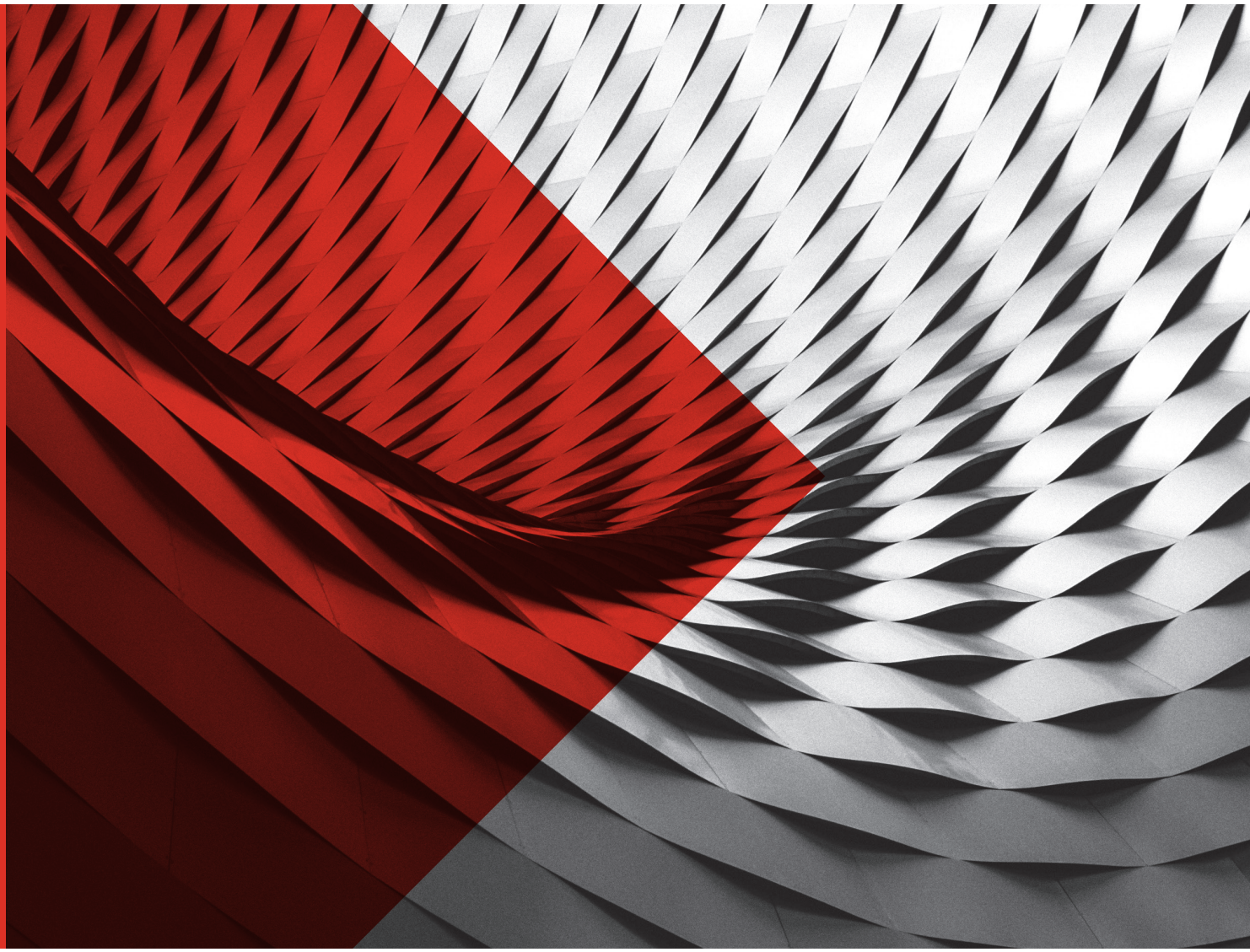
CJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS
CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

O IMPACTO JURÍDICO DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE

JOSÉ MELO ALEXANDRINO



O IMPACTO JURÍDICO DA JURISPRUDÊNCIA DA CRISE*

Este nosso painel "O Tribunal Constitucional e os seus críticos" é a segunda componente em que se desdobra o tema do primeiro dia de debate, focado no *impacto jurídico da jurisprudência da crise*. Não é tarefa fácil conciliar esses dois planos, mas vou tentar.

Uma segunda nota prévia é a de que, sendo de há muito um observador atento da jurisprudência constitucional, na leitura de agora, faço uso exactamente das mesmas lentes que utilizei no passado[1], a saber: a da *absoluta neutralidade* relativamente à instituição, sem deixar de partir de um claro reconhecimento do papel indispensável que em Estado constitucional deve caber ao Tribunal Constitucional[2]. Todavia, nesta ocasião, a neutralidade tem de ser dupla, estendendo-se também à acção do Governo, à da maioria e à das oposições, pois de outro modo corria o risco de não ser neutral em relação ao próprio Tribunal Constitucional.

Sucede, em terceiro lugar, que não tendo autoridade nem mandato para falar em representação dos "críticos" – que são em maior número do que parece a uma certa contabilização oficiosa –, estaria à partida confinado a dar testemunho apenas da minha reflexão sobre as decisões do Tribunal Constitucional.

Optei, no entanto, por tomar como ponto de partida (i) uma *síntese* feita recentemente por alguém que, por questões de agenda, não pôde estar nesta mesa, (ii) dando nota, num segundo momento, de uma perspectiva oposta à minha (isto é *empenhada*), permitindo assim uma clarificação pelo confronto de duas visões distintas do mesmo fenómeno, (iii) para encerrar com uma *repescagem da crítica* propriamente dita.

---

* Texto da intervenção proferida na Conferência "Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem", organizada pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson - Correia da Serra, em 3 de Novembro de 2014.

[1] José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, pp. 551 ss., 679-691.

[2] Que também gostaria que fosse, entre nós, um "tribunal dos direitos fundamentais" (cfr. José Melo Alexandrino, «Sim ou não ao recurso de amparo?», in *JULGAR*, n.º 11, Maio/Agosto 2010, pp. 41 ss.).

1. **Primeira evocação: uma perspectiva dos *críticos***

Face à impossibilidade de termos entre nós presencialmente o Professor Vital Moreira, não o podendo tornar presente pela representação, posso no entanto torná-lo presente pela "recordação".

Lembrarei por isso a intervenção proferida há um mês, no Centro Cultural de Belém, onde sintetizou o seu pensamento a respeito do tema deste painel, evocando os tópicos que então expos e que de algum modo resumem a linha essencial das críticas que muitos outros qualificados juristas têm dirigido à jurisprudência do Tribunal Constitucional produzida entre 2010 e 2014.

Tratando-se de uma *linha essencial* das críticas formuladas por tantos críticos, isso significa que cada um deles não tem de se rever exactamente em todos os elementos da síntese do Professor Vital Moreira, que são os seguintes:

(i) O Tribunal Constitucional tem um papel de *legislador negativo*, razão pela qual não lhe compete dizer o que o legislador deve fazer;

(ii) Na fiscalização da constitucionalidade, o *ónus da prova* ("para além de qualquer dúvida razoável", como acrescentou) é sempre da inconstitucionalidade, razão pela qual não pode o Tribunal Constitucional exigir ao legislador a prova de que a sua acção é constitucional;

(iii) Na generalidade destas decisões, não estiveram em causa direitos fundamentais (sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais), mas sim *entitlements* públicos, razão pela qual é censurável que o Tribunal Constitucional entenda que se trata de cláusulas pétreas;

(iv) Há uma distinção clara a fazer entre *princípios* e *regras*, na medida em que os primeiros são flexíveis e têm de ser lidos contextualizadamente, razão pela qual o Tribunal Constitucional não pode usar os princípios como se fossem regras;

(v) Por fim, há também uma distinção a fazer entre o *plano da bondade política* e o da *inconstitucionalidade* das decisões do legislador, podendo perfeitamente haver más decisões políticas que nem por isso são inconstitucionais, razão pela qual não pode ser negada essa fronteira.

2. **Segunda evocação: uma perspectiva *panfletária***

Depois desta síntese, de que me afasto parcialmente apenas em dois pontos (o segundo e o terceiro, na medida em que admito uma certa repartição do ónus da prova e me parece que os direitos fundamentais não deixaram de estar envolvidos na contenda), gostaria identicamente de evocar aquilo que me parecem algumas *notas essenciais* de uma outra perspectiva sobre a jurisprudência da crise[3], perspectiva a que chamo de *panfletária*. Panfletária porque parte do postulado maniqueísta segundo o qual haveria apenas duas posições possíveis: a da defesa do Tribunal Constitucional e a da crítica ao Tribunal Constitucional – representando a primeira a razão, o Bem e a luz e a segunda o erro, o Mal e as trevas.

Neste caso, uma vez que a minha apreciação é deliberadamente neutra, ou seja, anti-maniqueísta, é natural que nenhum dos elementos desta segunda evocação seja digno de merecer o meu acolhimento, por razões que tentarei resumir.

2.1. Penso que é possível sintetizar da seguinte forma as principais linhas de força desta perspectiva "comprometida":

(i) Nunca a Constituição de 1976 esteve tão viva como actualmente[4];
(ii) Nestes quatro anos, o Tribunal Constitucional aplicou a Constituição "contra ventos e marés"[5];
(iii) O Tribunal Constitucional teria de ser condescendente com o Governo[6], como veio realmente a ser;
(iv) A explicação plausível para essa condescendência encontrar-se-ia na situação de emergência financeira[7];
(v) Por fim, na generalidade destas decisões do Tribunal Constitucional, estariam em causa restrições a direitos fundamentais sociais (como o direito à pensão ou o direito à retribuição) que, como tal, deveriam ser tratadas[8].

---

[3] Por todos, Jorge Reis Novais, *Em Defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*, Coimbra, 2014.
[4] Jorge Reis Novais, *Em Defesa*..., cit., p. 46.
[5] Jorge Reis Novais, *Em Defesa*..., cit., p. 47.
[6] Jorge Reis Novais, *Em Defesa*..., cit., p. 50.
[7] Jorge Reis Novais, *Em Defesa*..., cit., p. 74.
[8] Jorge Reis Novais, *Em Defesa*..., cit., p. 141.

2.2. Em que medida é que estas teses – aliás, contraditórias entre si –não merecem acolhimento?

Para demonstrar a debilidade da primeira tese, basta olhar à forma como foi aprovado em 2011 o Memorando de Entendimento, e ao silêncio de chumbo que sobre essa matéria se abateu, ou olhar para a fundamentação e o sentido dos sucessivos acórdãos em que o Tribunal Constitucional acabou por ser complacente com o Governo, sem que para isso, na forma como o fez, tivesse apoio na Constituição (como acabou por transparecer nos recentes Acórdãos n.os 413/2014 e 574/2014).

Alguém disse na semana passada que "a Constituição tem de ser cumprida". Não podia ter mais razão, assim desmentindo também a primeira tese[9].

Em segundo lugar, podemos facilmente constatar que o Tribunal Constitucional não aplicou a Constituição (1) nem contra o *resgate inconstitucional* (aprovado materialmente por um "decreto ditatorial" não sancionado), (2) nem contra *impostos retroactivos* (Acórdão n.º 399/2010)[10], nem contra ofensas grosseiras à *igual dignidade dos trabalhadores* diante do direito à justa remuneração do seu trabalho (Acórdão n.º 794/2013)[11], nem afinal diante da regra da *unicidade* do imposto sobre o rendimento pessoal (do artigo 104.º, n.º 1, da Constituição) ou da regra do artigo 105.º, n.º 4, segundo a qual o Orçamento é elaborado *tendo em conta as obrigações decorrentes de lei e de contrato* (Acórdãos n.os 396/2011, 353/2012 ou 187/2013)[12].

Em terceiro lugar, a tese segundo a qual o Tribunal teria de ser condescendente com o legislador é contraditória com o postulado de uma jurisdição constitucional *forte*, consente que o Tribunal possa ceder mesmo ali onde exista uma determinação constitucional em contrário e, no final, confunde a complacência *diante da inconstitucionalidade* – o que é juridicamente inaceitável –

---

[9] Segundo uma formulação alternativa, «a Constituição vai sendo sucessivamente reescrita pelo Tribunal Constitucional» (cfr. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, IV, Out.-Dez. 2011, p. 1279).

[10] Como, entre muitos outros, demonstrou Luís Teles de Menezes Leitão (cfr. «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 399/10 – Processos n.os 523/10 e 524/10», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, I, Jan.-Mar. 2011, pp. 294-303).

[11] Sobre a profundidade e evidência da afectação, mas sem extrair as correspondentes conclusões, Jorge Reis Novais, *Em Defesa…*, cit., p. 72.

[12] Veja-se, pela clareza e coerência, Luís Teles de Menezes Leitão, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 396/2011», cit., pp. 1279-1285; Id., «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 72, I, Jan.-Mar. 2012, pp. 415-420; Id., «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 73, IV, 2013, pp. 1777-1784.

com a prudência *diante do contexto* – o que poderia ser funcionalmente respeitável[13].

Em quarto lugar, a explicação para essa condescendência não pode de maneira nenhuma estar na situação de emergência, porque nesse caso estaria encontrado o fundamento para o Direito constitucional de excepção – que justamente se recusa[14]: a explicação reside, sim, num declarado esvaziamento do texto da Constituição e numa fuga das regras e, bem lá no fundo, no correlativo temor do colapso financeiro do Estado[15].

Por fim, nem o direito à pensão nem o direito à retribuição são direitos fundamentais sociais: (i) o *primeiro* não o é, por representar uma concretização legal do direito fundamental à segurança social, não lhe assistindo nenhuma das caraterísticas que revestem os direitos fundamentais[16]; isto sem prejuízo de o direito à segurança social ser um direito relativamente "resistente à lei"; (ii) por sua vez, o *direito à retribuição* não o é, por se dever considerar um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias (Acórdão n.º 396/2011), estando por essa via sujeito ao regime destes, sem que lhe deva ser negado ainda o amparo oferecido pela garantia constitucional da propriedade privada[17], confirmando assim a relevância de uma distinção central da nossa Constituição, a distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais[18].

Em suma, é fácil de verificar como, partindo de uma posição de inteira neutralidade, um crítico possa ir muito mais além na *defesa da Constituição*[19] do que jamais uma perspectiva "comprometida" poderia imaginar.

---

[13] José de Melo Alexandrino, «Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades», in Gonçalo de Almeida Ribeiro/Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos*, Coimbra, 2014, pp. 57, 61 ss.; Gonçalo de Almeida Ribeiro, «O constitucionalismo dos princípios», in Gonçalo de Almeida Ribeiro/Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*…, cit., pp. 102 s.

[14] José de Melo Alexandrino, «Jurisprudência da crise…», cit., p. 60.

[15] Também aqui se comprovaria a afirmação segundo a qual «um Estado falido não hesita em recorrer a todos os meios para obter receita ou cortar despesa, mesmo que esses meios afrontem claramente a Constituição» (cfr. Luís Menezes Leitão, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 187/2013», cit., p. 1777).

[16] José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Cascais, 2011, pp. 24 s., 157.

[17] Ainda que o Tribunal Constitucional tenha preferido deixar essa questão em aberto (Acórdão n.º 187/2013).

[18] Para uma síntese, José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais*…, cit., pp. 43 ss.

[19] E de uma Constituição que, nas palavras de Maria Lúcia Amaral, diversamente de outras, tem uma *pretensão de correcção extrema* (artigo 3.º da Constituição).

3. **O núcleo da minha crítica ao Tribunal Constitucional**

Passo então rapidamente ao núcleo das minhas censuras e "perplexidades", assim resumindo as marcas do impacto jurídico negativo da jurisprudência da crise, perplexidades essas extraídas do texto inserido na obra *O Tribunal Constitucional e a Crise. Ensaios críticos.*

A primeira censura foi dirigida ao facto de o Tribunal Constitucional, pelo menos a partir de determinada altura, não ter reconhecido a real *afectação da capacidade de conformação* da vida colectiva por parte da Constituição, a que acresceu a ausência de clarificação e distinção dos fenómenos analisados, a ausência de um reforço das exigências de sensibilidade, abertura e responsabilidade e de onde resultou em alguns casos uma interferência indevida em opções do legislador democrático.

Uma segunda perplexidade foi deixada nestes termos: como pôde o Tribunal Constitucional invocar e reconhecer a vinculatividade do *Memorando de Entendimento*, à luz das normas do Direito Europeu, sem jamais ter investigado a respectiva compatibilidade com a Constituição de que lhe cumpria ser guardião?

Uma terceira perplexidade resulta da já referida tendência do Tribunal Constitucional de *fuga das regras*, como sucedeu em relação à legitimação de impostos retroactivos, dos cortes dos salários dos funcionários públicos, da contribuição extraordinária de solidariedade e do aumento do período normal de trabalho na função pública (ou seja, em pelo cinco dos oito Acórdãos em que foi condescendente).

Em quarto lugar, à fuga das regras correspondeu a *preferência pelo recurso a fórmulas abstractas*, como a igualdade proporcional (em sucessivos acórdãos), a protecção da confiança (sobretudo nos Acórdãos n.os 474/2013 e 862/2013) ou a razoabilidade (no Acórdão n.º 413/2014)[20], com a agravante de serem aplicadas em termos que rompem com os paradigmas jurisprudenciais seguidos até então.

A derradeira perplexidade diz respeito à *insuficiente diferenciação dos fenómenos analisados*, nomeadamente: (i) a distinção entre direitos constitucionais e direitos legais; (ii) a distinção entre o controlo de normas de direitos fundamentais constitucionalmente determinados e o controlo de opções que

[20] Veja-se o *violento* e *inadvertido* ataque dirigido a esta decisão por Jorge Reis Novais, ao referir, por nove vezes, estar aí em causa um "imposto inconstitucional", quando o Tribunal Constitucional jamais colocou a questão nesses termos (cfr. «Pobre e mal-agradecido», in *Público*, de 5 de Junho de 2014, p. 3).

reentram na margem de conformação do legislador (como em matéria de despedimentos na função pública, de reforma do sistema de pensões ou da redução ou extinção dos subsídios de férias ou de Natal)[21]; (iii) enfim, a distinção entre os diferentes graus de intensidade do controlo.

Concluindo.

Reconhecendo embora as dificuldades da jurisdição em "tempo de emergência", entendo que o Tribunal Constitucional, por um lado, *não revelou um suficiente compromisso com o texto da Constituição*, que em muitas destas decisões esvaziou ou ignorou, preferindo o tortuoso caminho da Constituição "*prima facie*"; por outro lado, não deixou de nos empurrar para o *desolador desfecho* da sobrecarga fiscal[22] – induzida pelos constrangimentos exteriores, omnipresente nas soluções políticas sucessivamente apresentadas desde 2010, mas resultante afinal também do injustificado esvaziamento jurisdicional das garantias constitucionais do contribuinte.

José Melo Alexandrino

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

[21] Ainda que divergindo parcialmente no resultado, sobre a distinção entre direitos que são "trunfos" e direitos que não podem ser qualificados como tal, por se encontrarem sob reserva de ponderação com a melhor prossecução do interesse público, Luís Pereira Coutinho, «Formular e prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional», in Gonçalo de Almeida Ribeiro/Luís Pereira Coutinho (org.), *O Tribunal Constitucional e a Crise*..., cit., pp. 258 s.

[22] Indo mais além na denúncia desse regresso à primeira fase do Estado absoluto, cfr. António Guerreiro, «A pilhagem fiscal», in *Público*, caderno *ípsilon*, de 24 de Outubro de 2014, p. 26.