metanormas do ordenamento jurídico estadual, pelos órgãos de jurisdição constitucional, órgãos que, todavia, travam com o mesmo princípio uma relação ambivalente, já que muitas vezes acabam por o esmaecer, à força de tanto o procurarem proteger.

2. A MORFOLOGIA DA SEGURANÇA JURÍDICA E A SUA RELAÇÃO COM O DIREITO E A JUSTIÇA

2.1. Em qualquer sociedade, a colisão de interesses relativos a relações de domínio e à partilha dos bens entre as pessoas gera conflitualidade, pelo que o Direito emerge como um sistema de normas coercitivas que tem por fim dirimir esses mesmos conflitos.

Normas que, longe da quimera da autopoiese radical, não surgem por si próprias, não se auto-observam, não se auto-aplicam espontaneamente e não se relacionam reciprocamente de um modo ocasional.

Antes se integram num conjunto unitário e coerente de actos jurídicos e de autoridades competentes para os produzir, aplicar e controlar, que se chama ordenamento jurídico, e cujo vertice é conformado pela Constituição.

Ora, de entre os princípios que pressupõem que a inter-relação de normas opere coherentemente emerge o corolário da segurança jurídica.

2.2. A essencialidade do valor representado pela segurança Jurídica não reveste a mesma intensidade em todo o tipo de sistemas jurídicos.

Por exemplo, nos ordenamentos de matriz anglo-saxónica, a previsibilidade do Direito e a estabilidade das situações jurídicas não conformam um valor absoluto no sistema judicial.

Isto porque o sistema da *Common Law* opera na base de uma ampla autonomia judicial centrada mais na experiência e no conhecimento acumulado do decisor judicial, do que na lei escrita, tornando-se mais difícil, mesmo em face da força do "*stare decisis*", prever com exactidão o "*out come*" das suas decisões em face de um dado litígio.

Torna-se mesmo possível dizer que em sistemas de *Judicial Review*, como o norte-americano, a certeza do Direito (um dos predicados da segurança jurídica) não é a característica dominante que vinca o sistema de fiscalização constitucional. Sistema no qual previsões propositadamente vagas são interpretadas de forma frequentemente diversa, valendo como factores dessa diversidade, as pré-compreensões e a política hermenêutica do intérprete, a sua experiência e o consenso comunitário que pauta a aceitação das referidas previsões.

Daí que o presente discurso valha, na sua essência, para os sistemas codicistas, sobretudo num momento em que é forte, talvez demasiado forte, a atracção da Justiça Constitucional pela experiência norte-americana.

2.3. A caracterização de segurança jurídica poderá ter, paradoxalmente, como ponto de partida, a representação da sua ausência; numa dada colectividade.

Vejamos três cenários.

1.^a Utilizando um exemplo utilizado classicamente em manuais da disciplina de *Introdução ao Estudo de Direito*, o que sucederia se, um poder político libertário revogasse todas as normas, entendendo que as relações individuais deveriam ser regidas, espontaneamente e casuisticamente através da boa fé e da auto-tutela?

Desapareceriam critérios estáveis que permitam as pessoas inter-relacionarem-se e dirimir conflitos e despontaria a prevalência da lei do mais forte na resolução daqueles.

2.^a Conceba-se, agora, a figuração de Kafka na sua obra "*Zur Frage der Gesetz*" na qual uma sociedade é governada por um pequeno grupo dominante investido no "status" de único conhecedor das leis.

Trata-se de uma reprodução do universo da Monarquia Romana que antecedeu a *lei das doze tábuas* e que impossibilitava aos plebeus conhecerem as normas a cujo cumprimento estavam paradoxalmente sujeitos.

Com que fundamento se toma possível obrigar alguém ao cumprimento de uma regra cujo prévio conhecimento se lhe encontra vedado?

Como permitir as pessoas prever condutas e suas consequências e, nesse esforço, representarem antecipadamente o que é permitido e o que é proibido?

3.^a Registe agora o postulado de Marx segundo o qual a segurança seria o *supremo conceito social* da sociedade burguesa, já que apenas serviria para garantir o seu egoísmo de classe.

Sabemos que, nesta linha de raciocínio, diversos modelos de Estado totalitário consagraram a retroactividade da lei penal incriminadora.

Leis imprecisas passaram a converter certas condutas, lícitas ao tempo da sua prática, em ilícitos criminais susceptíveis de pena retroactiva, impedindo arbitrariamente a previa calculabilidade dos efeitos jurídicos dos comportamentos e a livre determinação das pessoas para o jurídico ou para o antijurídico.

Estes exemplos singelos demonstram empírica e indutivamente que a positividade do Direito é incompatível com incoerência, arbítrio e imprevisibilidade dos comportamentos.

Definimos, assim, segurança jurídica, na linha de Corsale, Radbruch e Perez Luño, como um valor-pressuposto e imanente do conceito de Direito, que *tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da colectividade organizarem a sua vida individual, relacional e colectiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa de expectativas de comportamento e consequentialidade nas respectivas acções.*

2.4. Permite-nos esta definição representar o traçado relacional entre os conceitos de *Segurança Jurídica e de Justiça*.

Se a segurança jurídica garante a coerência e a plena exigibilidade do Direito positivo, a Justiça é um fim primacial e onicompreensivo do mesmo Direito.

Embora extremamente difícil de definir, a Justiça de acordo com Otto Bachoff, supõe que através do Direito se assegure, em função das exigências do bem comum, o

respeito e protecção da personalidade e a projecção da dignidade humana, se garanta a igualdade de tratamento de situações iguais e se exclua a adopção de condutas arbitrárias.

Ora *segurança e Justiça* apesar de imbricadas na realização do Direito, não são conceitos equivalentes.

Temos que, como pressuposto existencial do Direito, a segurança jurídica constitui uma condição de realização da Justiça que é o primeiro fim desse mesmo Direito.

Condição que sendo necessária não é, todavia suficiente, já que nem sempre o conteúdo do Direito positivo serve o escopo da justiça.

Por exemplo, num Estado de legalidade formal, leis degradantes para a dignidade da pessoa humana podem ser aprovadas e publicadas de acordo alguns atributos exigenciais da segurança jurídica inerentes à publicidade, certeza, estabilidade, não retroactividade e efectividade das normas jurídicas.

2.5. As metamorfoses experimentadas pelo um Estado Social de Direito regido por constituições formais geraram áreas de insegurança crítica nos circuitos de produção, revelação e aplicação das normas jurídicas, fenómeno que os pessimistas estimam como uma patologia irreversível e os optimistas como uma nova forma de conceber o Direito.

2.6. São atributos da segurança jurídica a positividade do Direito, a publicidade, a durabilidade, a existência de regras de solução de conflitos informativos, a clareza e a não retroactividade de normas que imponham sacrifícios.

Alguns destes predicados, não deixam de enfrentar hoje em dia certos reptos e algumas dificuldades.

Observêmo-las.

1.^a *Durabilidade*. A *durabilidade dos regimes jurídicos* constitui uma condição do seu conhecimento e da confiança dos cidadãos no respectivo conteúdo.

Como exigir aos destinatários de uma lei o seu devido conhecimento jurídico e a calculabilidade das suas condutas futuras derivada desse conhecimento, se a mesma lei for sujeita a permanentes e contingentes alterações que prejudiquem a sua estabilidade?

Malgrado este facto, verifica-se que no tempo presente se assiste no Estado Social a irrupção de uma verdadeira "*orgia legislativa*" já que o intervencionismo estatal, utilizando o léxico de Schmitt, gerou uma *motorização da lei*, caracterizada não apenas por uma enorme quantidade de regras em circulação, mas por contínuas e alterações e derrogações supressivas no seu preceituado.

Situação que nos recorda a antiquíssima afirmação de Tacito: "*Plurimae leges corruptissima Respublica*".

Em Portugal, códigos de suma importância como o Penal e o Processual Penal são sujeitos a sucessivas revogações globais, sem esquecer as permanentes derrogações.

No Brasil, o presente regime constitucional das medidas provisórias no que respeita ao reduzido prazo para sua conversão em lei, regime de caducidade com efeitos *ex tunc* e prática da sua reedição sucessiva constitui um tumor de fixação no ordenamento cons-

titucional, gerador de complexas faltas de estabilidade e cognoscibilidade efectiva do Direito vigente e do princípio da segurança jurídica.

2.^a *Existência de normas de solução de conflitos e de vazios normativos.* Existe igualmente a necessidade existencial de regras de estrutura ou regras sobre a normação que orientem o processo de preenchimento de lacunas ou vazios normativos e que, sobretudo solucionem antinomias entre normas, já que o Direito rejeita dois sentidos de conduta incompatíveis que sejam isomórficos e isométricos.

A situação é por vezes problemática em sede de antinomias impróprias que impliquem colisão com regras constitucionais.

Em Estados como os regionais e os federais, existem numerosos casos de antinomias impróprias entre leis do poder central e dos poderes territoriais, as quais por vezes geram situações de inconstitucionalidade.

Coloca-se com frequência junto dos operadores administrativos e dos destinatários das normas, dúvidas sobre qual das normas em colisão devera ser aplicada, até que a Justiça Constitucional tenha a última palavra.

Trata-se de um problema que não é de somenos importância, dado que muitas vezes essa Justiça é tardia podendo entretanto gerar-se aplicações erráticas, arbitrárias e discrepantes das normas em confronto, por autoridades distintas.

Algumas constituições procuram resolver este problema com a consagração de cláusulas de conflitos imediatos que indiquem qual a norma a aplicar, como é o caso da Constituição alemã; outras fazem-no com cláusulas ambíguas como e o caso da Constituição espanhola de 1978; outras como a portuguesa, suprimiram na revisão de 1997 normas que poderiam funcionar como cláusulas implícitas; e outras ainda não consagram qualquer cláusula como e o caso da Constituição italiana de 1947.

Ora ausência ou a equivocidade dessas cláusulas, feita muitas vezes em honra do altar sacrossanto das competências autónomas, constitui um nocivo factor de incerteza e de insegurança no processo de produção e aplicação do Direito.

Também, quando Estados soberanos passam a integrar organizações supranacionais, como a União Europeia e o Mercosul, existe o problema da compatibilização entre o Direito interno e o Direito dessas organizações.

No caso da União Europeia, sujeita a um processo mais intenso de integração normativa, *inexistem* em muitas constituições regras sobre solução de antinomias entre tratados e normas de direito derivado dessas organizações de um lado, e as normas de direito ordinário interno, de outro.

Na Constituição portuguesa, por exemplo, o art. 8.º não aclara explicitamente se um Tratado, um regulamento da EU ou uma decisão da mesma União prevalecem, ou não, sobre leis e regulamentos internos, e em caso afirmativo, se essa prevalência opera com efeitos revogatórios, suspensivos ou determina a inconstitucionalidade do mesmo Direito interno.

3.^a *Clareza.* Outro atributo da segurança é o da clareza da norma positiva na sua redacção gramatical e lexical, feita de modo a tomar-se compreendida pelos respectivos destinatários.

Trata-se de uma realidade desafiada crescentemente pela legislação motorizada e pactuada do Estado Social de Direito.

Enquanto na Constituição, a falta de consenso é compensada pelo uso e abuso de conceitos jurídicos indeterminados, já nas feitura das leis ordinárias predominam, por exemplo em Portugal, as seguintes patologias:

- as leis parlamentares apresentam deficiências em termos de constitucionalidade, técnica legislativa, redacção gramatical e de léxico e excesso de “normas intrusas” jurídico adequado, tendo desde 1995, a má preparação e a insuficiência das comissões técnicas de apoio levado à segregação de poucas e más leis;
- pese a sua melhor qualidade técnica, as leis governamentais são assombradas por obscuridades, opacidades e inescrutabilidades propositadas, onde por vezes se escondem inconstitucionalidades intencionais, delegações implícitas e atribuições dissimuladas de poderes;
- evidenciam uma particular incerteza de conteúdo as leis de vocação compromissória, como as leis sujeitas a processos de concertação social.

O pactismo, a negociação e a vertigem do consenso geram regimes assistemáticos, disposições proféticas, lacunas intencionais, conceitos indeterminados, formulas ambíguas, e especialidades veladas, cuja plasticidade é susceptível de, na boca do intérprete, servir para todas as estações, podendo significar tanto uma coisa, como o seu contrário.

4.^a *Proibição da retroactividade.* A não retroactividade de normas que imponham sanções, sacrifícios e onerações, com as quais os seus destinatários não possam antecipadamente contar no momento da pratica dos factos é outro corolário imperativo da segurança jurídica.

Só que, nos ordenamentos contemporâneos esse princípio não é, necessariamente, inquestionável, nem mesmo em ordens constitucionais democráticas como a portuguesa.

Embora a proibição da retroactividade da lei penal incriminadora constitua o corolário sacro do princípio da legalidade penal, a actual Constituição portuguesa de 1976 não deixou de prever um preceito algo sombrio e violador da Declaração Universal dos Direitos do Homem, o art. 294.º, que prescreve essa mesma retroacção para punir agentes da polícia de estado do Antigo Regime.

O próprio princípio da proibição da retroactividade das leis fiscais criadoras de impostos apenas foi consagrado na CRP, 21 anos depois do início de vigência da Lei Fundamental.

3. O PROTAGONISMO AMBIVALENTE DA JUSTIÇA CONSTITUCIONAL COMO GARANTE DA SEGURANÇA JURÍDICA

3.1. Consideramos que a dogmatização plena da Ciência do Direito Constitucional foi alcançada com a sua jurisdicionalização.

Só a criação de um sistema jurisdicional destinado a garantir, interpretar e aplicar as normas constitucionais logrou permitir a passagem de um Direito Constitucional institucional e politológico que a fiscalização política então dominante transformara numa

normação mais ou menos obrigatória, para um Direito Constitucional efectivamente hierarquizado, normativo e relacional.

Tratou-se de um fenómeno no qual os Estados Unidos e o Brasil lograram assumir uma clara dianteira em relação a Europa, onde o primeiro modelo difuso de Justiça Constitucional surgiu, algo incipiente e nominalmente, com a Constituição portuguesa de 1911.

3.2. Ao ser cometida às jurisdições constitucionais, uma função de garantia da Constituição, no âmbito da qual lhes compete proferir a última palavra sobre a constitucionalidade das normas jurídicas, acabam as mesmas por ficar unguidas no papel de sumo guardião da segurança jurídica do ordenamento.

As próprias constituições procuram articular alguns dos termos em que a *segurança jurídica* se manifesta, como medida de valor nas decisões da Justiça Constitucional. Por exemplo a Constituição portuguesa determina no art. 282.º:

- a respristinação o Direito revogado pela norma julgada inconstitucional, como forma de evitar a ocorrência de lacunas;
- que o Tribunal Constitucional, em nome da segurança jurídica, fixe os efeitos das decisões de inconstitucionalidade com um alcance mais restrita do efeito geral previsto no n.º 1 do art. 282.º, o que lhe permite evitar a respristinação de normas inconstitucionais ou evitar que situações institucionais, pessoais e patrimoniais estáveis, sedimentadas no passado à luz da norma inconstitucional, sejam desproporcionadamente afectadas pela destruição retroactiva dos efeitos da mesma norma;
- que se ressalve os casos julgados, dos efeitos sancionatórios retroactivos das decisões de inconstitucionalidade, como modo de garantia da “paz jurídica”, a qual implica que a partir de um dado momento, cesse a luta pelo mesmo Direito através do respeito definitivo por sentenças firmes.

3.3. Mas é óbvio que a relevância da segurança jurídica na actividade desenvolvida pela Justiça Constitucional se projecta muito para além das situações constitucionais descritas, assumindo um particular destaque em sede de interpretação. Vejamos um exemplo.

A Constituição portuguesa não assegura a protecção dos chamados *direitos adquiridos*.

Daí ter surgido uma situação em que uma lei, sem cláusula temporal de aplicação, proibiu, inesperadamente, que presidentes de câmaras municipais pudessem ser simultaneamente deputados ao parlamento europeu.

Tendo afectado mandatos pendentes ela foi julgada inválida pelo Tribunal Constitucional (Ac. n.º 473/92, de 22-1) a luz do *princípio da protecção da confiança*.

Trata-se de um princípio transplantado da jurisprudência constitucional alemã e que exprime a realização imperativa de uma especial exigência de previsibilidade, protegendo sujeitos cujas posições jurídicas sejam objectivamente lesadas por determinados quadros injustificados de instabilidade.

Mais concretamente, o referido corolário destina-se a garantir a segurança jurídica contra leis novas portadoras de uma retroactividade imprópria que afectem arbitrariamente

a *continuidade* do exercício de direitos e do gozo de expectativas legitimamente constituídas ao abrigo de legislação antiga, que tenha sido imprevisivelmente revogada pelas referidas leis novas.

No caso referido supra, o Tribunal entendeu que a lei em questão afectava arbitrariamente o investimento na confiança quer dos eleitos, quer dos eleitores, relativamente ao cumprimento pelos presidentes de câmara e deputados europeus, da integridade dos respectivos mandatos, à luz da legislação vigente ao tempo da sua eleição.

Estamos perante um tipo de activismo moderado do Tribunal Constitucional, dado que o princípio da protecção da confiança não está explicitamente consagrado na Constituição, tendo-o o mesmo Tribunal deduzido do *princípio do Estado de Direito Democrático* previsto no art. 2.º da Constituição.

Desta sentença, retira-se uma conclusão positiva e outra algo mais perturbante:

- positivamente logrou-se defender a segurança jurídica, deslegitimando normas arbitrárias que afectem retrospectivamente direitos e expectativas, através da criação de sacrifícios desnecessários;
- negativamente criou-se um parâmetro constitucional a partir de outro que não o pressupõe necessariamente, arriscando-se o princípio de Estado de Direito Democrático a converter-se na “cartola de um mágico” de onde podem sair toda a espécie de coelhos.

3.4. Observemos com mais detenção estas duas vertentes da segurança jurídica no campo da jurisprudência interpretativa.

3.5. A própria Constituição pode ser responsável pela criação de normas propiciadoras de incertezas, já que os factores de insegurança jurídica geradas pela citada “*crise da legislação*” contaminam igualmente as normas constitucionais.

Constituições excessivamente alteradas, extensas, detalhadas, programáticas, incertas e utópicas como a portuguesa e a brasileira são potenciais factores dessas inseguranças críticas.

No caso da Constituição portuguesa de 1976, multiplicam-se as revisões constitucionais, tendo a última, primado pela incerteza dos regimes que criou.

Aluviões de princípios indeterminados e de fórmulas que nem os constitucionalistas logram descortinar; erros técnicos derivados de uma não adaptação sistemática dos preceitos alterados em relação a outros com eles relacionados; alteração não consensualizada ao regime formal de certos institutos, por incapacidade de antever os efeitos decorrentes da renumeração de artigos, nada faltou na revisão constitucional de 1997 em termos de patologia de “drafting” normativo.

Este fenómeno, fortuito ou intencional, que enriquece sem causa legítima a parcerística dos junsconsultos, confere a Justiça Constitucional uma responsabilidade nuclear na protecção de uma segurança jurídica, de cuja consecução o legislador constitucional censuravelmente se eximiu.

É à mesma Justiça que, no quadro da fiscalização da validade das normas, compete descodificar conceitos penúmbrios, operar leituras correctivas em normas deficientes e produzir interpretações ardilosas em preceitos situados em contextos privados de sistematicidade.

Na realidade, quando segue uma metódica hermenêutica de carácter científico a Justiça Constitucional actua como defensor insubstituível da segurança do Direito.

3.6. Mas existe igualmente para a certeza do Direito a “*outra face da lua*” desta actividade interpretativa.

Quanto mais principológica é uma Constituição, quanto mais indeterminados sejam os conceitos e medidas de valor que contiver, quanto mais imprecisas, ambíguas e abertas foram as suas normas maior será a discricionariedade interpretativa dos Tribunais Constitucionais.

Discricionariedade que lhe permite “criar” facticamente, por via hermenêutica, parâmetros normativos difusos que valem como verdadeiras normas constitucionais criadas à margem do processo constituinte, gerando-se sérios problemas para a segurança do Direito e para a separação de poderes.

3.4. Acompanhamos o entendimento de Lopez de Oñate quando afirmou que um dos grande focos de ameaça a certeza do Direito surgiu, no plano da interpretação, a partir do *movimento do Direito Livre*.

Na sequência desse movimento sedimentou-se no pós-guerra, tanto na Europa como nos Estados Unidos, a chamada *teoria crítica do Direito*, movimento heteróclito que englobou correntes jus-naturalistas, sociológicas e neomarxistas, como as da Escola de Frankfurt, e que procurou desconstruir o pensamento dogmático do Direito e o legado savigniano de interpretação normativa.

- a) Para ela a falta de certeza que por vezes assoma o Direito, longe de ser um risco, importaria um imenso valor social, já que o Direito não seria um domínio politicamente neutro, e a segurança serviria apenas para garantir interesses de classe espelhados pelo decisor legislativo;
- b) O intérprete tão pouco poderia ser neutro já que teria as suas próprias pré-compreensões ideológicas, filosóficas, éticas e religiosas as quais não poderiam deixar de se reflectir no seu programa interpretativo.

Trata-se de uma posição com alguns adeptos no Brasil. Nesta linha, Plauto Faraco de Azevedo defende por exemplo que o processo interpretativo supõe uma posição previamente assumida em relação ao Direito e à vida;

- c) A lógica formal é igualmente desconstruída como método hermenêutico, já que seria redutora, apartaria o Direito da vida, adensaria o servilismo do intérprete ao texto e desconsideraria a politicidade da norma constitucional.
- d) A dogmática é reduzida a um apelo preconceituoso e irreflectido relativamente a cânones dados por adquiridos.

A teoria crítica, abriu espaço para o aparecimento da mítica do “*Direito Alternativo*”, e com ela a da *hermenêutica alternativa ou, no tempo presente, da “nova hermenêutica*”, que congrega autores das mais variadas tendências.

As correntes mais moderadas marcaram o período do activismo de algumas orientações do Tribunal Constitucional alemão em matéria de interpretação de direitos fundamentais, bem como do Supremo Tribunal Federal norte-americano, sob a presidência de Earl Warren (1953-69) e Warren Burger (1969-86).

Como pontos salientes desta corrente, importaria ressaltar:

- a) A especificidade da interpretação constitucional, cuja fórmula política seria incompatível com a metodologia interpretativa clássica;
- b) A tópica, como método interpretativo, alternativo à subsunção;
- c) A ideia de que interpretação e concretização supõem uma actividade criativa do intérprete, traduzida numa apreensão pragmática de sentidos possíveis, permitindo-se a solução do mais consensual ou politicamente conveniente;
- d) O postulado de que mais do que a norma, o paradigma fundamental de referência do interprete deve ser o princípio constitucional, ou o valor que o mesmo princípio supõe, já que, tal como refere no Brasil o juiz Amilton Bueno de Carvalho, o *“compromisso do juiz deve ser a busca da justiça, tendo como limites, de um lado o caso concreto e de outro, os princípios universais do Direito”*.

3.5. Consideramos, por quatro razões básicas, que a adopção pela Justiça Constitucional de muitas das propostas da nova hermenêutica configuram um risco acrescido para a segurança jurídica:

1.^a A pretensa hermenêutica alternativa jamais logrou propor uma metodologia interpretativa com pretensões científicas substitutivas do método jurídico-dogmático, mas apenas uma amálgama inextricável, e por vezes caótica, de institutos hermenêuticos.

A tópica erigida a regra é, no nosso entender, uma forma de corrupção do Direito e de desrespeito pelo critério democrático na decisão legislativa.

A mesma tópica, ao invés de adaptar o facto a norma, dobra a norma ao facto; longe de aclarar o sentido da norma, desvirtua-o, substituindo-o por uma pragmática do concreto que redundará em decisões que jamais formam decididas pelo constituinte democrático; o seu casuísmo e imprevisibilidade ilimitadas desafiam os imperativos de certeza e calculabilidade, os mais são inseparáveis da essência do Direito como sistema coerente.

2.^a Quanto à “concretização”, esta não se reconduz a uma técnica de fabrico hermenêutico de normas constitucionais de segundo grau, judicial a partir da norma interpretada, já que tal constituiria:

- um acto de usurpação de poderes por parte de um juiz garante, subitamente graduado em constituinte, sem norma habilitante para o efeito;
- e um factor crítico de insegurança jurídica já que sobretudo em sistemas com uma componente difusa, permitir-se-ia que todos os dias saísse da boca dos juízes, a produção, inovatória e até discrepante, de normas materialmente constitucionais, deduzidas ou fantasiadas a partir de regras constitucionais abertas ou princípios indeterminados.

“Concretizar” por via interpretativa representa, segundo Klaus Stern, o trânsito do abstracto para o concreto através de um fio condutor pressuposto por um método jurí-

dico-dogmático, o qual não se reduz à lógica, mas que com ela se não pode contraditar ostensivamente.

É que o estágio logico-sistemático da interpretação, pode nem sempre ser o mais razoável ou consensual, mas é o mais coerente e não existe segurança jurídica sem coerência.

3.^a Sendo indesmentível que o Direito se funda em valores, e que estes dispõem de um maior poder de aderência em operações interpretativas que vertam em domínios abertos, como o dos direitos fundamentais, o facto é que o mesmo Direito não se resume a uma principologia.

Conceber um intérprete judicial que ignore a norma e privilegie a densificação dos valores poderá criar, a tão temida *tiranía axiológica* falada por Carl Schmitt.

Através de uma canonização jurisprudencial de emoções, sentimentos e palavras vazias, converter-se-ia a utopia valorativa numa pseudo-realidade científica, por via da sua integração forçada no raciocínio jurídico, pondo-se em risco todo o rigor da certeza e da previsibilidade, predicados que são apanágio da segurança jurídica.

4.^a Ligada a esta última questão emerge o problema da legitimidade institucional das jurisdições constitucionais que recorram sistematicamente a um activismo audacioso de base tópica e axiológica.

As tendências experimentadas por certas correntes da nova hermenêutica que pretendem substituir o jurídico pelo sociológico e pelo filosófico, levaram John Ely a desabafar que, se os juízes passarem a ter de raciocinar em termos de filosofia política e de moral, porque não colocar em vez deles, com vantagem, filósofos, novelistas, clérigos ou historiadores?

Na verdade, nada nas constituições habilita a transformação das jurisdições constitucionais em *câmaras de revisão constitucional*, com propensão oracular para a predição do futuro e com a especial missão de “contradizer a maioria legislativa de hoje” com os supostos valores da, “maioria de amanhã”.

Os excessos destas correntes levam alguns juristas italianos, como Mezzanotte, ao ponto de entenderem que o Tribunal Constitucional, pasme-se, seria mais importante do que a existência da própria Constituição.

Ora uma jurisdição constitucional que pretenda impor à sociedade, consensos forçados bem com os valores subjectivos dos magistrados, em nome da suposta revelação dos valores constitucionais, atenta contra o princípio democrático — representativo, pois como num poder não eleito absorveria as funções máximas de produtor, aplicador, intérprete e garante das normas constitucionais.

Permitimo-nos destacar o nosso entendimento, segundo o qual, as prerrogativas dos magistrados judiciais em termos de independência e irresponsabilidade têm como contraponto, a necessidade de se garantir que as suas sentenças não se pautem por critérios ideológicos subjectivos; e opções partidárias; e por espasmos corporativos.

É com alguma apreensão que, por vezes, assistimos a um excesso de exposição mediática dos magistrados; a um crescendo na politização de certas sentenças e da sua fundamentação; e a um servilismo tanto do poder político democrático, como de sectores da própria Universidade, quando são tentados por vezes, a aceitar que apenas será Direito Constitucional aquilo que os juízes dizem que é.

4. EPÍLOGO

Somos dos que crêem que em Portugal e no Brasil a Justiça Constitucional soube, com mais ou menos vacilações, auto-conter-se e constituir um importante factor de segurança jurídica, pese os defeitos de origem do decisor constitucional.

E cremos também, que, entre *juiz-robô*, escravizado a um originalismo e a um textualismo redutor, e o *juíz-herculano* de Dworkin ou o *juiz-taumaturgo* da nova hermenêutica que sonham, respectivamente, em transformar ou revolucionar a ordem constitucional através da jurisprudência, existe um *juiz* — guardião ou curador, que tempera a sua fidelidade à norma, com uma autonomia criativa que deve, num momento e de forte procura de Direito, indispensável garante da certeza, previsibilidade e coerência das normas que nos regem.