

dezembro
2013



A ANATOMIA DA CRISE: Identificar os problemas para construir as alternativas

1º relatório, preliminar, do Observatório
sobre Crises e Alternativas

Índice

Apresentação	3
Cap. 1 Compreender a Crise: A economia portuguesa num quadro europeu desfavorável	12
1.1 Introdução	12
1.2 Contextualizar a economia portuguesa: uma análise de economia política da integração europeia	13
1.3 A grande transformação europeia da economia portuguesa	19
1.4 Um modelo de financeirização híbrido	29
1.5 Da financeirização aos desequilíbrios e ao ajustamento salarial	55
1.6 Conclusão	64
Referências	67
Cap. 2 A União Europeia e Portugal entre os resgates bancários e a austeridade: um mapa das políticas e das medidas	72
2.1 Introdução	72
2.2 As três fases da abordagem europeia à crise	73
2.3 As três fases da abordagem da crise em Portugal	76
2.4 O Memorando e a sua execução	85
2.5 O dano causado pela austeridade à economia e à sociedade portuguesas	100
2.6 Conclusão	105
Referências	107
Cap. 3 Austeridade, reformas laborais e desvalorização do trabalho	108
3.1 Introdução	108
3.2 Reformas laborais e austeridade sobre o trabalho	109
3.3 Análise da Lei 23/2012	117
3.4 Quantificação das transferências de riqueza entre o trabalho e o capital	129
3.5 Impactos e reações de atores sociais	149
3.6 Conclusão	153
Referências	158
Cap. 4 O Estado Social, crise e reformas	161
4.1 Introdução	161
4.2 Do reformismo neoliberal à crise do Estado Social: o impacto nos serviços sociais públicos	162
4.3 As desigualdades e a pobreza	191
4.4 A opinião dos portugueses sobre o Estado Social e as crises	210
4.5 Conclusão: repensar os serviços sociais e as formas de intervenção	239
Referências	243
Cap. 5 Estado de Direito ou Estado de Exceção: A justiça constitucional face ao questionamento do Estado Social	250
5.1 Introdução	250
5.2 A Judicialização da Política na Era da Austeridade	251
5.3 O caso português: o Tribunal Constitucional entre o modelo social europeu e o emagrecimento da cidadania	257
5.4 Conclusão	271
Referências	272

Capítulo 5 |

Estado de Direito ou Estado de Exceção: A justiça constitucional face ao questionamento do Estado Social

António Casimiro Ferreira e José Manuel Pureza

5.1 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 exceção, 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 constitucionalismo da exceção ou o da sua rejeição em homenagem ao primado da proteção da confiança, da igualdade ou da proporcionalidade.

Neste texto identificamos os contornos daquele choque e analisamos a expressão que ele tem vindo a adquirir naqueles que se configuram como os momentos de maior densificação do choque entre os dois constitucionalismos: as apreciações da constitucionalidade das leis do orçamento de estado.

5.2 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, aqui utilizados como conceitos intermutáveis, se traduziram no protagonismo judicial na esfera penal, nomeadamente em processos judiciais e casos de corrupção envolvendo políticos, num segundo momento histórico eles 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.

Estaremos hoje 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 relativamente ao seu desempenho, mas sim centrada no envolvimento crescente da justiça constitucional no questionamento da validade dos princípios do Estado Social pelas opções do bloco legislativo-executivo. Nesta presente fase da judicialização da política, 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 sabidamente um forte desafio às funções características do Estado Social de Direito. Por isso, no atual contexto de aplicação intensa de programas de austeridade, 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, como terceira fase histórica da judicialização da política, 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, numa combinação direta com os défices resultantes das limitações da democracia representativa e da soberania popular. A dinâmica complexa em que estes défices 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 a uma 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, deste modo, a um efeito registado nas democracias onde “o direito tornou-se a nova linguagem através da qual é possível formular os pedidos políticos que desapontados, 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 inevitavelmente 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. É no âmbito desta tensão que a jurisprudência constitucional adquire um novo protagonismo, que se configura como uma judicialização das políticas de austeridade.

É sabido que os tribunais desempenham um forte papel de racionalização da legislação, tanto maior quanto ela assuma um carácter politicamente controverso. Do ponto de vista político, a sua capacidade de ponderação sobre a atividade dos poderes executivo e legislativo torna-os em atores de particular destaque na atual fase de transformação das sociedades europeias. No quadro dessas suas funções, a atividade dos tribunais neste contexto de crise 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 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 entre, por um lado, 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 a justiça tornando-a num “espaço de exigibilidade da democracia” (Garapon, 1998: 46).

5.2.1 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 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. Estamos de facto 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 dimensão fáctica 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 perspetivados 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 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, deste modo, livre para impor um regime de exceção face à soberania e ao direito¹¹¹. 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 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.

5.2.2 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)¹¹², 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 naquela convenção. Esta tradição de imperatividade de um nível elevado de proteção e de inderrogabilidade de um núcleo essencial de direitos está hoje 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

¹¹¹ 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).

¹¹² 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° 359/2005, CDL-AD (2006-015).

nos salários e pensões e numa contração da despesa pública especialmente incidente nas prestações sociais e nos serviços públicos universais.

O fundo drasticamente anti-garantístico 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 pelos diferentes órgãos de governação da União Europeia a este respeito. Se, naturalmente, o Parlamento Europeu dá voz à pluralidade de posições em disputa, a Comissão Europeia vem-se distinguindo na expressão da orientação anti-garantística 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, referindo-se à disputa de interpretações constitucionais em curso em Portugal e ao papel do Tribunal Constitucional nessa disputa, 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 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 consideração¹¹³. Não é, por certo, despiciendo que esta tomada de posição do presidente da Comissão Europeia surja na sequência do relatório elaborado em 2013 pela Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional 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”¹¹⁴. 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 juízes 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”¹¹⁵. 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

¹¹³ Conferir: <http://www.publico.pt/politica/noticia/barroso-diz-que-esta-o-caldo-entornado-se-portugal-nao-der-continuidade-as-medidas-de-austeridade-1608181>

¹¹⁴ Notícia disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/bruxelas-diz-que-nao-e-hora-para-activismos-politicos-do-tc-1609564>

¹¹⁵ Relatório disponível: relatório-da-comissao-europeia-na-integra-20131018-151213.pdf

expressamente que quer em Portugal quer em outros países em crise, se não fossem «os constrangimentos constitucionais tudo até estaria a correr bem!»¹¹⁶.

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 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 concordância dos tribunais constitucionais com as medidas de austeridade tomadas pelos respetivos governos somente nos dois últimos países. O caso da Letónia, país que também pediu ajuda ao 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 défice¹¹⁷.

Esta internacionalização da judicialização da austeridade atingiu, aliás, 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 de Estado para 2012¹¹⁸. 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 foi no sentido da declaração de inconstitucionalidade das medidas¹¹⁹.

¹¹⁶ Notícia disponível em <http://www.ionline.pt/artigos/dinheiro/jp-morgan-diz-leis-defesa-trabalhadores-sao-defeitos-paises-perifericos>

¹¹⁷ Notícia disponível em: http://sol.sapo.pt/inicio/Politica/Interior.aspx?content_id=72202

¹¹⁸ 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#{)

¹¹⁹ Conferir Acórdão nº 353/2012, de 5 de julho de 2012.

5.3 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 obviamente 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, ele potencia políticas de re-institucionalização 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 da 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

manutenção dos processos de produção e reprodução social onde se abriu espaço ao desenvolvimento de uma classe média, ou à imersão de grandes contingentes sociais de famílias e pessoas em espaços de sociabilidade e vida quotidiana desqualificados e existencialmente empobrecidos¹²⁰.

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 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 vem sendo 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 uma da outra, criando um clima generalizado de incerteza e dúvida acerca dos regimes de pensões, dos impostos, do pagamento de subsídio de férias, dos níveis salariais, etc. É uma estratégia que assenta em dois tipos de argumentos. Em primeiro lugar, os que constroem uma representação do Estado Social como ameaça potencial para o Estado de Direito (exemplo particularmente ilustrativo desta linha discursiva 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"¹²¹. Por outro lado, encontramos 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, por isso, de lado, a ponderação dos custos de proteção e manutenção da propriedade privada, de regulação da ordem pública, entre outros.

¹²⁰ Entre outros, confira-se, por exemplo, o cenário traçado pela organização *Oxfam International* a qual 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". Assinalando, ainda, que na Europa podem cair em situações de pobreza mais 15 a 25 milhões de pessoas até 2025, num relatório divulgado pela organização (cf: <http://www.ionline.pt/artigos/dinheiro/austeridade-pode-levar-mais-25-milhoes-europeus-pobreza-2025>)

¹²¹ Notícia disponível em: <http://www.publico.pt/politica/noticia/ministro-da-defesa-defende-revisao-constitucional-1611541>

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 – ainda que simetricamente – por esta razão 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)¹²².

Na mesma linha vai a ardilosa 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”*¹²³.

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 indivíduos. Para 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 criteriosamente por António Hespanha (Hespanha, 2012) quando identificou a existência de dois tipos de intervenção do Estado em relação 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

¹²² Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>

¹²³ Documento disponível em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/vice-primeiro-ministro/documentos-oficiais/20131030-vpm-reforma-estado.aspx>

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.

5.3.1 Os dilemas concretos do Tribunal Constitucional: análise dos acórdãos 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 de 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 de 2013). 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 vivemos.

Ora, contrariamente a retóricas de propaganda veiculadas para o debate público, um olhar atento sobre a fiscalização da constitucionalidade das leis do Orçamento de Estado desde 2011, ponto nodal do confronto entre esses dois constitucionalismos, permite afirmar que é falsa a contraposição, muito presente no discurso dos adeptos do ajustamento pela austeridade, entre ativismo constitucional e razoabilidade económica. Na verdade, como referimos atrás, toda a judicialização constitucional das políticas de austeridade pode ser lida como expressão de ativismo pelo que, nessa circunstância, 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 de 2011, sobre a Lei do Orçamento de 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*, aqui definido como as ações do Tribunal Constitucional que tendem a defender as 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 algumas medidas do Orçamento de Estado para 2012 pelo Acórdão nº 353/2012, de 5 de julho de 2012, e prolongou-se no Acórdão nº 187/2013, de 5 de abril de 2013. A avaliação constitucional das medidas políticas de austeridade mereceu reprovação por ultrapassarem os limites do aceitável em matéria social, e por, ao que se depreende, minarem pilares básicos da democracia constitucional portuguesa¹²⁴.

Creemos conveniente, para os efeitos próprios deste relatório, recordar os factos.

O Acórdão nº 396/2011, de 21 de setembro de 2011, incidiu sobre três artigos da Lei do Orçamento de Estado para 2011. Nessas disposições estabelecia-se uma redução das remunerações totais ilíquidas mensais de valor superior a 1500 euros auferidas por pessoas com vínculo laboral ao Estado, seguindo uma lógica progressiva: “a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000; b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165; c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 4165”. 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.

¹²⁴ De forma consequente, o Tribunal Constitucional também se pronunciou pela inconstitucionalidade de algumas disposições do Código do Trabalho relativas à segurança do emprego (Acórdão nº 602/2013).

O Acórdão nº 353/2012, de 5 de julho de 2012, veio dar resposta à situação criada pela Lei do Orçamento de Estado para 2012 ao consagrar medidas de “suspensão do pagamento” de subsídios de férias e de Natal sobrepostas às medidas de redução remuneratória consagradas no Orçamento de Estado para 2011. O universo de abrangidos pelas medidas de restrição do Orçamento para 2012 ampliou-se relativamente ao caso anterior, passando a incluir reformados e pensionistas, não se confinando mais aos servidores públicos. Também neste caso os requerentes invocaram como suporte da sua petição a existência de violação do subprincípio da proteção da confiança, violação do princípio da igualdade, violação do princípio da proporcionalidade e ainda, especificamente para uma das normas impugnadas, violação 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 187/2013, de 5 de abril de 2013, resultou de quatro pedidos diferentes todos relativos à Lei do Orçamento de 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, apresentado por um grupo de deputados do PS, bem como o apresentado pelo Provedor de Justiça tinham precisamente o mesmo recorte da matéria fiscalizada. Já o processo introduzido por deputados do PCP, PEV e BE incluía, além das normas referidas nos três pedidos anteriores, a que estabelecia cortes no pagamento de trabalho extraordinário, aquela outra que previa alterações ao regime do IRS (introdução de uma sobretaxa de 3,5%, redução do número de escalões desse imposto e 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% sobre o rendimento coletável dos sujeitos passivos cujo rendimento exceda 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 para suscitar juízos de inconstitucionalidade. 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 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 se teve que 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)

5.3.2 Os argumentários em confronto

O **argumentário do constitucionalismo da excecionalidade** tem apresentado duas expressões fundamentais: primeira, 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 União Europeia) e pelo Banco Central Europeu”*. 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) n.º 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 pois apontada, em primeiro lugar, como um dado jurídico-formal: a superioridade do Direito Internacional relativamente ao Direito interno, ainda que com natureza infra-constitucional.

Mas, naturalmente, muito mais que a dimensão jurídico-formal destas obrigações, o que sobreleva 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 supra-constitucional – 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 que é a 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 de Estado para 2013).

A “inevitabilidade” de medidas excecionais: 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 carácter excecional que podem legitimamente forçar uma relativização das expetativas 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 prevalecente.”* Esta consideração de medidas como a redução remuneratória como 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 suspensão¹²⁵.

Esta qualificação das medidas de austeridade como inevitáveis para a satisfação de expressões do interesse público de primeira importância vem aliás associada, no exercício de ponderação do Tribunal, à configuração de uma situação de verdadeiro estado de necessidade, em que o legislador está privado, de facto, *“de alternativas que tivessem, perante a necessidade urgente 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 Juíz Vítor Gomes no Acórdão n.º 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*

¹²⁵ No seu Acórdão n.º 794/2013, sobre a constitucionalidade de normas da Lei n.º 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 relevância. (...) [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 n.º 68/2013 (...).”

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 de 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 consagrados constitucionalmente 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.”* Quer dizer, a materialização do constitucionalismo do Estado de Direito vai, de acordo com o Tribunal, além da identificação 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 estabelecera 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 desta *“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 nisso 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 Económica e Financeira, ultrapassam aqueles ‘limites de sacrifício’ cuja admissão o TC considerou fazer sentido no nosso ordenamento constitucional. Se trabalhadores com vencimentos a partir de 600 ou 1100 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 sacrifício” 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, o princípio da igualdade 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 não 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, portanto, o Tribunal cuida de avaliar a legitimidade de medidas do legislador à luz de um critério objetivo: sobrecarregarem ou não essas medidas, *“gratuita e injustificadamente”* (Acórdão 396/2011) uma qualquer categoria de cidadãos.

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 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 do 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 de 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 OE 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 carácter 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 1500 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 a 1100 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.”*

5.4 Conclusão

A disputa entre duas constitucionalidades – a do Estado de Direito e a da excepcionalidade – situa-se hoje no centro da crise. E das alternativas, também. Porque é claro que se o constitucionalismo de excepcionalidade 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 no 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 da transformação do judiciário num dos *locus* de mais intensa politização das sociedades reféns da austeridade; segunda, a da consideração de estratégias originariamente defensivas como fundamento de alternativas progressistas.

Referências

- Bauman, Z. (2000), *Liquid Modernity*. Londres: Polity Press.
- Bernheim, E. e Commaille, J. (2012), « Quand la justice fait système avec la remise en question de L'État social », *Droit et Société*, 81, 283-298.
- Commaille, J.; Dumoulin, L.; Robert, C. (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, Sandra (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.
- Garapon, A. (1998), *O Guardador de Promesas. 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 Pureza, J. M. e Ferreira, A. C. (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, Frank (2007), *The rise of the unelected: Democracy and the new separations of power*. Cambridge: Cambridge University Press.