

Reflexões sobre a garantia da Constituição – em especial, a falta de dinheiros públicos como argumento decisório na jurisprudência do Tribunal Constitucional

(Texto publicado *in* Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Fernando Alves Correia, Volume I (Fernanda Paula Oliveira, et al, Org.), Coimbra, Almedina, 2023)

Andreia Barbosa*

Recebido o honroso convite para participar na presente e merecida homenagem, e perante a vastidão da obra do homenageado, centramo-nos naquele que é um domínio estruturante do Direito e para o qual o Senhor Doutor Fernando Alves Correia muito contribui: a justiça constitucional.

Nas suas palavras, a justiça constitucional é a “expressão máxima da garantia da observância das regras e princípios constitucionais pelas leis e demais atos normativos do poder público”, assumindo como objeto de estudo o “conjunto dos órgãos, processos e técnicas de fiscalização jurisdicional da observância das regras e princípios constitucionais pelos órgãos detentores do poder normativo público”¹.

Estamos em crer que o conjunto de reflexões que, aqui, se partilha – atinente, em especial, à intervenção interpretativa do Tribunal Constitucional quando confrontado com a falta de dinheiros públicos – se localiza naquele que é o núcleo da justiça constitucional. Revisitaremos, sem quaisquer propósitos de exaustão, problemas antigos, mas cuja atualidade permanece evidente, não só pelo ressurgimento de *crises* relacionadas com os dinheiros públicos, mas também porque a relação entre *Tribunal Constitucional e poder político* não é um tema esgotado.

1. A instituição Tribunal Constitucional

A perspetiva quanto à atuação do Tribunal Constitucional que, aqui, é apresentada parte do pensamento de Neil Komesar²: as escolhas principais que são feitas em termos

* Doutora em Direito, mestre em Direito tributário e licenciada em Direito, pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Professora na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Faculdade de Economia da Universidade do Porto.

¹ Cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 22.

² Em particular, da sua obra *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1994.

de políticas públicas não têm que ver com as finalidades das mesmas, mas sim com as *instituições* e com os processos de decisão que determinam se tais finalidades são atingidas ou não. Na presente exposição, centrar-nos-emos na *instituição* Tribunal Constitucional, enquanto Tribunal com competência para administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional.

Num Estado de Direito, a proteção da Constituição é a sua condição de existência. E não há Estado de Direito democrático sem controlo da constitucionalidade. Um Estado de Direito pressupõe a existência de uma ordem jurídica própria, cuja cúpula normativa é ocupada pela Lei Fundamental (Kelsen). Na ausência de uma jurisdição constitucional, ficaria, assim, no limite, colocado em causa o próprio Estado de Direito. O mesmo sucede no quadro jurídico da União Europeia, também ele sedimentado sob o alicerce do Estado de Direito. Se olharmos para a relação estabelecida entre *Direito interno* e *Direito europeu* como uma relação igualmente hierarquizada, competindo ao Tribunal de Justiça da União Europeia o controlo da conformidade do primeiro com o segundo, também se constata a preponderância de uma ordem jurisdicional com poderes de controlo normativo. A previsão da fiscalização da constitucionalidade e, evidentemente, a concretização das consequências em caso de inconstitucionalidade, assumem, então, um papel concretizador do Estado de Direito.

Assim sendo, assumindo-se como finalidade a proteção da Constituição, a discussão deve ser centrada na instituição capaz de a concretizar. Entre nós (e contrariamente ao modelo de controlo político entregue ao Chefe de Estado proposto por Carl Schmitt) tal proteção tem sido conferida, sobretudo (ainda que não exclusivamente) ao Tribunal Constitucional, que, desde a sua criação em 1982 (e com as heranças trazidas pelas experiências anteriores)³ tem vindo a criar as condições da sua própria institucionalização material, afirmando-se no contexto dos demais poderes do Estado, no geral, e dos demais Tribunais, em particular⁴. A sua existência não é questionada nem a posição especial que ocupa na orgânica judiciária, enquanto Tribunal que assume primazia na ordenação dos diversos tipos de Tribunais, levanta problemas, sendo as suas

³ Sobre a evolução do Tribunal Constitucional ao longo da história, *vide* ANTÓNIO ARAÚJO, “A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional”, in *Análise Social*, volume XXX (134), 1995, p. 881 e seguintes.

⁴ Sobre a definição funcional das jurisdições ordinária e constitucional, *vide* CATARINA SANTOS BOTELHO, “O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador”, in *Julgar*, n.º 34, 2018, p. 111 e seguintes.

decisões respeitadas pelos “Tribunais ordinários”⁵. Não se registam verdadeiras crises de identidade da jurisdição constitucional portuguesa, por contraposição à situação vivida na Hungria, Polónia, na Roménia e na Turquia, enquanto Estados obscurecidos por experiências de democracia iliberal, nem se verificando *guerra tra Corti*⁶. Pode dizer-se, assim, que o Tribunal Constitucional tem vindo a gozar do consenso institucional tão fundamental à democracia, sem o qual os problemas e os conflitos não podem ser ultrapassados, dando-se reflexo à máxima de Direito Constitucional segundo a qual deve haver um equilíbrio entre *legitimidade e função*.

É, de qualquer forma, em momentos de crise – difíceis de discernir⁷, desde logo, mas que aqui se reconduzem à falta ou insuficiência de dinheiros públicos – que o direito a confiar nas instituições públicas parece necessitar de ganhar um especial folgo, merecendo ser exercido: a vida em comunidade fundamenta-se na confiança. E a confiança que o Tribunal Constitucional é capaz de transmitir aos cidadãos deve ser reforçada nos aludidos momentos de crise. Perante uma Administração pública fortemente partidarizada, pouco meritocrática, que leva a uma forte desconfiança dos cidadãos perante a administração e a um desacreditar na neutralidade, na isenção do Estado e na qualidade das suas decisões⁸, a intervenção do Tribunal Constitucional, pela instituição que é e que representa, surge como um reduto fundamental para revitalizar a confiança dos cidadãos na consolidação da democracia⁹. Esta perceção é especialmente válida se partirmos da conceção (discutível) que entre as virtudes políticas não impera a verdade¹⁰, associando-a ao seu carácter informal, assente em diversas formas de influência

⁵ Na expressão adiantada pelo Tribunal Constitucional alemão – *ordentliche Gerichte* – cf. KLAUS SCHLAICH, STEFAN KORIOH, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 6.^a ed., Munique, 2004. p. 18.

⁶ Referência à tensão que se registou em Itália entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo, na década de 60.

Não obstante, em Portugal também se registam posições que sustentam a transferência das competências do Tribunal Constitucional para uma secção do Supremo Tribunal de Justiça – cf. conclusões recolhidas por SUSANA CORADO, NUNO GAROUPA e PEDRO MAGALHÃES, “Judicial Behaviour Under Austerity – An empirical analysis of behavioral Changes in the portuguese Constitutional Court – 2002 – 2016”, in *Journal of Law and Courts*, 2017, p. 10.

⁷ Cf. PAUL LEROY, “L’organisation constitutionnelle et les crises”, in *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, XXII, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1966, p. 20.

⁸ Vide, a propósito, SUSANA CORADO, *O Grande Lóbi – Como se influenciam as decisões em Portugal*, Objetiva, Penguin Random House, 2017.

⁹ Consolidação que, de resto, não seria conseguida pela mera introdução na Constituição de limites ao endividamento. “A matéria não tem dignidade constitucional, está fora da tradição constitucional moderna de Constituições com grandes metanarrativas sobre o Político e não questões técnicas e, neste caso *próprio sensu*, contabilísticas” - cf. PAULO FERREIRA DA CUNHA, *O contrato constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2014, p. 247.

¹⁰ Cf. HANNATH ARENDT, *Between Past and Future - Eight Exercises in Political Thought* (1.^a ed. 1961), Penguin Books, 2006, p. 223.

encobertas que podem levar a comportamentos tidos como *corruptos*, ao implicarem o corrompimento do Interesse público. A própria Constituição, aliás, tem como causa a própria corrupção – “[c]orruption has been part of our constitutional dialogue since the beginning”¹¹, demonstrando a história que o poder político¹² nem sempre se viu restringido e limitado, sendo também clara a demonstrar como o poder (por vezes em muito) se excedeu e excede. E na ausência de fronteiras ao seu exercício, o poder transforma-se em tirania e num arbitrário despotismo, adquirindo uma tónica moral negativa, revelando o seu “caráter demoníaco” e “patológico”: “[e]l poder tiende a corromper y el poder absoluto tiende a corromperse absolutamente”¹³. As raízes de anti-corrupção que sustentam a Constituição são particularmente relevantes no propósito de afastar um carácter meramente semântico daquele é que é o estatuto jurídico-fundamental da comunidade política e os juízes do Tribunal Constitucional, como guardiões da Lei Fundamental, devem atuar como um efetivo contrapeso dos órgãos legislativo e executivo para conservar a ordem constitucional, impulsionar a sua evolução, garantir a sua eficácia e promover o exercício do poder político num ambiente sadio e íntegro¹⁴. O juiz constitucional serve de meio para balancear e restaurar o equilíbrio entre poderes e para garantir que a Constituição é cumprida.

Mas este não é o único desafio associado à intervenção do Tribunal Constitucional¹⁵. Para além dele (e de outros), a realidade vivida (e que se tem vindo a viver) é marcada por fortes constrangimentos financeiros, que parecem, de certa forma, levar a que se equacione se a aplicação do disposto na Constituição é condicionada à disponibilidade financeira do Estado. Levanta-se, a este propósito, um conjunto de questões, entre si relacionadas, já que todas elas contendem, sobretudo, com a forma como os direitos sociais, constitucionalmente previstos e diretamente dependentes da

¹¹ Cf. TEACHOUT, “The anti-corruption principle”, in *Cornell Law Review*, 94, 2009, p. 342.

¹² Nas palavras de MARCELLO CAETANO, o poder político corresponde à “possibilidade de eficazmente impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia” - *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1963, p. 4.

¹³ Epigrama de lord Acton, *apud* K. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, 2.ª edición ampliada (traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Colección Demos, Barcelona, Editorial Ariel, 1976, p. 28.

¹⁴ Cf. J. U. CARMONA TINOCO, “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, in *Interpretación constitucional*, VV.AA., Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa, 2005, p. 307 a 314.

¹⁵ Não se pretende associar *corrupção* a *situações de debilidade financeira* (pelo risco de generalização e imprecisão que tal comportaria), pelo que é propositada a “quebra” no discurso.

existência de dinheiros públicos, são preservados e efetivados em momentos de crise por via da jurisprudência constitucional. São elas:

- (i) Haverá sustento para um receio do Tribunal Constitucional em ocasionar, com as suas decisões, uma catástrofe orçamental, levando a uma contenção jurisdicional consequencialista ou instrumentalizada?;
- (ii) Será, sequer, constitucionalmente admissível que a fundamentação das decisões do Tribunal Constitucional seja talhada pelas respetivas consequências económicas?;
- (iii) será a garantia de irresponsabilidade dos juízes capaz de assegurar o afastamento de um défice do controlo constitucional, especialmente num quadro de europeização do Direito Constitucional nacional¹⁶, e que convoca a consideração, pelos juízes nacionais, de um princípio de sustentabilidade das finanças públicas nacionais¹⁷?;
- (iv) Estarão a fundamentação jus-principiológica e a fundamentação político-económica integradas em esferas distintas, mutuamente excludentes, ou encontrar-se-ão inevitavelmente interligadas¹⁸?

É certo que o adequado funcionamento da justiça constitucional exige, por um lado, (i) que a esfera política se abstenha de qualquer declaração ou comentário que possam ser tidos como formas de pressão sobre os juízes do Tribunal Constitucional (apesar de se assumir como premissa irrefutável que o Tribunal Constitucional não cede a pressões) e, por outro lado, (ii) autocontrolo por parte de quem a encarna, cuja função não é a de impedir que os demais poderes atuem, mas sim a de melhor permitir que a atuação ocorra, especialmente quando a autonomia dessa atuação é constitucionalmente reconhecida. Ainda assim (apesar do autocontrolo) não poderá o Tribunal Constitucional abdicar da sua competência e da eficaz realização das suas funções, devendo os respetivos membros manter presente de que devem *essere giudici, non propaggini* e que devem

¹⁶ Quanto à passagem de uma Constituição dirigente para uma Constituição dirigida pelo Direito da União Europeia, vide J. J. GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 199 e seguintes.

¹⁷ À luz do disposto nos artigos 3.º, n.º 4, do Tratado da União Europeia, e artigos 5.º, n.º 1, e 121.º e seguintes do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia.

¹⁸ Quanto aos termos em que os Tribunais portugueses reagiram aos efeitos da crise económica e financeira a partir de 2008, vide o estudo “Os tribunais e a crise económica e financeira – Uma análise do discurso judicial”, coordenado por Patrícia André e Teresa Violante, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019, disponível em

https://www.academia.edu/41585262/Os_Tribunais_e_a_Crise_Econ%C3%B3mica_e_Financeira_Uma_An%C3%A1lise_do_Discurso_Judicial?email_work_card=title [28-12-2022].

aplicar a Constituição, sem que se possa invocar, neste contexto, a violação do princípio da separação de poderes como forma de justificar determinados limites quanto ao alcance das decisões. A divisão de poderes entre diferentes órgãos não é constitucionalmente imposta para os isolar reciprocamente, mas sim para permitir um controlo recíproco de uns sobre os outros, garantindo não só que o poder não se concentra num único órgão, mas também que os diferentes órgãos funcionam regularmente. Esta é uma leitura que permite, de resto, preservar o equilíbrio entre o princípio da constitucionalidade e o princípio democrático.

Afigura-se, claro está, como desafiadora uma atuação que, perante o(s) bem(bens) jurídico(s) a proteger, não peque nem pelo excesso (proibição do excesso), nem pela insuficiência (proibição da insuficiência), sendo de evitar sentidos decisórios que não permitam ao poder legislativo e ao poder executivo identificar, de forma clara, as orientações quanto aquilo que é ou não admissível à luz da Constituição, sem limitar aquela que é a liberdade deliberativa do processo político e sem deslocar aquele que é o poder do Parlamento para uma instância que lhe é exterior. Trata-se, este, de um resultado que seria facilitado se o próprio texto da Constituição partisse de princípios relativos ao conteúdo das leis da forma mais precisa possível¹⁹, no sentido de privilegiar os valores da certeza e da segurança. Acabou, porém, por não ser este o caminho trilhado pela maioria dos textos constitucionais, entre eles, pela Constituição da República Portuguesa, que trouxeram uma visão da Constituição como um “sistema de princípios”²⁰ – ao ser acentuada a proliferação de normas com estrutura de princípios (enquanto “Constituição principialista”²¹, não assente na lógica do “tudo ou nada”, própria das regras) –, e ao permitir o balanceamento ou a ponderação de bens, de interesses e de valores. De qualquer forma, atendendo à menor densidade dos princípios e à sua relativa indeterminação (cujo grau é variável), poder-se-á defender que os princípios constitucionais só devem ser invocados isoladamente como fundamento de inconstitucionalidade e de se sobrepor ao princípio democrático em casos-limite (como

¹⁹ Cf. HANS KELSEN, “A garantia jurisdicional da Constituição”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 20/21, 2011, p. 26.

²⁰ “[A] Constitution in its proper Idea intends a System of Principles Established to Secure the Subjects in the Possession and enjoyment of their Rights and Privileges, against any Encroachments of the Governing Part” – cf. JOHN AGRESTO, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, Ithaca, 1984, p. 50.

²¹ Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade constitucional*, 3.ª reimpressão da edição de abril de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, p. 192.

aqueles a que *infra* se fará referência), quando a incompatibilidade com os mesmos é manifesta.

Nestes termos, a “textura aberta” do Direito pode, quando ocorre no texto constitucional, aproximar as decisões judiciais do Tribunal a decisões políticas, apesar de, evidentemente, as mesmas não gerarem nem poderem gerar, como geram para o legislador e para o Governo, responsabilidade política. Ainda assim, o maior risco para uma Constituição não é um Tribunal Constitucional ativamente comprometido com o exercício das suas funções, mas sim um Tribunal em *self-restraint*, receoso de atuar perante as arbitrariedades do poder político²². Da mesma forma, o Tribunal Constitucional não é nem se pode tornar num órgão meramente consultivo ou que sirva de reforço ou de legitimador do poder governamental. O Tribunal Constitucional é o intérprete supremo da Constituição e a Constituição consagra direitos que não se encontram na disponibilidade do legislador ordinário²³. À justiça constitucional, no geral, e ao Tribunal Constitucional, em particular, cabe garantir a supremacia da Constituição na dinâmica política, em nome do Interesse público, enquanto orientação teleológica constitucionalmente assente que impõe o interesse coletivo como fim das atuações públicas.

2. A abertura interpretativa da Constituição (e da jurisprudência do Tribunal Constitucional)

Não existe hoje apenas um único sentido interpretativo para velar o sentido das normas constitucionais: a normatividade é complexa, indeterminada e utiliza conceitos que exigem densificação ou um preenchimento interpretativo complexo. A Constituição,

²² Cf. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, et al, “A execução das decisões do Tribunal Constitucional”, in *Sub Judge, Justiça e Sociedade*, n.º 20/21, 2011, p. 113.

²³ Daí que seja “tão difícil quanto desejável afastar toda e qualquer influência política da jurisprudência da jurisdição constitucional”, para efeitos da concretização de uma “missão puramente jurídica de interpretação da Constituição” – cf. HANS KELSEN, “A garantia jurisdicional da Constituição”, in *Sub Judge, Justiça e Sociedade*, n.º 20/21, 2011, p. 20.

No sentido de propor a impossibilidade de, por um lado, alguém ser designado juiz do Tribunal Constitucional se, nos últimos cinco anos, tiver desempenhado cargos políticos ou de designação política ou desenvolvido atividades em partidos políticos, e de, por outro lado, alguém ser designado para cargos políticos ou de designação política se tiver exercido funções de juiz do Tribunal Constitucional nos últimos cinco anos, vide JORGE MIRANDA, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 123 e 124.

como “projeto de inclusão que é”²⁴, abre-se a diferentes leituras e gerações, e vai-se realizando.

Centrando-nos na dimensão que mais interessa para a presente exposição, perante a ausência de consagração expressa de um estado de crise económico-financeira (enquanto figura autónoma ou como subtipo dos estados de exceção constitucionalmente previstos), e constatando-se a ausência de soluções constitucionais que permitam aos órgãos de soberania o exercício de poderes emergenciais, de natureza excecional, aquele exercício interpretativo a desencadear pelo Tribunal Constitucional para aferir da conformidade com a Constituição das medidas jurídico-normativas adotadas é mais desafiante ainda²⁵, sobretudo quando o discurso associa tais medidas à atuação eminentemente política e, em concreto, político-financeira.

A interpretação da Constituição, à semelhança de toda a interpretação jurídica, sofreu uma mudança significativa, ao deixar de ser concebida apenas como *interpretação da lei constitucional*, para dar lugar à *realização do Direito constitucional*²⁶. Tendo presente a assinalada abertura do texto constitucional, a interpretação evolutiva ou atualista entende por legítimo interpretar as normas constitucionais em termos que – sem levar à degradação da Constituição, tornando-a um mero reflexo de uma realidade fáctica vivida, temporalmente circunscrita –, permitam a sua atualização, adaptando o texto ao clima histórico-social existente, numa linha que em muito não se distancia de outros quadrantes do Direito. A linguagem jurídica, toda ela, não é uma metalinguagem, como a da matemática pura. Não obstante, é hoje generalizada a ideia de que a interpretação eminentemente constitucional se distingue da demais interpretação jurídica, na medida em que o texto constitucional tem uma estrutura essencialmente pactícia²⁷, incompleta e fragmentária e uma natureza principiológica. A própria vastidão das matérias que

²⁴ Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade constitucional*, 3.^a reimpressão da edição de abril de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, p. 173 e 176.

²⁵ Neste sentido, e defendendo a possibilidade de se encontrar, na ordem jurídico-constitucional portuguesa, um fundamento convincente para um direito de crise, vide MARIA BENEDITA URBANO, “Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional”, in *A Crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público* (Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo e Filipa Galvão, Coord.), Lisboa, ICJP, 2013, p. 7 e seguintes.

²⁶ Assim, CASTANHEIRA NEVES, que assume a interpretação jurídica já não, somente, como interpretação da lei, tendo-se convertido em interpretação do Direito – *O Atual Problema Metodológico da Interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 37 e 38.

²⁷ O “princípio contratualista” da Constituição (enquanto “operador hermenêutico”, nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA), concebe-a, precisamente, como uma emanção de um acordo ou contrato fundamental hipoteticamente concluído entre os cidadãos e os governos e os contratos devem ser pontualmente cumpridos – cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 30.

encontra acolhimento na Constituição determina o carácter sintético ou, até, lacónico, de algumas delas, levando a exercícios interpretativos particularmente difíceis de se concretizar.

Mas ainda que a interpretação do texto constitucional vá para lá da interpretação de um texto legal no contexto do qual se procura apenas a revelação do sentido da norma a partir dos elementos de interpretação (procurado também a promoção do *ethos* constitucional), tais elementos não são estranhos à interpretação da Constituição. Porém, para além do elemento literal, do elemento histórico e do elemento teleológico, o elemento sistemático assume, aqui, especial relevância, perante as relações de interdependência semântica entre preceitos normativos²⁸.

Os preceitos estabelecem entre si conexões de sentido, de tal forma que a interpretação de um deles não é possível sem uma referência aos outros. Tal interdependência semântica pode ser total ou parcial. A interdependência parcial prende-se com a relação de dependência recíproca que se estabelece entre os diferentes preceitos. Já por via da interdependência total, pretende-se aferir a relação de mútua dilucidação/clareza existente entre o texto constitucional no seu todo e as diferentes partes que o compõem, compreensível através de um círculo hermenêutico de iluminação recíproca entre o todo e as partes, sendo também possível equacionar a existência de uma espiral hermenêutica para sublinhar o gradual aprofundamento do sentido normativo daí resultante. A Constituição diz-se, assim, *autodescritiva* e *autorreferente*²⁹, sem prejuízo da *interculturalidade constitucional* e da *intersemioticidade constitucional*, perante a rede de Constituições existente. Assim, as Constituições dos Estados Membros da União Europeia “convertem-se em instrumentos relevantes de uma *hermenêutica europeia* que procura articular o reconhecimento de identidades nacionais com a formação de uma *identidade cultural europeia*”³⁰, potenciando o “pluralismo de intérpretes, aberto e

²⁸ O método hermenêutico-clássico foi defendido por E. FORSTHOFF, nos termos do qual a Constituição deve ser interpretada com base nos mesmos métodos de uma lei, apelando aos aludidos quatro elementos da interpretação – cf. ERNEST FORSTHOFF, *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973* (traducción: Patricio Montero-Martin), Madrid, Tecnos, 2015, p. 206. Para uma análise deste e de outros métodos de interpretação da Constituição, trazidos pela doutrina alemã (o método tópico-orientado para a resolução de problemas; o método da interpretação constitucional orientado para as ciências da realidade; e o método de interpretação hermenêutico-concretizador), vide ERNEST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation-Bestandsaufnahme und Kritik*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1976, p. 2089 e seguintes.

²⁹ Cf. ERNEST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, “Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29, (33), 1996, p. 284.

³⁰ Cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 15.

racionalmente crítico”³¹. O resultado interpretativo não pode deixar de ser, então, aberto, encontrando-se diferentes sentidos das normas constitucionais.

O Tribunal Constitucional, enquanto “órgão supremo da justiça constitucional”, evidencia “funções interpretativo-concretizadora, densificadora e conformadora das regras e princípios paramétricos da Constituição”³², sendo a interpretação da Constituição “problematicamente intencionada”, ao não poder deixar de pressupor um problema ou controvérsia jurídico-constitucional³³. E a sua intervenção decisória não é irreversível nem imutável, à luz das exigências decorrentes do próprio regime democrático³⁴. Apesar de constituir a instituição que dá guarida aos valores de segurança e certeza da ordem jurídica, potenciando a confiança dos cidadãos nas instituições, é ao Tribunal Constitucional que cabe proferir a última palavra na fixação do sentido das normas constitucionais, ainda que a sua decisão não permaneça, ela própria, *ad aeternum*. Até o reconhecimento da importância da exposição dos votos de vencido, permitindo a publicidade dos debates judiciais travados, é expressão da democracia deliberativa, o que contribui para a legitimação do exercício do poder, garantindo que o poder normativo dos cidadãos não esmorece a seguir às eleições e que o Tribunal Constitucional assegura a perenidade dos valores constitucionais³⁵. Neste sentido, aceitando-se a abertura da Constituição, também a jurisprudência do Tribunal Constitucional deve ser aceite como aberta, evitando-se uma metodologia constitucional marcadamente conservadora e retirando-se proveito da qualidade de “progressista” que ao mesmo é reconduzida.

Reconhece-se, assim, que a justiça constitucional interfere com a própria Constituição, provocando, por um lado, um “efeito conformador”, que se produz em dois sentidos: (i) o Tribunal Constitucional sujeita-se às regras e aos princípios constitucionais e (ii) as regras e os princípios constitucionais não deixam de ser conformados, no seu sentido, pela atividade interpretativo-concretizadora desencadeada pelo Tribunal

³¹ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 279.

³² Cf. FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 13.

³³ Cf. CASTANHEIRA NEVES, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 37 e 38.

³⁴ Cf. PAULO OTERO, *Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade constitucional*, 3.ª reimpressão da edição de abril de 2010, Coimbra, Almedina, 2017, p. 188 e 189.

³⁵ Cf. LUIZ S. CABRAL DE MONCADA, *O Estado Pós-Moderno – Para um novo paradigma de compreensão das atuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil*, Lisboa, Quid Juris, 2018, p. 271 e 272.

Constitucional³⁶, admitindo-se que “*we are under a Constitution, but the Constitution is what the judges say it is*”³⁷, o que, quando convoca uma interpretação evolutiva da Constituição, pode dar aso à chamada revisão silenciosa ou informal da Constituição³⁸, concretizada não só pelo Tribunal Constitucional, mas também com as jurisdições com que dialoga – desde logo, com a jurisdição europeia. Retomamos, assim, as palavras de FERNANDO ALVES CORREIA, quando diz que “[a] interpretação e a compreensão do vigente texto da Constituição Portuguesa não podem prescindir de dois importantes fenómenos, que constituem o seu atual contexto, quais sejam a decisiva influência do *direito constitucional europeu* e da *justiça constitucional*, em particular das decisões do Tribunal Constitucional português, em diálogo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia”³⁹.

Perante as reflexões até aqui expostas, centradas na relevância da atuação interpretativa do Tribunal Constitucional, centraremos, agora, a nossa atenção, naquela que tem sido a sua intervenção na proteção de direitos fundamentais – em particular, de direitos sociais –, quando articulada com a consideração de limitações financeiras. Trata-se de um âmbito em que a tensão entre ser “o guardião da Constituição” ou o “árbitro da política”⁴⁰ assume especial evidência, perante a necessidade de compatibilização entre a “responsabilidade” que se impõe ao Estado de Direito democrático nos planos político, social e económico, e aquelas que são as suas reais capacidades de atuação, num contexto em que a própria modelação jurídico-política estatal e a intervenção do Tribunal Constitucional já não são feitas, como dizíamos, a uma só voz.

³⁶ Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, “Para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português”, in *Revista do Ministério Público*, ano 9, n.ºs 33 e 34, 1988, p. 14 e 15.

³⁷ A expressão é da autoria de Hughes, Chief Justice of the Supreme Court, dos Estados Unidos da América, que foi citada em E. S. CORWIN’S, *The Constitution and What It Means Today*, 14.ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1978, p. XIII.

³⁸ Neste sentido, vide FERNANDO ALVES CORREIA, *Justiça Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019, p. 34.

³⁹ Cf. FERNANDO ALVES CORREIA. “Texto e contexto da Constituição Portuguesa de 1976”, in *e-Publica: Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 3, 2016 (disponível em https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001) [27-12-2022].

⁴⁰ Expressões de GUGGENBERGER e WÜRTENBERGER, e SCHOLZ *apud* “ROBERT CHR VAN OOYEN, Beiträge zu einer politikwissenschaftlichen Verfassungslehre, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2006, p. 208, *apud* CATARINA SANTOS BOTELHO, “O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador”, in *Julgar*, n.º 34, 2018, p. 119.

3. Direitos fundamentais, reserva do financeiramente possível e jurisprudência do Tribunal Constitucional

Foi numa “aula aberta” ministrada pelo Professor Doutor Jorge Reis Novais, a 28 de janeiro de 2022, – a qual tivemos a oportunidade de organizar no âmbito do projeto “Sustentabilidade financeira pública e poder judicial: quando os Tribunais usam a falta de dinheiros públicos como argumento decisório” –, que a relação entre os direitos fundamentais (especialmente, direitos sociais), reserva do financeiramente possível e jurisprudência do Tribunal Constitucional foi revisitada. Neste apartado, procuramos expor, sob a nossa responsabilidade, a lição por nós retirada da aula, a par de outras considerações que assumimos como relevantes para o tema. O aludido projeto de investigação, integrado no Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), foi liderado pelo Professor Doutor Joaquim Freitas da Rocha.

Dizíamos que é em situações de crise que a atuação do Tribunal Constitucional se revela simultaneamente imperiosa e difícil, desde logo pela necessidade de garantir que o Tribunal Constitucional assegure que as lutas de substrato político e político-financeiro respeitam a Constituição, sem sobre elas decidir⁴¹ (apesar de a própria Constituição ser, ela própria, politizada⁴²). E tais dimensões político-financeiras encontram-se diretamente relacionadas com a concretização de direitos sociais, os quais, na sua “dimensão objetiva principal”, correspondem a direitos a prestações positivas de um Estado de Direito⁴³. Aliás, o Estado de Direito é erguido sob três pilares de sustentabilidade – o equilíbrio político-institucional, a perenidade financeira e a integridade valorativa –, os quais se encontram simultaneamente em causa quando o Tribunal Constitucional é chamado a decidir num contexto de debilidade financeira. O Estado de Direito comporta dimensões materiais que impõem o respeito e o compromisso para com a realização de determinados valores e que se concretizam nos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade,

⁴¹ Cf. MARCELO REBELO DE SOUSA, “Legitimação da justiça constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, p. 97.

⁴² Cf. JOAQUIM CARDOSO DA COSTA, “Tribunal Constitucional e debate público”, in *40 anos de Políticas Públicas de Justiça em Portugal*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 126.

⁴³ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 41 e seguintes.

da proporcionalidade e da proteção da confiança dos cidadãos⁴⁴, no contexto de um Estado social de Direito que acaba por ser incompatível com um “Estado magro”. A doutrina do Estado social de Direito recomenda não só a harmonia dos direitos de índole individualizada com os de índole socializante, como também a sua interconexão e mútua sublimação, considerando que apesar de em causa estarem objetos diferenciados e de serem diferentes as suas razões, não deixam de servir valores comuns⁴⁵. E a intervenção do Estado deve ser direcionada para este núcleo de valores adquiridos e comuns sobre os quais há socialmente um largo consenso.

Sucedem que apesar de o Estado social se encontrar formalmente estabelecido, em termos práticos, constata-se que nem sempre funciona em situações de *stress*, no contexto das quais o excesso de otimismo institucional provoca situações de falta de preparação e de ineficiência perante “catástrofes” pré-anunciadas (entre elas, de cariz económico-financeiro) por especialistas (*lato sensu*), os quais – movendo-se num quadro de “legitimidade técnica” (que importaria, de resto, melhor qualificar à luz das exigências decorrentes do Estado de Direito) – desempenham um papel de grande relevância na definição dos termos de resposta a dar às emergências que surgem⁴⁶. O Estado constitucional reclama, pois, o cumprimento das exigências do Estado Social, em decorrência de imposições constitucionais que refletem necessidades de natureza coletiva. A satisfação de tais necessidades tornar-se particularmente difícil de se concretizar num cenário de má gestão dos recursos públicos, sem capacidade para antever ou para evitar a despesa ou para aplicar critérios de maior seletividade na respetiva efetivação, em incumprimento das regras de legalidade, de eficiência e transparência ou, sinteticamente, em desconsideração do Interesse público e de que “[d]ie Schulden von heute sind die Steuern von morgen”⁴⁷.

Ora, atenta a relevância que os direitos sociais assumem no ordenamento jurídico português, perante uma Constituição que expressamente os acolhe, e considerando que a respetiva concretização prática está na dependência da disponibilidade financeira do

⁴⁴ Para uma proveitosa síntese, vide A. WEBER, “Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip”, in *Zeitschrift für öffentliches Recht (ZÖR)*, 63, 2008, p. 267 e seguintes.

⁴⁵ Cf. JORGE MIRANDA, *A Constituição de 1976. Formação, estrutura, princípio fundamentais*, Lisboa, Petrony, 1978, p. 501.

⁴⁶ Vide, a propósito, o nosso “O excesso de otimismo institucional e a legitimidade pela especialização como lições da pandemia” (no prelo, em publicação atinente ao V Seminário Internacional Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas).

⁴⁷ Cf. A. BECKER, “Generationengerechte Finanzpolitik”, in *Handbuch Generationengerechtigkeit* (Jörg Tremmel, org.), München, Öko, 2003, p. 251.

Estado⁴⁸, seria, desde logo, expectável a existência de uma exuberante jurisprudência do Tribunal Constitucional neste domínio. Porém, sobre a questão de se saber se será constitucionalmente admissível a recusa, por parte do Estado, de uma determinada prestação social (em concretização de um direito social constitucionalmente consagrado), com base no argumento da reserva do financeiramente possível, não existe jurisprudência do Tribunal Constitucional: a questão a ele não chegará. E assim é por força do sistema de fiscalização da constitucionalidade que, em Portugal, não o permite⁴⁹.

A fiscalização da constitucionalidade, não sendo o único instrumento capaz de garantir a proteção da Constituição, é particularmente relevante nesse seu propósito, sendo vários os desafios que, a este nível se levantam (desde a fiscalização dos atos discricionários – políticos e da administração –; à eventual inconstitucionalidade das decisões judiciais propriamente ditas; ao efeito de vazio jurídico deixado por uma declaração de inconstitucionalidade; ao recurso de amparo). Centrando-nos naqueles que respeitam à fiscalização por omissão, trata-se de um controlo que é admitido, tão só, a nível abstrato, e nos casos em que se identifica a ausência de norma jurídica (ou em casos em que a norma jurídica é marcada pela insuficiência, pela deficiência ou inadequação) para dar exequibilidade a normas constitucionais. A omissão de uma atuação em concreto – consubstanciada na recusa estadual de uma prestação social por motivos financeiros – não é objeto de fiscalização por parte do Tribunal Constitucional português, estando-lhe vedado que o faça, o que potencia um défice de defesa dos direitos dos cidadãos, eventualmente em prol do afastamento da deslegitimação de governos e de parlamentos inertes⁵⁰. A exuberância com que a Constituição consagra os direitos fundamentais, a grandiloquência das palavras, acaba, assim, por se esfumar quando, em termos práticos, é encontrada esta e outras limitações, as quais acabam por contribuir para uma Constituição não inteiramente cumprida.

Não obstante, sobre a ausência de dinheiros públicos e sobre a relevância que a mesma assume nas atuações estaduais, o Tribunal Constitucional a ela se tem referido em diversas ocasiões e em duas circunstâncias-tipo: por um lado, e em abstrato, sobre a

⁴⁸ Sobre a relevância da receita fiscal para tais propósitos, *vide*, por exemplo, J. L. SALDANHA SANCHES, “A reforma fiscal portuguesa numa perspetiva constitucional”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 354, abril-junho, 1989, p. 41 e seguintes.

⁴⁹ E não se vislumbram, aqui, mecanismos previstos em legislação ordinária que permitam, com base neste especial fundamento, reagir, administrativa ou jurisdicionalmente, contra tais atos.

⁵⁰ No sentido de propor que a fiscalização da inconstitucionalidade por omissão passe também a ter lugar quando, nos feitos submetidos a julgamento, os Tribunais não possam dar efetivação a direitos fundamentais e das decisões sejam interpostos recursos, *vide* JORGE MIRANDA, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021, p. 140.

reserva do financeiramente possível quanto à natureza e à efetividade dos direitos fundamentais sociais; e, por outro lado, e em concreto, quando em causa está a fundamentação de decisões no sentido da inconstitucionalidade quanto a opções jurídico-normativas assumidas pelo legislador.

Atente-se em cada uma das aludidas circunstâncias.

A consideração da reserva do financeiramente possível assume especial relevo quando em causa está a proteção e a concretização de direitos sociais, apesar de a sua relevância se estender para lá deste domínio. Aliás, em bom rigor, a consideração da reserva do financeiramente possível deve ter lugar sempre que o argumento financeiro está inscrito no conteúdo de proteção do próprio direito fundamental, o que não é exclusivo dos direitos sociais, estendendo-se ao domínio dos direitos de liberdade⁵¹. Os recursos financeiros permitem que as disposições constitucionais que impõem a intervenção do Estado na concretização de direitos não se limitem a ilusões político-constitucionais⁵², mas a crescente falência dos cofres do Estado (social) reclama mais rigor e mais critério na despesa de prestações públicas, sendo inevitável um projeto de “igualdade igualitária”⁵³. Tal projeto deve assentar num princípio de solidariedade, que no contexto de uma determinada sociedade política local, leva a que só deverão ter direito a prestações sociais aqueles que precisam, na medida exata em que precisam e unicamente enquanto precisarem⁵⁴.

Pois bem, no que particularmente concerne aos direitos sociais e à efetivação dos mesmos, poder-se-á dizer que durante todo o século XX, com exceção do acórdão n.º 39/84, sobre o serviço nacional de saúde, o Tribunal Constitucional, tradicionalmente, assumia a afetação intrínseca dos direitos sociais à luz do que é financeiramente possível e, nesse sentido, o conteúdo fundamental destes direitos seria constitucionalmente indeterminado, cabendo ao legislador ordinário concretizar essa determinação. Ou seja, seria da competência do legislador ordinário conferir conteúdo (concretização) ao direito social constitucionalmente previsto. Mas assim se admitindo, a intervenção do legislador,

⁵¹ Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 92 e seguintes.

⁵² “As constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar expectativas normativas” – cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 28.

⁵³ Cf. CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Ab Unum ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (Antunes Varela, Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, org.), Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 977 e seguintes.

⁵⁴ Cf. CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Ab Unum ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (Antunes Varela, Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, org.), Coimbra, Coimbra Editora, 1998, p. 1001.

como causa desta sua intervenção de criação conteudística, nela não se poderá esgotar: ficará também a caber ao legislador concretizar as alterações ao que criou e, inclusivamente, fica a caber-lhe a competência para extinguir (por via da revogação) o que criou. Nestes termos assim entendidos, o legislador ordinário não interfere com o texto constitucional: interfere com o direito constitucionalmente previsto. O direito social fica, portanto, nas mãos do legislador ordinário, que dele dispõe, a não ser no mínimo determinado ou exigido pela dignidade da pessoa humana. Este conteúdo mínimo – assente na dignidade da pessoa humana, na consciência jurídica universal – não careceria de ser criado pelo legislador ordinário, antes decorreria da Constituição. O que o ultrapassasse estaria já na disponibilidade do legislador.

Ora, se se admite que um direito está nas mãos do legislador ordinário, dele dependendo para ser feito valer, em causa não pode estar um direito fundamental. Os direitos fundamentais estão retirados dos poderes públicos infraconstitucionais, designada e precisamente, do legislador ordinário. Sendo os direitos elevados à consagração constitucional, os poderes públicos infraconstitucionais ficam sujeitos à norma constitucional, não dependendo de maiorias parlamentares. Daí serem tidos, os direitos fundamentais, como “trunfos” contra a maioria. Neste sentido, parece-nos que está em causa um domínio no contexto do qual o autocontrolo que se aponta como imperioso à atuação do Tribunal Constitucional deve cair. Estando em causa a proteção do conteúdo principal de direitos fundamentais, em conexão com o princípio da dignidade da pessoa humana, o Tribunal Constitucional deve exercer as competências que lhe são atribuídas, sem correr o risco de ser tido como *ativista* ou como violador da separação de poderes, atuando com total legitimidade, trazida, desde logo, pela aplicação da Constituição, ela própria de origens parlamentares e dos consequentes pergaminhos democráticos⁵⁵.

A doutrina portuguesa, porém, tende a considerar que assim não sucederá com os direitos sociais, precisamente como consequência da reserva do financeiramente possível, pertencendo ao legislador ordinário a última palavra quanto ao direito social. Se assim é, outra conclusão não poderá ser tomada que não a de se considerar que o direito social não será, então, um direito fundamental. A resistência da doutrina portuguesa à assunção

⁵⁵ Assim, sem prejuízo das reservas que podem ser (e são) levantadas a propósito da erosão da legalidade e da revalorização da função jurisdicional, reconhecendo-se ao juiz (de qualquer tribunal) um espaço de autonomia. A propósito, *vide* PAULO RANGEL, *O estado do Estado – Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, Alfragide, Dom Quixote, 2009, p. 39 e seguintes.

expressa de uma conclusão nestes termos parece ser justificada por duas razões: por um lado, porque a Constituição consagra os direitos sociais como direitos fundamentais e, por outro lado, porque os direitos sociais já não são, ao contrário do que sucedia em 1976, uma dimensão exclusiva da Constituição, sendo tidos em instrumentos de Direito internacional como direitos fundamentais.

A entrada no século XXI ficou marcada, porém, pelo acórdão n.º 509/2002, relativo ao (então assim designado) rendimento mínimo garantido. Neste acórdão, o Tribunal Constitucional nasce para os direitos sociais. Trata-se daquela que é a decisão, neste domínio, mais arrojada do Tribunal Constitucional português, numa audácia considerável, até, no plano internacional. Em causa estava a garantia, pelo legislador ordinário, do aludido rendimento mínimo garantido, ao qual as pessoas numa situação de maior debilidade financeira tinham acesso. Por razões essencialmente de ordem política (centradas nos efeitos advindos da garantia daquele rendimento, que seria capaz de desestimular, sobretudo entre os jovens, a atividade laboral) passou a ser legalmente determinada a impossibilidade de acesso ao rendimento social de inserção (que assim se passou a designar) por pessoas com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos de idade. Tendo a questão chegado ao Tribunal Constitucional, era, em particular, o direito fundamental à segurança social que servia de base de consideração, sendo levantadas questões de igualdade e de justificação: qual seria o motivo para restringir o acesso ao rendimento apenas pelas pessoas com idades entre os 18 e os 25 anos, e qual seria a justificação para uma medida com estes contornos. Era expectável que a abordagem do Tribunal Constitucional fosse centrada nestas duas questões (em especial, na atinente ao princípio da igualdade), mas acabou por ser seguida uma linha de fundamentação distinta, mais difícil, arrojada e inovadora: entendeu o Tribunal Constitucional que independentemente das indisponibilidades financeiras do Estado, o princípio da dignidade da pessoa humana exige uma prestação deste tipo, em quaisquer circunstâncias. O princípio da dignidade da pessoa humana, atento o valor absoluto que conhece, levou a que o Estado ficasse obrigado, independentemente dos recursos financeiros disponíveis, a garantir a todos os cidadãos que dele precisassem, o rendimento social de inserção. Neste domínio, o argumento financeiro não foi, assim, tido como efetivamente relevante para o Tribunal Constitucional.

O Tribunal Constitucional poderia, assim, ter decidido no mesmo sentido da inconstitucionalidade por via de uma linha argumentativa centrada no plano do direito social e no princípio da igualdade, mas seguiu pela via mais exigente. Esta opção poderá

ser justificada pela desconsideração do direito à segurança social como um direito fundamental e, também, pelo apoio proveniente da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a quem se deve a consideração do mínimo para uma existência condigna. E importa aqui salientar que, na Alemanha, em causa está um Tribunal que se move no contexto de uma Lei Fundamental que não dá consagração expressa e formal a direitos sociais, pelo menos não nos mesmos termos que se encontram em Portugal. A jurisprudência alemã tem vindo a ser obrigada a recorrer ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio do Estado social como forma de fundamentação das decisões em virtude daquela ausência. Pelo contrário, em Portugal, a Constituição acolhe expressa e formalmente um elenco significativo de direitos sociais, pelo que esta via de fundamentação de Direito adotada no acórdão em causa não se revelava necessária, não fossem a doutrina e a jurisprudência tradicionais, ao longo do século XX, terem esvaziado o que havia sido constitucionalmente criado – a elevação dos direitos sociais ao nível de direitos fundamentais. É neste sentido que o aludido acórdão n.º 509/2002 trouxe uma mudança de sentido na jurisprudência portuguesa⁵⁶ e, ao longo século XXI, o Tribunal Constitucional, apesar de não ter ainda teorizado sobre o problema, começou a aplicar, na jurisprudência atinente a direitos sociais, os *princípios estruturantes* – o princípio da igualdade, o princípio da proteção da confiança e, especialmente, o princípio da proporcionalidade –, sem necessidade, de resto, de recorrer a uma ideia de proibição de retrocesso que, nas palavras de FERNANDO ALVES CORREIA, não constitui um “princípio autónomo densificador ou concretizador dos direitos sociais”⁵⁷.

O Tribunal Constitucional português entendeu, ao invés do que considerava (e considera) quase unanimemente a doutrina constitucional portuguesa, afastar a dualidade de regimes pensada para os direitos de liberdade, por um lado, e para os direitos sociais, por outro, aplicando no domínio destes últimos aqueles princípios estruturantes do Estado de Direito e submetendo os direitos sociais, portanto, ao regime geral dos direitos fundamentais. A jurisprudência do Tribunal Constitucional português sobre direitos sociais passou, então, a ser uma jurisprudência sobre direitos fundamentais.

⁵⁶ Para uma crítica ao aludido acórdão *vide* JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 188.

⁵⁷ Palavras proferidas no I Encontro de Professores de Direito Público, *apud* BENEDITA MAC CRORIE, “Os direitos sociais em crise?”, *in A Crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público* (Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo e Filipa Galvão, Coord.), Lisboa, ICJP, 2013, p. 35 e 36.

De resto, a reserva do financeiramente possível é tida como característica imanente dos direitos sociais, aferindo o Tribunal Constitucional se a norma jurídica em causa está ou não em conformidade com a aludida base principiológica. Neste sentido, o argumento financeiro pode funcionar como justificação para restringir o direito, mas será necessário determinar se a medida da limitação se conforma ou não com os princípios estruturantes, o que segue a lógica típica no domínio dos direitos fundamentais⁵⁸. Em primeiro lugar, surge a questão de se saber qual será o motivo da limitação do direito, sendo a justificação financeira tida como válida para esse efeito: se se vive numa situação de insuficiência financeira, o Estado não pode garantir um direito fundamental da mesma forma que um Estado que não se encontra na mesma situação é capaz de o fazer. Mas, saliente-se, não significa isto que o direito fica nas mãos do legislador ordinário. O legislador ordinário está vinculado ao respeito pelos princípios estruturantes.

Esta questão foi levantada frontalmente perante o Tribunal Constitucional, em particular, no domínio da chamada “jurisprudência da crise”, emanada em Portugal num período de grave crise financeira (entre 2010 e 2015, que levou à adoção do “Programa de Ajustamento Económico e Financeiro”), a propósito da legislação de austeridade que afetava os direitos sociais. A atuação do Tribunal Constitucional foi, então, e na linha do que até aqui se foi dizendo, a de aferir se as medidas jurídico-normativas de austeridade se encontravam ou não em conformidade com os princípios estruturantes, numa jurisprudência que, ainda assim, não é isenta de críticas⁵⁹, variando a perceção doutrinal quanto à mesma⁶⁰.

Em concreto, o Tribunal Constitucional debruçou-se sobre a conformidade com a Constituição de normas constantes dos Orçamentos de Estado para 2011 (acórdão n.º 396/2011), para 2012 (acórdão n.º 353/2012), para 2013 (acórdão n.º 187/2013) e para 2014 (acórdão n.º 413/2014) relativas ao corte de salários do setor público. O Tribunal Constitucional decidiu no sentido de considerar conformes à Constituição as primeiras, inconstitucionais as segundas, as terceiras e as quartas, tendo limitado, neste último caso,

⁵⁸ Assim, JORGE REIS NOVAIS, “Constituição e Serviço Nacional de Saúde”, in 30 anos do Serviço Nacional de Saúde - Um percurso comentado (Jorge Simões, Coord.), Coimbra, Almedina, p. 239 e seguintes.

⁵⁹ Criticando a jurisprudência da crise, vide GONÇALO DE ALMEIRA RIBEIRO, LUÍS PEREIRA COUTINHO, *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico*, Coimbra, Almedina, 2014. Em apoio, vide JORGE REIS NOVAIS, *Em defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos críticos*, Coimbra, Almedina, 2014.

⁶⁰ FERNANDO ALVES CORREIA considerou que esta jurisprudência se revelava equilibrada – “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 7, 2010, p. 35 e seguintes.

a produção dos efeitos da sua decisão ao momento em que esta foi publicada. Foram ainda emitidas decisões relativas à conformidade ou à desconformidade com a Constituição de normas relativas à aplicação do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro, sendo neste âmbito que surgiu o acórdão n.º 574/2014 que, apesar de ter concluído que as normas que previam as restrições salariais para 2014 e 2015 não padeciam de inconstitucionalidade, essencialmente por via do respetivo carácter temporário, já assim não concluiu quanto às restrições previstas para o período de 2016-2018, tendo decidido pela respetiva inconstitucionalidade, por violação do princípio da igualdade.

A “jurisprudência da crise” foi ancorada nos princípios constitucionais do Estado de Direito – em especial, da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança – capazes de proteger, de forma robusta e inovadora, os direitos e as prestações sociais⁶¹, em termos tais que não conheceriam desfecho diferente por muito que se pugnassem, na altura, por uma revisão constitucional que viesse a clarificar os limites da ação do Estado na área económico-social. Em causa estão princípios incontornáveis do Estado de Direito constitucional moderno e a perceção quanto aos mesmos não pode ser imposta a um Tribunal Constitucional por parte do legislador.

Apesar da base principiológica que marcou a aludida jurisprudência, foi no contexto da mesma que o Tribunal Constitucional se debruçou sobre normas jurídicas de fonte europeia, o que levanta problemas quanto à efetiva competência do Tribunal Constitucional para decidir sobre a constitucionalidade das medidas previstas no memorando⁶², numa linha argumentativa que se aproxima do pensamento de FERNANDO ALVES CORREIA, quando enfatiza a necessária comunicação entre o Tribunal Constitucional e o Tribunal de Justiça da União Europeia. O influxo do Direito da União Europeia e da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia têm levado a uma deslocação para fora de portas do centro de gravidade do próprio Direito constitucional (qual “Direito de restos”⁶³) e a Constituição vai perdendo o seu alcance (ainda que não seja o mesmo *roubado* por igual medida em todas áreas de relevo jurídico-

⁶¹ Para uma análise relativa à “jurisprudência da crise”, vide MARIANA CANOTILHO e RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de crise”: une jurisprudence sur ces Droits Sociaux?», in *40 Ans d'Application de la Constitution Portugaise* (Damien Connil/ Dimitri Löhrer), Institut Universitaire Varennes, 2017.

⁶² Aliás, a associação entre prestações sociais e recursos financeiros não deixa de ter uma base europeia: em 1997, sob a presidência luxemburguesa do Conselho da União Europeia, foi realizada a primeira conferência social da União Europeia, ao nível dos Chefes de Estado e de Governo, partindo da consideração de que o Tratado de Amesterdão não era suficientemente desenvolvido no domínio social. Nesse mesmo ano, a Comissão Europeia propôs um pacote social.

⁶³ Cf. J. GOMES CANOTILHO, *Brançosos e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 185.

constitucional, mas em matérias económico-financeiras é significativa a perda de abrangência).

O memorando de entendimento, assinado a 17 de maio de 2011 com a Comissão Europeia, representava um instrumento jurídico vinculativo para o Estado português que, em caso de incumprimento, deixaria de ter acesso a financiamento externo. O memorando previa os concretos termos em que as despesas com o pessoal deveriam diminuir, detalhando os cortes a concretizar (em particular, no ponto 1.9, da versão original do memorando; no ponto 1.8.i, da versão em vigor à data da entrada em vigor do Orçamento de Estado para 2012; e no ponto 1.5., da terceira revisão do memorando, de 15 de março de 2012). O Tribunal Constitucional, enquanto Tribunal de última instância que se confrontava com dúvidas quanto à validade do Direito da União Europeia, tinha o dever de, através do reenvio prejudicial, consultar o Tribunal de Justiça da União Europeia⁶⁴ que, como já se reconheceu, reclama “uma espécie de «competência das competências» e exerce um monopólio”⁶⁵.

O diálogo que FERNANDO ALVES CORREIA assume como relevante para efeitos de concretização de justiça constitucional incentiva uma leitura da Constituição

⁶⁴ Neste preciso sentido, *vide* o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 27 de fevereiro de 2018, processo C-64/16 (Associação Sindical dos Juizes Portugueses contra Tribunal de Contas). *Vide*, também, os acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 422/2020 e 711/2020. O Tribunal Constitucional português, no primeiro dos acórdãos, reafirmou o princípio do primado do Direito da União Europeia sobre o Direito interno dos Estados Membros, incluindo sobre a Constituição, bem como a competência exclusiva do Tribunal de Justiça da União Europeia para apreciar a validade das normas do Direito europeu, mas como uma ressalva importante: “sempre que esteja em causa a apreciação de uma norma de DUE à luz de um princípio fundamental do Estado de direito democrático que, no âmbito do DUE goze de um valor paramétrico funcionalmente equivalente ao que lhe é reconhecido na CRP, o TC não aprecia a compatibilidade daquela com esta última. Estava, ali, em causa, uma norma do Direito da União Europeia – um regulamento, que constitui Direito derivado –, e invocou-se como parâmetro de desvalor o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da CRP. Ora, também a Carta dos Direitos Fundamentais da União, nos seus artigos 20.º e 21.º consagram tal princípio. Daí que o Tribunal Constitucional tenha decidido não tomar conhecimento do recurso interposto. Neste acórdão, o Tribunal Constitucional acaba por reconhecer que tem a possibilidade de controlar a constitucionalidade das normas de Direito da União Europeia quando se concluir que tal Direito não conhece valor paramétrico funcionalmente equivalente ao da Constituição Portuguesa. Entretanto, surgiu o acórdão n.º 711/2020, atinente ao controlo da conformidade do Direito interno como o Direito originário da União, em concreto com Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, ao abrigo do artigo 70.º, n.º 1, alínea i), da Lei orgânica do Tribunal Constitucional, nos termos do qual cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos Tribunais que recusem a aplicação de norma constante de ato legislativo com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional. Ora, tendo-se entendido que o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia é uma convenção internacional e se estava em causa a conformidade de Direito interno com Direito europeu, ao Tribunal Constitucional restava o reenvio prejudicial, sendo-lhe obrigatório, nos termos do artigo 267.º do aludido Tratado.

⁶⁵ Cf. LUCAS PIRES, “Competência das Competências, Competente sem Competências?”, *in Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3885, 1996-1997, p. 335.

portuguesa à luz do próprio Direito da União Europeia⁶⁶ e poderia, no que concerne à aludida “jurisprudência da crise”, ter sido levado mais longe.

4. Linhas conclusivas

Perante o conjunto de reflexões que se expôs, somos tentados a alinhar as seguintes conclusões:

- (i) A jurisdição constitucional deve liderar o ordenamento jurídico. E tal liderança acaba por ter um efeito direto quanto à forma como os direitos sociais, que em Portugal, encontram previsão constitucional formal e expressa, são concretizados. Tal acolhimento não poderá ser visto como sendo meramente simbólico, no sentido de confiar e de fazer depender da atuação da comunidade política a respetiva concretização.
- (ii) A aplicação dos direitos sociais é confiada (ou deve ser confiada) ao próprio Tribunal Constitucional.
- (iii) A tensão entre um Constitucionalismo de exceção e um Constitucionalismo de Estado de Direito que, por vezes, é sinalizada como estando na base da dificuldade subjacente à intervenção do Tribunal Constitucional, é capaz de ser tida como não verificada, perante a inexistência do primeiro. Há uma Constituição, há um constitucionalismo de efetividade – o de Estado de Direito. O que poderá haver é uma pressão sobre a Constituição, que não pode deixar de ser aplicada pelo Tribunal Constitucional.
- (iv) Se a questão for assim perspetivada, aferir em que termos é que o Tribunal Constitucional deverá atuar em situações de crise económica torna-se uma tarefa simplificada. Todas as normas constitucionais são aplicáveis, entre elas as que garantem direitos sociais. Tais direitos encontram-se constitucionalmente consagrados precisamente porque se pretende retirá-los da disponibilidade das maiorias políticas.

⁶⁶ Cf. FERNANDO ALVES CORREIA. “Texto e contexto da Constituição Portuguesa de 1976”, in *e-Publica: Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 3, 2016 (disponível em https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001 [27-12-2022]).

- (v) Recusar que assim seja significa recuar-se até à altura em que na Europa as decisões – ainda que por mais atrozes que fossem – eram tomadas pelo parlamento, democraticamente legitimado, sem controlo jurisdicional, sob pretexto de ser de reear o governo pelos juízes.
- (vi) E não é *ativista* o Tribunal Constitucional que garante os direitos sociais, constitucionalmente consagrados. Só existiria ativismo se o Tribunal Constitucional decidisse questões políticas, à luz de critérios não jurídicos, o que não é o caso quando em causa estão direitos sociais, quando em causa está a afetação das garantias constitucionais.
- (vii) Sabendo-se que o Direito Constitucional já não pode ser estudado nem aplicado de forma isolada, sem atender ao Direito Constitucional que brota da fonte europeia, o Tribunal Constitucional não atua sozinho, devendo permanecer em diálogo com as instâncias jurisdicionais europeias.

Bibliografia

AGRESTO, John, *The Supreme Court and Constitutional Democracy*, Cornell University Press, Ithaca, 1984.

ALEXANDRINO, José de Melo, *O Discurso dos Direitos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011.

ALVES CORREIA, Fernando, “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano 7, 2010;

–, “Texto e contexto da Constituição Portuguesa de 1976”, in *e-Publica: Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 3, n.º 3, 2016 (disponível em [https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-](https://scielo.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001)

184X2016000300001?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2016000300001);

–, *Justiça Constitucional*, 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2019.

ANDRÉ, Patrícia, Violante, Teresa, Gameiro, Maria Inês, “Os tribunais e a crise económica e financeira – Uma análise do discurso judicial”, Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2019 (disponível em

https://www.academia.edu/41585262/Os_Tribunais_e_a_Crise_Econ%C3%B3mica_e_Financeira_Uma_An%C3%A1lise_do_Discurso_Judicial?email_work_card=title.

ARAÚJO, Araújo, “A construção da justiça constitucional portuguesa: o nascimento do Tribunal Constitucional”, in *Análise Social*, volume XXX (134), 1995.

ARENDT, Hannah, *Between Past and Future - Eight Exercises in Political Thought*, (1.^a ed. 1961), Penguin Books, 2006.

BECKER, A., “Generationengerechte Finanzpolitik”, in *Handbuch Generationengerechtigkeit* (Jörg Tremmel, org.), München, Öko, 2003.

BÖCKENFÖRDE, Ernest-Wolfgang, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation- Bestandsaufnahme und Kritik*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 46, 1976;
–, “Die Überlastung des Bundesverfassungsgerichts”, in *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 29, (33), 1996.

BOTELHO, Catarina Santos, “O lugar do Tribunal Constitucional no século XXI: os limites funcionais da justiça constitucional na relação com os demais tribunais e com o legislador”, in *Julgar*, n.º 34, 2018.

BRITO, Miguel Nogueira de, COSTA, Joaquim Pedro Cardoso da, ARAÚJO, António de, “A execução das decisões do Tribunal Constitucional”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 20/21, 2011.

CAETANO, Marcello, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1963.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Para uma Teoria Pluralista da Jurisdição Constitucional no Estado Constitucional Democrático Português”, in *Revista do Ministério Público*, ano 9, n.ºs 33 e 34, 1988;
–, *Brançosos e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, Almedina, 2017.

CANOTILHO, Mariana, LANCEIRO, Rui, «La “jurisprudence de crise”: une jurisprudence sur çes Droits Sociaux?», in *40 Ans d’Application de la Constitution Portugaise* (Damien Connil/ Dimitri Löhrer), Institut Universitaire Varennes, 2017.

CARMONA TINOCO, J. U., “Algunos aspectos sobresalientes de la interpretación judicial constitucional”, in *Interpretación constitucional*, VV.AA., Universidad Nacional Autónoma de México, Pórrua, 2005.

COROADO, Susana, *O Grande Lóbi – Como se influenciam as decisões em Portugal*, Objetiva, Penguin Random House, 2017.

COROADO, Susana, GAROUPA, Nuno, e MAGALHÃES, Pedro, “Judicial Behaviour Under Austerity – An empirical analysis of behavioral Changes in the portuguese Constitutional Court – 2002 – 2016”, in *Journal of Law and Courts*, 2017.

CORWIN’S, E. S., *The Constitution and What It Menas Today*, 14.^a ed., Princeton, Princeton University Press, 1978

CRORIE, Benedita Mac, “Os direitos sociais em crise?”, in *A Crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público* (Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo e Filipa Galvão, Coord.), Lisboa, ICJP, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira, *O contrato constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2014.

FORSTHOFF, Ernest, *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973* (traducción: Patricio Montero-Martin), Madrid, Tecnos, 2015.

KELSEN, Hans, “A garantia jurisdiccional da Constituição”, in *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n.º 20/21, 2011.

KOMESAR, Neil, *Imperfect Alternatives: Choosing Institutions in Law, Economics, and Public Policy*, Chicago & London, The University of Chicago Press, 1994.

LEROY, Paul, “L’organisation constitutionnelle et les crises”, in *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, XXII, Librairie Générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1966.

LOEWENSTEIN, K., *Teoria de la Constitucion*, 2.^a edición ampliada (traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte), Colección Demos, Barcelona, Editorial Ariel, 1976.

MIRANDA, Jorge, *Aperfeiçoar a Constituição*, Coimbra, Almedina, 2021.

MONCADA, Luiz S. Cabral de, *O Estado Pós-Moderno – Para um novo paradigma de compreensão das atuais relações entre o Estado, o Direito e a Sociedade Civil*, Lisboa, Quid Juris, 2018.

NABAIS, José Casalta, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Ab Unum ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora* (Antunes Varela, Freitas do Amaral, Jorge Miranda, Gomes Canotilho, org.), Coimbra, Coimbra Editora, 1998.

NOVAIS, Jorge Reis, *Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

–, “Constituição e Serviço Nacional de Saúde”, in *30 anos do Serviço Nacional de Saúde - Um percurso comentado* (Jorge Simões, Coord.), Coimbra, Almedina, 2010;
–, *Em defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos críticos*, Coimbra, Almedina, 2014.

NEVES, Castanheira, *O Atual Problema Metodológico da Interpretação jurídica – I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

OTERO, Paulo, *Direito Constitucional Português – Volume I – Identidade constitucional*, 3.^a reimpressão da edição de abril de 2010, Coimbra, Almedina, 2017.

PIRES, Lucas, “Competência das Competências, Competente sem Competências?”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.º 3885, 1996-1997.

RANGEL, Paulo, *O estado do Estado – Ensaio de política constitucional sobre justiça e democracia*, Alfragide, Dom Quixote, 2009.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida, COUTINHO, Luís Pereira, *O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico*, Coimbra, Almedina, 2014.

SANCHES, J. L. Saldanha, “A reforma fiscal portuguesa numa perspectiva constitucional”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 354, abril-junho, 1989.

SOUSA, Marcelo Rebelo de, “Legitimação da justiça constitucional e composição dos Tribunais Constitucionais”, in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional – Colóquio no 10.º Aniversário do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995.

SCHLAICH, Klaus, KORIOH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 6.ª ed., Munique, 2004.

TEACHOUT, “The anti-corruption principle”, in *Cornell Law Review*, 94, 2009.

URBANO, Maria Benedita, “Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional”, in *A Crise e o Direito Público – VI Encontro de Professores portugueses de Direito Público* (Pedro Gonçalves, Carla Amado Gomes, Helena Melo e Filipa Galvão, Coord.), Lisboa, ICJP, 2013.