

## **CAPÍTULO 5 |** **ESTADO DE DIREITO OU ESTADO DE EXCEÇÃO:** **A JUSTIÇA CONSTITUCIONAL FACE AO QUESTIONA-** **MENTO DO ESTADO SOCIAL**

*António Casimiro Ferreira e José Manuel Pureza*

### **1. Introdução**

Enquanto cenário de tensão entre uma ofensiva ideológica de perfil neoliberal e uma resistência plural em nome da preservação do contrato social, a crise tem uma dimensão jurídico-institucional de primeira importância. Ela traduz-se na erosão a que é sujeita a institucionalidade do Estado de Direito Democrático e Social, tal como o consagra a Constituição da República, às mãos de um programa que, reclamando a legitimação decorrente quer de um verdadeiro estado de exceção quer de compromissos internacionais assumidos pelo Estado português nesta circunstância, encurta direitos e abate serviços públicos.

A crise é, pois, palco da tensão entre dois constitucionalismos, um formal e outro material. Ao constitucionalismo do Estado de Direito, ancorado no texto da Constituição da República e cujo núcleo é a afirmação da multidimensionalidade incindível do regime democrático (democracia política, democracia económica, democracia social e democracia cultural), está a contrapor-se um constitucionalismo da excecionalidade, um constitucionalismo material que exprime a supremacia política de entidades não eleitas e que – a coberto de um alegado estado de necessidade induzido pelo suposto risco de colapso do financiamento das responsabilidades do Estado – impõe um redimensionamento drástico do perímetro dos direitos e dos serviços públicos que lhes dão suporte e substitui a segurança jurídica pelo primado da imprevisibilidade.

Sendo política e ideológica, esta tensão adquire uma materialidade concreta, pelo seu alcance constitucional específico, no momento em que se assume como objeto de tratamento judicial. A jurisprudência constitucional dos três últimos anos é, na verdade, uma síntese particularmente densa da crise e das alternativas que a ela se oferecem. Num contexto de choque entre dois constitucionalismos, toda a judicialização constitucional da austeridade é interpretável como expressão de ativismo judicial, seja o seu sentido o da acomodação do argumentário do constituciona-

lismo da excecionalidade ou o da sua rejeição em homenagem ao primado da proteção da confiança, da igualdade ou da proporcionalidade.

Neste texto identificam-se os contornos daquele choque e analisa-se a expressão que ele tem vindo a adquirir naqueles que se configuram como os momentos de maior densificação do confronto entre os dois constitucionalismos: as apreciações da constitucionalidade das leis do Orçamento do Estado.

## **2 A judicialização da Política na era da austeridade**

A judicialização da Política e a politização da Justiça constituem problemáticas nucleares da atual Sociologia do Direito (Santos, 2009: 454-505; Commaille, Dumoulin e Robert, 2010: 9-26; Bernheim e Commaille, 2012: 283-298). Se, numa primeira fase, o ativismo judicial e a judicialização da Política se traduziram no protagonismo judicial na esfera penal, nomeadamente em processos judiciais e casos de corrupção envolvendo políticos, num segundo momento histórico vieram assumir-se como dimensões de grande importância da crise do Estado-Providência, “entendida publicamente como uma perda da eficiência e da proteção social estatal” (Santos, 2001: 152). Neste sentido, a litigação judicial combinou-se com os efeitos da crise do Estado-Providência, fazendo com que os tribunais – designadamente os tribunais constitucionais – se encontrassem envolvidos nos debates públicos centrais sobre as disputas em torno da legitimação desse modelo político e económico, o que operou uma mais ou menos intensa redefinição do lugar ocupado pelo poder judicial face aos poderes legislativo e executivo.

Estar-se-á, presentemente, a viver uma terceira etapa da judicialização da Política, em que o ativismo judicial surge ligado à questão social, não mais na ótica da avaliação judicial da incapacidade de resposta do Estado Social às expectativas dos cidadãos, mas sim centrado no envolvimento crescente da justiça constitucional no questionamento da validade dos princípios do Estado Social pelas opções do bloco legislativo-executivo. A atividade dos tribunais constitucionais perfila-se, por isso, como um indicador sociológico privilegiado das tensões políticas e sociais associadas à implementação do modelo da austeridade a coberto de uma retórica de excecionalidade.

O impacto das políticas de austeridade justificadas por um princípio de excecionalidade (Ferreira, 2012; Hespanha, 2012) coloca um forte desafio às funções características do Estado Social de Direito. As tensões

entre o político e o judicial vêm associadas à intensidade da proteção a conferir aos direitos sociais e à defesa do figurino consolidado do Estado Social. A judicialização da política de austeridade é, assim, sinónimo de judicialização da questão social que emerge das reformas estruturais que objetivamente desmantelam o Estado Social.

Um dos sinais deste tempo de crise é, pois, o crescente protagonismo judicial na sua relação com a política, que se combina diretamente com as limitações da democracia representativa e da soberania popular. A dinâmica complexa em que estas limitações se associam à crise do Estado Social, crescentemente esvaziado do seu contrato de cidadania, à crise de legitimidade que se lhe encontra associada e ao aparecimento de fontes de direito supranacionais, tem conduzido à deslocação da “legitimidade central do Estado, dos poderes legislativo e executivo para o poder judicial” (Santos, 2001: 152). A externalização dos conflitos políticos e a visibilidade dos tribunais, nomeadamente os constitucionais, corresponderá a um efeito registado nas democracias, onde “o direito se tornou a nova linguagem através da qual se formulam as exigências políticas que, sem encontrarem outras esferas de resposta, se voltam agora, em grande número, para a justiça” (Garapon, 1998: 36).

Não causa, por isso, surpresa que o atual contexto de austeridade coloque um novo desafio à justiça constitucional, implicando-a num processo de substituição das obrigações políticas do Estado para com os cidadãos através da redução de direitos, ao abrigo do imperativo da excecionalidade. A situação do poder judicial – e dos tribunais constitucionais em especial – adquire uma centralidade renovada no presente contexto de crise, sendo crescentemente nuclear no debate público o modo como ele se articula com as decisões políticas que veiculam a austeridade. Em face do argumento da normatividade de exceção associada à austeridade, a fronteira entre o constitucional e o inconstitucional torna-se um campo de forte disputa política, com particular ênfase para o modo e a intensidade como as decisões dos tribunais valorizam a singularidade do atual momento. Do mesmo modo, alterações das circunstâncias que determinem a invocação da excecionalidade para a legitimação da austeridade colocam sob pressão as interpretações da legislação feitas pelos tribunais.

Do ponto de vista político, a sua capacidade de ponderação sobre a atividade dos poderes executivo e legislativo, o seu papel de racionaliza-

ção da legislação, torna-os atores de particular destaque na atual fase de transformação das sociedades europeias. Nessas suas funções, a atividade dos tribunais revela a existência de uma “jurisprudência da austeridade” que balança entre a afirmação de um “direito de exceção” e a defesa da intocabilidade do núcleo essencial do “direito normal”.

A judicialização – designadamente a constitucional – das políticas de austeridade corresponde ao escrutínio “da desigual distribuição da austeridade” (Ferreira, 2012: 46), modelo de regulação político-económico orientado pela imposição de sacrifícios a todos os cidadãos. Ora, é esta dimensão coletiva do sacrifício e do esforço de cada um dos cidadãos que suscita a ponderação, por um lado, entre o bem comum e a busca de soluções orientadas pela equidade e justiça sociais e, por outro, a eficácia das políticas de consolidação orçamental. A incapacidade evidenciada pela esfera do político em encontrar os equilíbrios necessários à prossecução desta orientação visibiliza o papel da justiça, tornando-a um “espaço de exigibilidade da democracia” (Garapon, 1998: 46).

### **2.1. A austeridade e a reconfiguração da separação de poderes**

Aquilo a que se vem chamando *crise* trouxe consigo uma forma de produção do poder e de aplicação do Direito que tem por suporte uma combinação simultaneamente cínica e estratégica entre atores governamentais e não-governamentais, e como programa a institucionalização do modelo de austeridade. Estar-se-á perante uma reconfiguração do exercício do poder político, assente numa articulação inédita entre o poder dos eleitos e o poder dos não-eleitos. Nos países sob resgate, essa dualidade do poder traduz-se numa hábil negociação entre o poder do Governo eleito e o poder dos credores internacionais não eleitos.

Esta tensão entre a dimensão normativa de uma teoria pura da separação de poderes e a dimensão fática das dinâmicas sociopolíticas concretas – que vão das diferentes formas de combinação entre poderes políticos e poderes sociais, incluindo os partidos políticos, os grupos de pressão ou de interesses, às manifestações de neocorporativismo, à autorregulação ou ao direito dos juízes – está longe de ser nova. Mas a análise do poder de não-eleitos – como os mercados, as organizações financeiras internacionais, os bancos centrais, as agências de regulação ou as agências de *rating* – constitui indiscutivelmente um desenvolvimento novo desta problemática (Vibert, 2007). O que há de inédito nestas análises é que elas já não se satisfazem em captar as manifestações de “influência política e

económica” (Dahl, 1981: 23-46) ou de capacidade de regulação de sectores e áreas económicas e sociais diversas, antes passaram a encarar esses atores como elementos constitutivos da autoridade política, do poder político, dos processos de legitimação e de legalidade.

É também neste quadro que devem ser perspectivados os memorandos de entendimento assinados com a *Troika* pelos Governos da Irlanda, Grécia e Portugal. Além do seu lado jurídico formal – eles determinam a implementação de processos de reforma da legislação, de políticas públicas, do aparelho do Estado e da governação da economia, sem os quais não são concedidos os empréstimos solicitados –, existe uma outra dimensão ligada a estas intervenções políticas nos Estados nacionais pelos não-eleitos que resulta da combinação e coincidência entre as agendas políticas daqueles e as agendas políticas reformadoras dos Governos nacionais desses Estados, de pendor marcadamente neoliberal. O exemplo português evidencia a dificuldade de, nestes novos contextos, determinar a fonte autêntica das reformas político-jurídicas. A questão subjacente é a de que, em qualquer caso, é posto em ação um processo de legitimação e de criação de legalidade que radica nesta combinação informal e indeterminada entre eleitos e não-eleitos.

Esta reconfiguração da legitimidade e da legalidade por lógicas combinatórias entre eleitos e não-eleitos inscreve as reformas em apreço num quadro de incerteza e indeterminação. Estando próximo das origens da incerteza e sendo a sua própria conduta fonte de incerteza para a situação de outros, o exercício do poder governativo encontra-se livre para impor um regime de exceção face à soberania e ao direito.<sup>122</sup> Por outro lado, a indeterminação quanto à verdadeira fonte das reformas – os memorandos da *Troika* ou os Governos nacionais – gera uma unidade de medida na intervenção governamental dificilmente sujeita ao contraditório. Onde começam os requisitos da *Troika* e acaba o programa neoliberal dos Governos? Esta ambiguidade potencia a margem para um processo

<sup>122</sup> A observação de Michel Crozier acerca da dominação é pertinente e continua atual: “As pessoas que conseguem manter as suas ações sem vínculos, sem normas e imprevisíveis, enquanto regulam normativamente (rotinizando, e assim tornando monótonas, repetitivas e previsíveis) as ações dos seus protagonistas, governam. As pessoas cujas mãos não estão atadas governam sobre as pessoas cujas mãos estão atadas; a liberdade dos primeiros é a principal razão da falta de liberdade dos segundos – enquanto a falta de liberdade dos segundos é a causa da liberdade dos primeiros” (Crozier, cit. in Bauman, 2000: 119).

de reformas radicais do Estado e da sociedade sob o signo da austeridade sem que se enunciem os seus limites ou se clarifique sequer se há limites.

## **2.2. A internacionalização da judicialização constitucional da austeridade**

Há, na Europa, uma tradição consolidada de enquadramento das situações de exceção à normalidade do Estado de Direito por mecanismos vários de controlo democrático e jurisdicional formal (Saint-Hilaire, 2011: 78)<sup>123</sup> que a própria Convenção Europeia de Direitos Humanos incorporou, a par do princípio da margem de interpretação dos Estados nacionais relativamente aos direitos essenciais, consagrados na convenção. Esta tradição de imperatividade de um nível elevado de proteção e de inderrogabilidade de um núcleo essencial de direitos está presentemente a ser sujeita a uma erosão, com força inédita, tendente à sua reconfiguração radical. O objetivo desta reconfiguração é o de secundarizar a força vinculante dos direitos consagrados e subalternizá-los, do ponto de vista jurídico e do ponto de vista das políticas públicas que os concretizam, à prevalência de uma orientação geral de austeridade, com particular expressão nos salários e pensões e numa contração da despesa pública, especialmente sobre as prestações sociais e nos serviços públicos universais.

O fundo drasticamente antigarantístico desta ofensiva reconfiguradora tem posto em causa a cultura europeia que encontrou suporte quer na arquitetura de proteção dos direitos humanos fundamentais pelo Conselho da Europa – nos termos acima assinalados – quer no modelo de contrato social amplo vulgarmente designado por *modelo social europeu*, com uma correspondência entre acumulação de capital e salário indireto.

Ganha, por isso, particular importância a disputa registada entre discursos perfilhados a este respeito pelos diferentes órgãos de governação da UE. Se, naturalmente, o Parlamento Europeu dá voz à pluralidade de posições em disputa, a Comissão Europeia distingue-se na expressão da orientação antigarantística e liberalizadora. Para lá de repetidas posições públicas neste sentido, por parte de comissários e de altos funcionários da Comissão, adquire um valor simbólico especial a declaração recente do presidente da Comissão Europeia, José Manuel Durão Barroso, que, refe-

<sup>123</sup> A este propósito conferir também Commission Européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Avis sur la protection des droits de l'homme dans les situations d'urgence*, adopté par la Commission de Venise à sa 66ème session plénière, Venise, 17-18 mars 2006 (Avis n.º 359/2005, CDL-AD (2006-015)).

rindo-se à disputa de interpretações constitucionais em curso em Portugal e ao papel do Tribunal Constitucional, afirmou que é “óbvio que Portugal tem de fazer um esforço como Estado, não se pode pedir apenas responsabilidade do Governo – é responsabilidade de todos os órgãos de soberania e da sociedade no seu conjunto”, acrescentando que a instabilidade social e a falta de determinação representam “um risco político” a ter em consideração.<sup>124</sup> Não é despidendo que esta tomada de posição do presidente da Comissão Europeia surja na sequência do relatório elaborado em 2013 pela Comissão Europeia, o Banco Central Europeu (BCE) e o Fundo Monetário Internacional (FMI), no qual se afirma que “o Tribunal Constitucional é visto como um risco para a aplicação do Memorando de Entendimento dentro e fora de Portugal, e levanta questões sobre a inconstitucionalidade do não cumprimento do pacto orçamental por Portugal, caso falhe as metas acordadas com a *Troika*”.<sup>125</sup> No mesmo relatório pode ler-se que a Comissão Europeia apelida o Tribunal Constitucional de “legislador negativo”, fazendo alusão a um estudo da Universidade de Illinois que conclui que os juizes do Constitucional nomeados por partidos de direita têm maiores probabilidades de aprovar medidas de um Governo de esquerda do que o inverso. Os argumentos utilizados são os de serem “mais sensíveis ao partido no poder” e ainda por sofrerem de “oportunismo político”.<sup>126</sup> Em sentido idêntico, ainda que com uma formulação mais “livre”, foi o relatório *The Euro area adjustment: about halfway there*, do banco JPMorgan, o qual menciona expressamente que, quer em Portugal quer noutros países em crise, se não fossem “os constrangimentos constitucionais, tudo até estaria a correr bem!”<sup>127</sup>

O suposto excesso de proteção constitucional é, pois, para estas diversas instâncias, um defeito que foi revelado pela crise e que carece de correção. Estar-se-á perante uma deslocação da esfera do político para o domínio judicial, sendo o ativismo constitucional criticado por não se

<sup>124</sup> Conferir: <http://www.publico.pt/politica/noticia/barroso-diz-que-esta-o-caldo-entornado-se-portugal-nao-der-continuidade-as-medidas-de-austeridade-1608181>

<sup>125</sup> Notícia disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/bruxelas-diz-que-nao-e-hora-para-activismos-politicos-do-tc-1609564>

<sup>126</sup> Relatório disponível: [relatorio-da-comissao-europeia-na-integra-20131018-151213.pdf](http://relatorio-da-comissao-europeia-na-integra-20131018-151213.pdf).

<sup>127</sup> Notícia disponível em: <http://www.ionline.pt/artigos/dinheiro/jp-morgan-diz-leis-defesa-trabalhadores-sao-defeitos-paises-perifericos>

conformar com os ditames de um constitucionalismo adaptado ao modelo político-jurídico da austeridade.

As observações anteriores colocam no plano internacional o debate em torno das funções e papéis levados a cabo pelos tribunais constitucionais em contextos de austeridade. Na verdade, o ativismo judicial ou a judicialização da austeridade não são exclusivos da situação portuguesa. Também outros seis tribunais constitucionais europeus – na Grécia, Roménia, Letónia, Lituânia, Espanha e Eslovénia – foram recentemente chamados a aferir a constitucionalidade de cortes anunciados nas pensões ou nos salários de funcionários públicos, registando-se somente nos dois últimos países concordância dos tribunais constitucionais com as medidas de austeridade tomadas pelos respetivos Governos. O caso da Letónia, país que também foi intervencionado recentemente pelo FMI, é particularmente significativo dado que o chumbo do Tribunal Constitucional aos cortes nas pensões não conduziu à exigência de elaboração de novas medidas por parte do Governo e propiciou mesmo uma renegociação dos valores do défice.<sup>128</sup>

Esta internacionalização da judicialização da austeridade atingiu já uma dimensão não apenas comparatística, mas institucionalmente centralizada. Esse caminho foi aberto pela recente decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no processo acionado por dois pensionistas portugueses acerca dos cortes dos subsídios de férias e de Natal previstos na Lei do Orçamento do Estado para 2012.<sup>129</sup> A sentença considera que os cortes não foram “desproporcionados”, sendo justificados “em função dos problemas financeiros excepcionais que Portugal enfrenta neste momento, e dada a natureza limitada e temporária dos cortes nas pensões”. De notar que esta decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem foi proferida estando o mesmo ciente de que a decisão do Tribunal Constitucional português havia sido no sentido da declaração de inconstitucionalidade das medidas.<sup>130</sup>

<sup>128</sup> Notícia disponível em: [http://sol.sapo.pt/inicio/Politica/Interior.aspx?content\\_id=72202](http://sol.sapo.pt/inicio/Politica/Interior.aspx?content_id=72202)

<sup>129</sup> Conferir decisão em: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{"itemid":\["001-128106"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{)

<sup>130</sup> Conferir Acórdão n.º 353/2012, de 5 de julho.



### 3. O caso português: o Tribunal Constitucional entre o modelo social europeu e o emagrecimento da cidadania

Por tudo o que se disse, não surpreende que, também em Portugal, a justiça constitucional ecoe o momento tão singular que a sociedade portuguesa vive, na medida em que o debate democrático, condicionado pela existência de uma maioria parlamentar crente nas virtudes do modelo da austeridade, se revela incapaz de circunscrever na esfera política os desacordos quanto às políticas e linhas de ação a serem perseguidas.

A este propósito, surge no debate público a argumentação de que uma jurisprudência constitucional limitadora da autonomia de escolha própria de um executivo em regime democrático de separação de poderes será um caso de escola de Governo dos juízes. Ora, a questão cuja análise é suscitada por esta circunstância singular não é a do relacionamento de maiorias parlamentares com o Tribunal Constitucional em contexto de normalidade política, mas sim a do risco de subversão do modelo constitucional ao abrigo de uma retórica de excecionalidade e de uma atuação legiferante das maiorias parlamentares, fundada no princípio de que a “sociedade se muda por decreto”, desqualificando desta forma o estatuto jurídico-político da Constituição e a institucionalidade democrática do Tribunal Constitucional. No núcleo da disputa política suscitada pelo ímpeto das políticas de transformação social, pautadas pela lógica da austeridade, está a questão dos limites de uma reconfiguração da institucionalidade própria de um Estado de Direito.

A experiência portuguesa põe em evidência o duplo caráter do modelo de ajustamento estrutural pela austeridade levado a cabo pelo atual Governo, com a chancela dos credores internacionais. Por um lado, potencia políticas de reinstitucionalização ou de criação de novas institucionalidades. A título ilustrativo registem-se, entre outras, as intenções de consagração constitucional da imposição de um limite ao endividamento público (a *regra de ouro*), a revisão da legislação laboral com a criação do contrato único de trabalho ou as reformulações institucionais sugeridas quer no estudo do FMI *Portugal: Rethinking the State – Selected Expenditure Reform Options* (2013) quer no guião para a reforma do Estado *Um Estado melhor* (2013). Por outro lado, o modelo de ajustamento pela austeridade visa a emergência de uma nova ordem socioeconómica flexível e moldável, avessa a quaisquer institucionalidades que limitem o livre jogo de forças na economia e na sociedade, assumindo como axioma que

o aprofundamento das desigualdades sociais e dos fenómenos de exclusão social são consequência natural das necessidades dos mercados financeiros e de uma economia orientada para a exportação. Daí a importância das intervenções do Tribunal Constitucional em matérias remuneratórias e de prestações sociais.

A questão que daqui decorre, em termos sociológicos, é a da alternativa entre a manutenção dos processos de produção e reprodução social onde se abriu espaço ao desenvolvimento de uma classe média e a deslocação de grandes contingentes sociais para espaços de sociabilidade e de vida quotidiana desqualificados e existencialmente empobrecidos.<sup>131</sup>

O Tribunal Constitucional português é centripetamente puxado para decidir acerca do *trade-off* entre, de um lado, as aspirações de mobilidade social ascendente associadas ao contrato social típico do modelo social europeu e, do outro, os processos de emagrecimento da cidadania e de aumento da pobreza, indissociáveis da orientação recessiva inerente à implementação do modelo da austeridade. Posição particularmente crítica quando as fontes de política legislativa internas com legitimação externa da *Troika* apontam, claramente, para um modelo económico e social contrário ao que está inscrito na Constituição.

Ingrediente crucial deste confronto e da sua judicialização constitucional é a separação instrumental e a contraposição hábil, feita pelos adeptos do ajustamento guiado pela austeridade, entre Estado de Direito e Estado Social. Os defensores da austeridade atuam politicamente como se o Estado de Direito e o Estado Social correspondessem a esferas estatais distintas, criando um clima generalizado de incerteza e dúvida acerca dos regimes de pensões, dos impostos, do pagamento de subsídios de férias, dos níveis salariais, etc.

É uma estratégia que assenta em dois tipos de argumentos. Em primeiro lugar, os argumentos que erguem o Estado Social como ameaça

<sup>131</sup> Entre outros, confira-se, por exemplo, o cenário traçado pela organização *Oxfam International*, que veio alertar para o perigo de se prosseguirem as medidas de austeridade. No relatório *A cautionary tale: The true cost of austerity and inequality in Europe* (Um conto moral: o verdadeiro custo da austeridade e da desigualdade na Europa), a organização de luta contra a pobreza defende que o caminho da austeridade já foi usado no passado noutros países e “falhou”, pelo que “não pode acontecer novamente”. E assinala que, até 2025 na Europa, poderão cair em situações de pobreza entre 15 a 25 milhões de pessoas. <http://www.ionline.pt/artigos/dinheiro/austeridade-pode-levar-mais-25-milhoes-europeus-pobreza-2025>)

potencial para o Estado de Direito (exemplo ilustrativo foi a intervenção do Ministro da Defesa que sustentou existir em Portugal a “tentação de um Estado totalitário”, provocado por um “Estado Social absorvente” que cria “promiscuidades”, “clientelas” e “dependências”<sup>132</sup>). Por outro lado, encontra-se a argumentação que enfatiza os custos do Estado Social e a inerente necessidade de financiamento, ocultando os custos dos direitos civis e políticos e criando a ilusão de que se trata de direitos sem custos (Fredman, 2010: 301), deixando, de lado, a ponderação dos custos de proteção e manutenção da propriedade privada, de regulação da ordem pública, entre outros.

Estas duas linhas de argumentação potenciam a existência, no espaço público, de um acumular de apreciações negativas quanto à necessidade e funções desempenhadas pelo Estado Social. É também por esta razão – ainda que simetricamente – que a atuação do Tribunal Constitucional se afirma como um cimento sociológico e político, no entendimento de que o “Estado Democrático de Direito (ou Estado de Direito) é o outro nome do Estado Social de Direito” (Miranda, 2011: 3).<sup>133</sup>

Na mesma linha, vai a arduosa distinção entre as noções de *reforma* e de *corte*. Assim, de acordo com o guião para a reforma do Estado de novembro de 2013, “*reformular é diferente de cortar porque mudar de modelo é diferente de cumprir metas (...)* O que distingue os dois exercícios é evidente. Os cortes na despesa do Estado são instrumentos necessários à reforma do Estado, mas não são a sua finalidade. ‘Cortar’ é reduzir; reformar é melhorar. ‘Cortar’ é cumprir metas; reformar é mudar de modelo. ‘Cortar’ é uma consequência dos erros passados, reformar pode e deve ser a condição para acertar no futuro. ‘Cortar’ obedece a uma restrição orçamental. Reformar cria condições para, estruturalmente, o Estado ser menos pesado e a sociedade ser mais forte”.<sup>134</sup>

Ora, esta construção de uma diferença material entre cortes e reformas omite convenientemente a discussão mais relevante na sociedade portuguesa, na qual é chamado a intervir o Tribunal Constitucional. É que se o exercício de reformar se projeta no futuro de outras legislaturas, a aplicação dos cortes tem efeitos imediatos nas empresas, famílias e indiví-

<sup>132</sup> Notícia disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/ministro-da-defesa-defende-revisao-constitucional-1611541>

<sup>133</sup> Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>

<sup>134</sup> Documento disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/vice-primeiro-ministro/documentos-oficiais/20131030-vpm-reforma-estado.aspx>

duos. Além disso, a referida dicotomia tende a diluir a lógica utilizada na seleção dos cortes e na desigual distribuição das restrições dos sacrifícios entre indivíduos e grupos sociais, pondo potencialmente em causa o princípio do Estado de Direito.

Este tema foi analisado por António Hespanha (Hespanha, 2012) quando identificou a existência de dois tipos de intervenção do Estado relativamente às situações e direitos adquiridos e por ele garantidos: o primeiro, correspondendo à manutenção da garantia de certos direitos; e o segundo, à precarização geral de outros. No quadro do seu argumento, em causa está o uso seletivo do princípio jurídico da confiança, o qual é aplicado desigualmente consoante se esteja perante direitos de propriedade e direitos provindo de contratos entre particulares, ou direitos relativos a prestações sociais do Estado. Nas suas palavras, “entre as prestações do Estado, tem-se frequentemente tratado com deferência as que são devidas nos termos de contratos e que, por isso, estariam blindadas contra alterações motivadas pelo interesse público, pela correção de vícios estruturais do contrato (como a desproporção das prestações: contratos leoninos) ou pelos apertos da crise. Tem sido isso que tem dificultado a renegociação ou rescisão de contratos de parceria público-privada geralmente tidos como lesivos (ou altamente lesivos) do interesse público (...) Em contrapartida, outras prestações do Estado – nomeadamente, as que decorrem das políticas públicas do Estado Social, ou mesmo os salários do funcionalismo – ficam fora desta área de garantia, ficando sujeitas à precarização” (*ibidem*: 18-19). O argumento pode ser estendido ao modo como se interpretam os regimes de pensões, subsídio de desemprego e outras prestações sociais. Tal significa que a capacidade de agendamento do Governo no que diz respeito aos cortes e seus alvos se configura numa forma de politização da justiça social, por não incluir em matéria de redução de custos os direitos que não sejam de assalariados e pensionistas.

### **3.1. Os dilemas concretos do Tribunal Constitucional: análise dos acórdãos nº 396/2011, 353/2012 e 187/2013**

Em três anos sucessivos (2011, 2012 e 2013), o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre medidas legislativas adotadas pelo Governo em sede de Orçamento do Estado e que, invocando a excecionalidade da situação económico-financeira do país e a primazia a conferir ao cumprimento de obrigações internacionais assumidas pelo Estado

Português para a regularização desta mesma situação, incidiram – de modo fortemente limitativo – nos direitos de retribuição do trabalho dos trabalhadores com vínculo laboral ao Estado. Ora, “[u]ma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade” (Acórdão nº 187/2013, de 5 de abril). Na fundamentação, quer das petições iniciais dos três processos quer das respetivas decisões do Tribunal, condensam-se os argumentários de um lado e do outro. E isso confere a estes três acórdãos o valor de sínteses da dimensão jurídico-política da crise que se vive.

Ora, contrariamente a retóricas de propaganda veiculadas para o debate público, um olhar atento sobre a fiscalização da constitucionalidade das leis do Orçamento do Estado desde 2011 – ponto nodal do confronto entre esses dois constitucionalismos – permite afirmar que é falsa a contraposição entre ativismo constitucional e razoabilidade económica, muito presente no discurso dos adeptos do ajustamento pela austeridade. Na verdade, a judicialização constitucional das políticas de austeridade pode ser lida como expressão de ativismo, pelo que, do que se trata é, antes, da disputa entre um ativismo da excecionalidade e um ativismo do Estado de Direito. No *ativismo da excecionalidade*, as decisões dos juízes abrem-se à preponderância de valores extra-constitucionais que norteiam a política do ajustamento pela austeridade e conferem um valor supra-constitucional de facto aos compromissos internacionais que os veiculam. Esta forma de ativismo teve uma expressão clara no Acórdão nº 396/2011, de 21 de setembro, sobre a Lei do Orçamento do Estado para 2011, e consistiu em declarar judicialmente válidas as justificações de carácter contextual relativas à crise e à situação financeira do país como fundamentos legitimadores para a declaração de constitucionalidade de medidas de exceção que implicaram uma interpretação flexível dos princípios da igualdade, da confiança, da equidade, da proporcionalidade e da segurança jurídica atendendo à fixação de limites temporais e transitoriedade dos efeitos dessas medidas.

Já o *ativismo do Estado de Direito* – definido como a defesa das garantias consignadas no ordenamento constitucional e o seu modelo multidimensional de democracia (política, económica, social e cultural) – iniciou-se

com a declaração de inconstitucionalidade de medidas do Orçamento do Estado para 2012 pelo Acórdão nº 353/2012, de 5 de julho, e prolongou-se no Acórdão nº 187/2013, de 5 de abril. A avaliação constitucional dessas medidas mereceu reprovação por ultrapassarem os limites do aceitável em matéria social, e por, ao que se depreende, minarem pilares básicos da democracia constitucional portuguesa.<sup>135</sup>

Recordem-se os factos. O Acórdão nº 396/2011, de 21 de setembro, incidiu sobre três artigos da Lei do Orçamento do Estado para 2011. O Governo pretendia reduzir as remunerações totais ilíquidas mensais de valor superior a 1 500 euros dos trabalhadores do Estado, seguindo uma lógica progressiva: “a) 3,5% sobre o valor total das remunerações superiores a 1 500 euros e inferiores a 2 000 euros; b) 3,5% sobre o valor de 2 000 euros acrescido de 16% sobre o valor da remuneração total que exceda os 2 000 euros, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5% e 10%, no caso das remunerações iguais ou superiores a 2 000 euros até 4 165 euros; c) 10% sobre o valor total das remunerações superiores a 4 165 euros”.

Os requerentes fundamentaram o seu pedido ao Tribunal em quatro argumentos: violação do princípio do Estado de Direito (designadamente do seu subprincípio da proteção da confiança), violação do princípio da igualdade, violação do direito fundamental à não-redução do salário e violação do direito fundamental de participar na elaboração da legislação laboral por parte das entidades representativas dos trabalhadores. O Tribunal entendeu não declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos artigos sob exame.

O Acórdão nº 353/2012, de 5 de julho, veio dar resposta à situação criada pela Lei do Orçamento do Estado para 2012, ao consagrar a “suspensão do pagamento” dos subsídios de férias e de Natal, sobrepostas à redução remuneratória consagrada no Orçamento do Estado para 2011. O universo de abrangidos pelas medidas do Orçamento para 2012 ampliou-se relativamente ao caso anterior, passando a incluir reformados e pensionistas e não se confinando aos servidores públicos. Também neste caso os requerentes invocaram, como suporte da sua petição, a violação do subprincípio da proteção da confiança, do princípio da igualdade, do

<sup>135</sup> De forma consequente, o Tribunal Constitucional também se pronunciou pela inconstitucionalidade de algumas disposições do Código do Trabalho relativas à segurança no emprego (Acórdão nº 602/2013).

princípio da proporcionalidade e ainda, especificamente para uma das normas impugnadas, do princípio do Estado de direito democrático e do direito à Segurança Social.

Fruto da ponderação que efetuou, o Tribunal decidiu declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, dos dois artigos invocados pelos requerentes, mas suspendeu os efeitos desta decisão sobre os pagamentos relativos ao ano de 2012.

Já o Acórdão nº 187/2013, de 5 de abril, resultou de quatro pedidos diferentes, relativos à Lei do Orçamento do Estado para 2013. O primeiro, do Presidente da República, arguia violações do princípio da igualdade proporcional, do princípio da unidade do imposto sobre o rendimento pessoal, do princípio da proteção da confiança e do direito a uma sobrevivência com um mínimo de qualidade resultantes das estatuições de suspensão do subsídio de férias aos trabalhadores ativos do sector público e de tributação de reformados e pensionistas (incluindo a previsão de uma ‘contribuição extraordinária de solidariedade’). O segundo pedido foi apresentado por um grupo de deputados do Partido Socialista, bem como pelo Provedor de Justiça, e ambos tinham o mesmo recorte da matéria fiscalizada. Já o processo introduzido por deputados do Partido Comunista Português (PCP), do Partido Ecologista “Os Verdes” (PEV) e do Bloco de Esquerda (BE) incluía, além das normas referidas, a que estabelecia cortes no pagamento de trabalho extraordinário, aquela outra que previa alterações ao regime do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) (introdução de uma sobretaxa de 3,5 por cento, redução do número de escalões do IRS e a eliminação ou redução das deduções de despesas com saúde, educação e habitação), a que estatuiu novas tributações sobre subsídios de doença e de desemprego e, ainda, a que criava uma sobretaxa de 3,5 por cento sobre o rendimento coletável dos contribuintes cujo rendimento excedia o valor anual da retribuição mínima mensal. Os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança foram os principais bens constitucionais invocados pelos vários requerentes.

O Tribunal declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas relativas à suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente aos trabalhadores da função pública, aos aposentados e reformados e aos professores e investigadores contratados e ainda à tributação dos subsídios de doença e de desemprego.

O nó problemático em que se jogou a tensão entre o argumentário da excecionalidade e o argumentário da defesa do Estado de Direito foi, pois, comum aos três momentos em que o Tribunal Constitucional teve de se pronunciar. Na síntese do próprio Tribunal, “[u]ma vez fixado, por critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário (sem precisa determinação constitucional), uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade” (Acórdão nº 187/2013).

### 3.2. Os argumentários em confronto

O argumentário do constitucionalismo da excecionalidade apresenta duas expressões fundamentais: primeiro, a defesa da força jurídico-política do primado dos compromissos internacionais; segundo, a suposta inevitabilidade de medidas fora do perímetro da disciplina constitucional, legitimadas pelo estado de necessidade financeira do país. Ambas as linhas de argumentação foram trazidas, nos três casos em apreço, pelos diplomas consagradores das normas impugnadas.

**O primado dos compromissos internacionais:** como extensamente se esclarece no Acórdão nº 353/2012, o Programa de Assistência Económica e Financeira é composto por um “conjunto de instrumentos jurídicos, os quais foram aprovados, por um lado, pelo Governo português e, por outro lado, pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, bem como pelo Governo português e pela Comissão Europeia (em nome da UE) e pelo BCE”. Esses instrumentos – um “memorando técnico de entendimento e um memorando de políticas económicas e financeiras que estabelecem as condições da ajuda financeira a Portugal por parte do Fundo Monetário Internacional (...) completados pelo Memorando de Entendimento relativo às Condicionalidades Específicas de Política Económica, assinado entre o Governo português e a União Europeia e adotado com referência ao Regulamento do Conselho (UE) nº 407/2010, de 11 de maio de 2010, que estabelece o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira” – “são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos jurídicos – os Tratados institutivos das entidades internacionais que neles participaram, e de que Portugal é parte – de Direito Internacional e de Direito da União Europeia”.

A natureza vinculativa das obrigações decorrentes dos memorandos assinados com as instâncias internacionais é apontada, em primeiro lugar, como um dado jurídico-formal: a superioridade do Direito Internacional relativamente ao Direito interno, ainda que com natureza infraconstitucional.



Mas, naturalmente, muito mais que a dimensão jurídico-formal destas obrigações, o que sobrepõe no argumentário usado pelo Governo nas leis submetidas a fiscalização da constitucionalidade é a filiação dessas obrigações internacionais no conjunto de deveres inerentes à condição de Estado-membro da União Económica e Monetária. Essa espécie de legalidade superior – em última análise, e ainda que de modo implícito, uma legalidade supraconstitucional – é assim expressivamente defendida no *Relatório da Lei do Orçamento para 2013*: “a adoção destas medidas deve ser enquadrada no âmbito do princípio constitucional da realização da integração europeia, no quadro do qual se inserem as obrigações em matéria de finanças públicas – e em particular de rigor e disciplina orçamentais – que impendem sobre Portugal enquanto membro da área do Euro. A realização destes valores e princípios constitucionalmente consagrados justificam amplamente a introdução destas medidas, as quais se norteiam por ponderosas razões de interesse público e de preponderância do bem comum, em face do contexto económico-financeiro e social do país”.

Saindo do plano técnico-jurídico, os diplomas sob fiscalização tornam claro de que se trata da condicionalidade associada à “concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional, garantindo assim o imprescindível financiamento do Estado português” (Acórdão nº 353/2012) e, como tal, a “necessidade imperiosa de continuar o processo de acumulação de credibilidade e confiança junto dos credores, bem como de honrar os compromissos internacionais assumidos pelo Estado Português” (Relatório da Lei do Orçamento do Estado para 2013).

**A “inevitabilidade” de medidas excepcionais:** Na sua própria construção argumentativa, o Tribunal Constitucional acolhe a ideia de que, diante da dimensão do problema de desequilíbrio das contas públicas em Portugal, se imporão medidas de caráter excepcional que podem legitimamente forçar uma relativização das expectativas criadas em torno de um integral cumprimento de tratamentos (remuneratórios, desde logo) consagrados na lei ordinária. No dizer do Acórdão nº 396/2011, “à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas

*públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular*". Nesse sentido, por entender ser este o desígnio das medidas de austeridade, o Tribunal não hesita em considerar que *"as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevacente"*. Esta consideração de medidas como a redução remuneratória, justificada pelo interesse público, levou mesmo o Tribunal, no seu acórdão de 2012, a considerar que *"sendo essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo, o cumprimento de tal valor orçamental revela-se, por isso, um objetivo de excecional interesse público"*, tendo esta consideração – e o receio de que *"sem mais, (uma tal declaração) poderia[m] determinar, inevitavelmente, [um] incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado"* – justificado que o Tribunal se inibisse de dar efeitos práticos a uma declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral e tenha determinado a respetiva suspensão.<sup>136</sup>

Esta qualificação das medidas de austeridade como inevitáveis para a satisfação de expressões do interesse público de primeira importância vem associada, no exercício de ponderação do Tribunal, à configuração de uma situação de verdadeiro estado de necessidade, em que o legislador se encontra privado *"de alternativas que tivessem, perante a necessidade urgente*

<sup>136</sup> No Acórdão nº 794/2013, sobre a constitucionalidade de normas da Lei nº 68/2013 que determina o aumento do período normal de trabalho em funções públicas para 8 horas diárias e 40 horas semanais, o Tribunal Constitucional voltou a este entendimento da compressão de direitos como legitimada pela prevalência do interesse público, no restabelecimento do equilíbrio das contas públicas. Para o Tribunal, *"resulta claro que um dos principais propósitos das medidas aprovadas pelas normas questionadas é uma certa flexibilização do regime laboral dos trabalhadores em funções públicas, tendo também em vista a contenção salarial e a redução de custos associados à prestação de trabalho fora do período normal. E, em face da situação de crise económico-financeira, é de atribuir grande peso valorativo a esses objetivos de redução da remuneração do trabalho extraordinário e de contenção salarial, associados ao aumento do período normal de trabalho dos trabalhadores em funções públicas. E, atento o exposto, sempre se poderia concluir que, na presente situação, os interesses públicos a salvaguardar não só estão claramente identificados, como são indiscutivelmente de grande relevo. (...) [A] existirem expectativas legítimas relativamente ao regime anteriormente em vigor, ainda assim não resulta evidente que a tutela das mesmas devesse prevalecer sobre a proteção dos interesses públicos que estão na base da alteração legislativa operada mediante a Lei nº 68/2013 (...)".*

*de redução do défice orçamental a curto prazo, efeitos económico-financeiros similares ou aproximados dos da suspensão de pagamento dos subsídios de férias e de Natal e prestações equivalentes” (Declaração de Voto do Juiz Vítor Gomes no Acórdão nº 353/2012).*

De uma tal conjugação entre as figuras do estado de necessidade e da salvaguarda do interesse público decorre a construção governamental de que é, em última análise, em homenagem ao próprio constitucionalismo do Estado de Direito que se justifica pôr em prática um constitucionalismo da excecionalidade: “[t]orna-se assim evidente que, subjacente às medidas de consolidação orçamental propostas para 2013, numa conjuntura económico-financeira de contornos cuja excecionalidade é claramente demonstrada pela necessidade de ajuda internacional a que o país se viu, e continua a ver, forçado a recorrer, está a salvaguarda de valores e princípios estruturantes da ordem constitucional portuguesa. Com efeito, a manutenção da capacidade de financiamento da economia nacional, diretamente dependente do equilíbrio das contas públicas, afigura-se desde logo imprescindível, quer à garantia de realização das tarefas fundamentais constitucionalmente cometidas ao Estado quer à própria sustentabilidade do Estado Social e dos direitos económicos e sociais dos cidadãos” (Relatório da Lei do Orçamento do Estado para 2013).

O argumentário do constitucionalismo do Estado de Direito materializa-se, nestes três *leading cases* da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a austeridade, na afirmação de que, por mais que seja de acolher um conjunto de retrações ao espaço dos direitos constitucionais por força do estado de necessidade suscitado, pela situação económico-financeira do país e da inerente superioridade do interesse público na reposição da capacidade de financiamento autónomo do Estado, há, ainda assim, imperativamente lugar primordial para formas de “controlo, não quanto à redutibilidade, em si mesma considerada, mas quanto aos termos da sua efetivação – isto é, quanto às suas razões e medida” (Acórdão nº 187/2013). Como fica patente nos pedidos que suscitaram estas três decisões do Tribunal Constitucional, esse controlo opera na ordem constitucional portuguesa pela atuação dos princípios da igualdade, da proteção da confiança e da proporcionalidade “que densificam a ideia de sujeição do poder público a princípios e regras jurídicas, integrando, nessa aceção, a ideia de Estado de direito (...). Também neste campo, a liberdade conformadora do legislador encontra-se constitucionalmente vinculada por aqueles princípios”. Ou seja, a materialização do constitucionalismo do Estado de Direito vai, de acordo com o Tribunal, além da iden-

tificação de um interesse público que dê suporte a medidas de retração excepcional de direitos, retirando assim chão à crítica de pura arbitrariedade, e supõe que, *“do ponto de vista da posição jurídica afetada, a relação entre esse interesse e estas medidas, o modo como o legislador ordinário a estabeleceu e valorou, e, essencialmente, a opção que nessa valoração fez radicar (...) [não] traduzem (...) uma intervenção proibida pelos princípios da proteção da confiança, da igualdade e/ou da proporcionalidade”*. (idem).

**O princípio da proteção da confiança:** A centralidade do subprincípio da proteção da confiança na arquitetura constitucional do princípio do Estado de Direito foi sendo reiteradamente afirmada na jurisprudência do Tribunal Constitucional. Em decisão de 1990, o Tribunal estabeleceu dois critérios de inadmissibilidade constitucional à luz deste princípio: a) onerosidade: uma afetação desfavorável das expectativas que constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; b) arbitrariedade: uma afetação desfavorável das expectativas que não seja ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos é igualmente inadmissível (Acórdão nº 287/1990).

Neste quadro interpretativo da *“incidência subjetiva da tutela da segurança jurídica”* (Acórdão nº 396/2011), o Tribunal trouxe para as suas ponderações a identificação de expectativas legítimas e consistentes dos particulares como a manutenção, pelo menos, das remunerações percebidas anteriormente, incluindo nelas a não-suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou equivalentes. Essa ponderação foi, num primeiro momento (o acórdão de 2011) favorável à primazia do interesse público: *“O interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste importância fulcral e carácter de premência. É de lhe atribuir prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos”*.

Já no Acórdão nº 353/2012, o Tribunal fixou como fasquia para o cumprimento deste princípio o dos limites do sacrifício. E, com base nele, foi perentório a julgar que *“[a]s ‘suspensões de pagamento’ dos subsídios, nas modalidades previstas, quer pelo forte agravamento, acrescentado e global, dos montantes retirados, quer pelo alargamento do universo abrangido – que é estendido até aos que auferem 600 euros de remuneração, já não muito longe do salário mínimo nacional – quer ainda por expressamente se aplicarem, desde já, a todo o período (repete-se, extensível) por que vier a aplicar-se o Programa de Assistência Eco-*

*nómica e Financeira, ultrapassam aqueles ‘limites de sacrificio’ cuja admissão o Tribunal Constitucional considerou fazer sentido no nosso ordenamento constitucional. Se trabalhadores com vencimentos a partir de 600 ou 1 100 euros, incluindo trabalhadores a termo e meros prestadores de serviços, expostos já plenamente às exigências, entretanto também agravadas, do sistema fiscal, não tivessem as suas expectativas protegidas da imposição de exigências e sacrifícios adicionais desta amplitude e com este horizonte, a introdução do critério promissor dos “limites de sacrificio” não teria afinal desempenhado papel útil”.*

No Acórdão nº 187/2013 regressou-se, porém, a uma ponderação em que foi preterida a legítima expectativa na percepção do subsídio de férias e foi conferida preponderância ao interesse público *“real, perceptível, claro e juridicamente enquadrável, coincidente com a preservação da capacidade de financiamento do Estado no âmbito das obrigações assumidas”* na *“realização de objetivos orçamentais essenciais ao reequilíbrio das contas públicas, num contexto de particular excecionalidade”*.

**O princípio da igualdade:** Enquanto elemento crucial do argumentário da defesa do Estado de Direito, este princípio é desdobrado na jurisprudência do Tribunal Constitucional em duas dimensões complementares. Em primeiro lugar, o Tribunal explicitou haver nesta exigência constitucional um comando de proibição do arbítrio. Remetendo para jurisprudência anterior, o Acórdão nº 187/2013 é claro a este respeito: *“[e]ste princípio, na sua dimensão de proibição do arbítrio, constitui um critério essencialmente negativo (...) que, não eliminando a liberdade de conformação legislativa – entendida como a liberdade que ao legislador pertence de definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente –, comete aos tribunais não a faculdade de se substituírem ao legislador, ponderando a situação como se estivessem no lugar dele e impondo a sua própria ideia do que seria, no caso, a solução razoável, justa e oportuna (do que seria a solução ideal do caso), mas sim a de afastar aquelas soluções legais de todo o ponto insuscetíveis de se credenciarem racionalmente”*. Nesta dimensão, o Tribunal cuidou de avaliar a legitimidade de medidas do legislador à luz de um critério objetivo: sobrecarregarem ou não essas medidas, *“gratuita e injustificadamente”* uma qualquer categoria de cidadãos (Acórdão nº 396/2011).

A segunda dimensão do princípio da igualdade contemplada pelo Tribunal Constitucional tem sido a da igualdade perante os encargos públicos que, no dizer do Acórdão nº 396/2011, *“exige que os sacrifícios inerentes à satisfação de necessidades públicas sejam equitativamente distribuídos por todos*

*os cidadãos; todos os cidadãos deverão contribuir de igual forma para os encargos públicos à medida da sua capacidade contributiva”.*

Articulando estes dois parâmetros de suporte da igualdade, pode concluir-se, em síntese, que *“tal como recai sobre todos os cidadãos o dever de suportar os custos do Estado, segundo as suas capacidades, o recurso excepcional a uma medida de redução dos rendimentos daqueles que auferem por verbas públicas, para evitar uma situação de ameaça de incumprimento, também não poderá ignorar os limites impostos pelo princípio da igualdade na repartição dos inerentes sacrifícios”* (Acórdão nº 353/2012).

Aplicando estes dois critérios, o Tribunal Constitucional concluiu, em 2011, pela existência de fundamentação legítima para a aplicação da redução de salários apenas aos trabalhadores da função pública. Nessa fundamentação, caberia a inexistência de razões de evidência contrárias à garantia de que, do lado da despesa, só a redução de salários teria eficácia, certa e imediata, a curto prazo, no combate ao desequilíbrio das contas públicas, articulada esta noção com a contenção das medidas restritivas aos salários superiores a 1 500 euros, algo que o Tribunal valorou conjuntamente com a anunciada transitoriedade das reduções salariais então em apreço.

No seu Acórdão nº 353/2012, o Tribunal não contornou a argumentação justificativa da aplicação das medidas de restrição remuneratória (agora na forma de subsídios de férias e de Natal e equivalentes) apenas aos trabalhadores da função pública. Primeiro, a alegada diferença de níveis de remuneração entre trabalhadores do sector público e trabalhadores do sector privado: *“A diferença de níveis de remuneração não pode ser avaliada apenas em termos médios, pois os tipos de trabalho e de funções que são exercidos no sector público não são de modo nenhum necessariamente iguais aos do sector privado. Assim, essa diferença de remunerações médias teria de se demonstrar em face de cada tipo de atividade comparável, sendo certo que há funções muito específicas, incluindo funções de soberania, que só ao Estado e demais entidades públicas competem. Além disso, uma comparação tendo como critério a simples média do valor dos rendimentos auferidos nos dois sectores seria sempre insuficiente para justificar uma discriminação nos cortes dos rendimentos concretamente auferidos por cada um dos afetados”.*

Segundo, a suposta natureza reforçada do vínculo laboral no sector público: *“Apesar de ainda ser possível dizer-se que, na generalidade, se verifica uma maior segurança no emprego público, esse dado não é idóneo para justificar qualquer diferenciação na participação dos cidadãos, através de uma ablação de parte*

*dos seus rendimentos, nos encargos com a diminuição do défice público, como meio de garantir a sustentabilidade financeira do Estado, num período de emergência. Essa participação é exigível apenas àqueles que atualmente auferem rendimentos capazes de suportar tal contributo, sendo irrelevante para a medida dessa capacidade um valor como o da segurança no emprego”. Aliás, como o Tribunal fez questão de sublinhar logo de seguida, “o que releva considerar é que a suspensão dos subsídios de férias e de Natal afeta individualmente os trabalhadores do sector público em função do respetivo nível remuneratório, sendo indiferente, do ponto de vista da onerosidade da medida, que as remunerações globalmente consideradas na Administração Pública sejam superiores às que são auferidas pelos trabalhadores do sector privado ou que estes se encontrem em situação mais desfavorável no que se refere à garantia de empregabilidade”.*

Embora não negasse a admissibilidade de alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem é pago por entidades privadas, o Tribunal considerou que *“obviamente, a liberdade de o legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites”.*

Finalmente, no Acórdão nº 187/2013, o Tribunal Constitucional revisitou criticamente o critério adotado em 2011 para afirmar a primazia do interesse público na contenção da despesa pela via da remuneração dos funcionários públicos: *“[Q]uando entramos no terceiro exercício orçamental consecutivo, que visa dar cumprimento ao programa de assistência financeira, o argumento da eficácia imediata das medidas de suspensão de subsídio não tem agora consistência valorativa suficiente para justificar o agravamento (em relação ao Orçamento do Estado para 2012) dos níveis remuneratórios dos sujeitos que auferem por verbas públicas. Quando uma redução dos salários do sector público, a pretexto da excecionalidade da situação económica, devia ser acompanhada de soluções alternativas de redução da despesa pública, não serve hoje de justificação para a supressão de um dos subsídios que integram a retribuição dos trabalhadores da Administração Pública, a par da diminuição da remuneração mensal, que essa seja ainda a medida que apresenta efeitos seguros e imediatos na redução do défice e a única opção – como se afirma no Relatório do Orçamento do Estado para 2013 – para garantir a prossecução do objetivo traçado (...). O que não faz sentido é que se convoque a vinculação ao interesse público dos trabalhadores da Administração*

*Pública, caracterizada pela referida situação estatutária ou pelo estatuto legal do contrato, como fundamento para a imposição continuada de sacrifícios a esses trabalhadores por via da redução unilateral dos salários, quando assim não se pretenda mais do que um objetivo de caráter geral em vista ao cumprimento das metas de redução do défice”.*

E desta não subsistência da conformação do interesse geral aceite em 2011, o Tribunal Constitucional retirou a natural conclusão de que a persistência de uma redução remuneratória seletiva *“representa objetivamente um entorse ao princípio da igualdade de contribuição para os encargos públicos, implicando que certos sujeitos passivos do imposto (definidos em função de certo estatuto profissional) disponham de menor capacidade económica para satisfazer o aumento de encargos fiscais que foi imposto generalizadamente a todos os cidadãos”.*

**O princípio da proporcionalidade:** *“A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva”*, estatui o Acórdão nº 396/2011. O princípio da proporcionalidade – ou da igualdade proporcional, como é reiteradamente designado na jurisprudência do Tribunal Constitucional – foi por isso um critério essencial de ponderação das medidas de austeridade ao longo dos três últimos anos.

Se, como vimos, em 2011 o Tribunal considerou ser de decisiva relevância que a incidência das medidas restritivas, apesar de se registar somente sobre trabalhadores do sector público, se fizesse sentir apenas nas remunerações superiores a 1 500 euros, o que as retirava do campo inconstitucional da afetação desproporcionada de uma posição de confiança, esse mesmo raciocínio – que assume o “limite dos sacrifícios” como critério fundamental – fez o Tribunal vincar no acórdão de 2012 que *“os pensionistas e os trabalhadores do sector público com rendimentos ilíquidos situados entre 600 euros e 1 100 euros terão uma redução do seu rendimento anual que aumentará progressivamente até 14,3%. Estamos num universo em que a exiguidade dos rendimentos já impõe tais provações que a exigência de um sacrifício adicional deste tipo, como seja a sua redução, numa percentagem que vai progressivamente aumentando, até atingir 14,3% do rendimento anual, tem um peso excessivamente gravoso (...). A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença”.*



A mesma ponderação – e com as mesmas consequências – foi adotada no Acórdão nº 187/2013, onde os juízes entenderam que *“não podemos abstrair do facto de ao impacto das reduções das remunerações dos trabalhadores do sector público se dever adicionar o impacto que, a par dos demais contribuintes, tais trabalhadores sofrerão em resultado do aumento generalizado da carga fiscal, em sede de Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares”*.

#### 4. Conclusões

A disputa entre duas constitucionalidades – a do Estado de Direito e a da excecionalidade – situa-se presentemente no centro da crise. E das alternativas, também. Porque é claro que se o constitucionalismo de excecionalidade é um precipitado retórico e jurídico da crise como estratégia política de transformação liberal da sociedade e da economia, o constitucionalismo do Estado de Direito emerge como referência da construção de alternativas assentes na preservação do primado da soberania popular e da limitação da margem de arbitrariedade do executivo. Aquela soberania exige o primado da constituição formal sobre qualquer constituição material insinuada ao sabor das conveniências do jogo de forças do momento. Aquela limitação exige o respeito por regras básicas como a proteção da confiança, o repúdio da discriminação injusta ou a proporcionalidade. Ironia da História: o que muitos pensavam ser um reduto mínimo, estritamente defensivo, intocável e indiscutível tornou-se hoje o fundamento exigível de alternativas políticas à estratégia de ajustamento tal como tem sido conduzida em Portugal.

No coração dessa disputa, a jurisprudência da austeridade tecida pelo Tribunal Constitucional é uma expressão maior da nova fase de judicialização da Política enquanto resposta à manifesta incapacidade dos dispositivos da democracia representativa balizarem, de modo eficiente, o poder crescente das nebulosas de parceria estratégica entre eleitos e não-eleitos. O esvaziamento do poder regulatório das instituições da democracia representativa parece, pois, ter encontrado na jurisdição constitucional um mecanismo de compensação.

Eis como a crise enquanto estratégia ofensiva sobre o Estado de bem-estar abre espaço para duas inusitadas perplexidades: primeira, a transformação do poder judiciário num dos *locus* de mais intensa politização das sociedades reféns da austeridade; segunda, a consideração de estratégias originariamente defensivas como fundamento de alternativas progressistas.

## REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Z. (2000), *Liquid Modernity*. Londres: Polity Press.
- BERNHEIM, E. e J. COMMAILLE (2012), « Quand la justice fait système avec la remise en question de L'État social », *Droit et Société*, 81, 283-298.
- COMMAILLE, J., L. DUMOULIN e C. ROBERT (2010), « Autour des enjeux d'une ouverture des sciences du politique au droit. Quelques réflexions en guise d'introduction », in *La Juridicisation du politique*. Paris : L.G.D.J, 8-26.
- DAHL, R. (1981), *Análise Política Moderna*. Brasília: Editora Universidade Brasília.
- FERREIRA, A. C. (2012), *A sociedade de austeridade e o direito do trabalho de exceção*. Porto: Vida Económica.
- FREDMAN, S. (2010) "New Horizons: Incorporating Socio-economic rights in a British Bill of Rights", *Oxford Legal Studies Research Paper*, 56. Disponível em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1631774](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1631774).
- GARAPON, A. (1998), *O Guardador de Promessas. Justiça e Democracia*. Lisboa: Instituto Piaget.
- HESPANHA, A. M. (2012), "A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico'. Crise, Direito e Argumentação Jurídica", *Revista do Ministério Público*, 130, 9-80.
- MIRANDA, J. (2011), "Os novos paradigmas do Estado social" (conferência proferida em 28 de setembro de 2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado). Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>.
- SANTOS, B. S. (2001), "Direito e democracia. A reforma global da justiça", in J. M. Pureza e A. C. Ferreira (orgs.), *A teia global: movimentos sociais e instituições*. Porto: Afrontamento, 125-176.
- SANTOS, B. S. (2009), *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Madrid: Editorial Trotta.
- SAINT-HILAIRE, M. (2011), « Autour d'un paradigme juridique de la reconnaissance. Présentation du dossier », *Droit et Société*, 78, 260-291.
- VIBERT, F. (2007), *The rise of the unelected: Democracy and the new separations of power*. Cambridge: Cambridge University Press.