

**VASCO PEREIRA DA SILVA**

# **Direito Constitucional e Administrativo sem Fronteiras**



## «*Juge Constitutionnel et Interprétation des Normes*»

### Juiz Constitucional e Interpretação das Normas<sup>148</sup>

#### I

##### A Interpretação das Normas e a Cultura da Constituição

(Primeira Mesa-redonda: Os Fundamentos Teóricos da Interpretação das Normas pelo Juiz Constitucional)

Entre o Direito e a Cultura existe uma espécie de “relação amorosa” (parafraseando uma feliz afirmação de MICHEL PRIEUR, a propósito do relacionamento entre estética e direito<sup>149</sup>), em que cada um dos pares “completa” o outro, com vantagens e benefícios recíprocos, na medida em que a “cultura obriga o direito a evoluir e o direito recompensa-a, tornando-a mais universal e democrática”<sup>150</sup>.

Frutos dessa relação amorosa são, por um lado, a “Cultura do Direito”, o entendimento do Direito (e, em particular, do Direito Constitucional) como fenómeno cultural, que necessita de ser compreendido e analisado de acordo com a(s) metodologia(s) própria(s) da(s) “ciência(s) da cultura” (HÄBERLE)<sup>151</sup>; por outro lado, o Direito da Cultura, o estudo dos fenómenos culturais segundo a metodologia própria da ciência jurídica, do qual agora não se vai tratar, pois não releva para o tema em análise<sup>152</sup>. Diga-se, de passagem, que tendo presente esta dupla dimensão da relevância cultural dos fenómenos constitucionais e da importância da cultura na lei fundamental, mal se compreende o escasso relevo dado

quer à “Teoria da Constituição como Ciência da Cultura” quer ao Direito Constitucional Cultural<sup>153</sup>.

O entendimento do Direito Constitucional como ciência da cultura implica a valorização não apenas do texto, mas também da realidade que lhe está subjacente, compreendendo simultaneamente a constituição formal e a material. Pois, a «Constituição não se limita a ser um conjunto de textos jurídicos ou um mero compêndio de regras normativas, mas é antes a expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um modo de auto-representação próprio de um povo, espelho do seu legado cultural e fundamento da sua esperança e desejos» (HÄBERLE)<sup>154</sup>. Pode-se assim falar em “constituições de letra viva”, que são, «tanto no fundo como na forma, expressão e instrumento mediador de cultura, marco reprodutivo e de receções culturais, bem como repositório de futuras configurações culturais, experiências, vivências e saberes» (HÄBERLE)<sup>155</sup>.

Relevantes para o Direito Constitucional são, portanto, não apenas as normas contidas na lei fundamental, mas também todas as res-  
petivas “objetivações” e “cristalizações culturais”, designadamente a regulação legislativa e regulamentar, a jurisprudência na sua evolução contínua (o que obriga a considerar tanto as posições dominantes como as minoritárias, os fundamentos das sentenças como os dos votos de vencido, a existência ou não de correntes jurisprudenciais), os costumes e as praxes administrativas, as posições (e as discussões) da doutrina jurídica, as atuações e as posições dos sujeitos intervenientes nos mais variados procedimentos e processos públicos, até mesmo os discursos políticos, as notícias dos meios de comunicação social, as reações da opinião pública, as obras artísticas e literárias<sup>156</sup>. Todos estes (e tantos outros) fatores jurídico-culturais necessitam de ser considerados e conjugados na interpretação (e na aplicação) da Constituição, a qual, numa “sociedade aberta”, não deve ser vista como tarefa exclusiva de “juristas profissionais”, antes deve caber à «sociedade aberta dos intérpretes da Constituição» (HÄBERLE)<sup>157</sup>.

disciplina «especialmente apta e necessitada do enriquecimento que lhe é trazido pela dimensão científico-cultural, uma vez que a sua meta não é outra senão a de abarcar integralmente a totalidade do ordenamento jurídico» (HÄBERLE)<sup>159</sup>.

Assim, pode-se afirmar que a “cultura do Direito Constitucional” é um fator determinante de interpretação e de aplicação das respetivas normas, pelo que não basta ao intérprete a adoção de uma perspetiva estritamente jurídica, antes necessita de a complementar com uma abordagem mais amplamente cultural da Constituição. A metodologia específica da ciência jurídica converge assim com os métodos próprios das ciências da cultura para a compreensão integral do Direito – e, em particular, do Direito Constitucional.

A necessidade de enquadramento cultural dos fenómenos jurídicos, com a conseqüente adoção de metodologias científicas de natureza interdisciplinar, é também corroborada e acentuada, em nossos dias, pelas visões do direito “como género literário” (“Law as literature”), ou “como manifestação musical” (“Law as music”), ou ainda “como arte dramática” (“Law as performative art”). O que é típico de modernas correntes jus-filosóficas como a denominada “teoria crítica” (“critical legal studies”) ou concepção “pós-moderna do direito” (“postmodern jurisprudence”) (v.g. WHITE, DOUZINAS, WARRINGTON, MCVEIGH, WARD, MINDA, LUEDERSSEN, LEVINSON, BALKIN)<sup>160</sup>, que procuram «compreender o direito – e os diversos planos de objetivação e de realização que lhe competem – mobilizando uma analogia determinante com os processos de criação, interpretação e comunicacão abertos pelos discursos literários [mas, o mesmo vale também para outras manifestações artísticas, como a música, o teatro, a ópera, o cinema] e pelos exercícios de *retextualização* que estes determinam» (AROSO LINHARES)<sup>161</sup>.

Mas não deixa de ser curioso verificar também como o “novo” vai “ao encontro do velho”. Uma vez que a dimensão do Direito como ciência cultural tem longas raízes e tradição histórica, nomeadamente no período da Idade Média, em que as ciências jurídicas não só eram ensinadas numa lógica “cultural integrada”, conjugando o estudo das ciências e das artes (o *trivium* e o *quadrivium*), como também a própria interpretação e aplica-

ção das normas jurídicas era tributária dos contributos provenientes das artes e das letras<sup>162</sup>.

A visão do direito como “género literário” parte da consideração de que a missão primordial dos juristas é a interpretação de normas que se destinam a ser aplicadas, o que implica uma prévia análise do “texto” em todos os seus possíveis sentidos e contextos (históricos, atuais e futuros), em termos similares aos efetuados por teóricos ou por críticos literários, que apreciam as distintas “leituras” da “obra”, procedendo ao respetivo enquadramento no espaço e no tempo. A aproximação das tarefas de juristas e de literatos (mas também das próprias atitudes do cidadão em face das normas jurídicas e dos leitores perante as obras literárias) conduz à superação das “querelas dos métodos” e à busca da «universalidade do aspeto hermenêutico» (GADAMER)<sup>163</sup>.

Daí a tese segundo a qual «temos de ler o direito como uma espécie de literatura e temos de ler a literatura como uma espécie de direito» (BOYD WHITE)<sup>164</sup>. Pois, a interpretação das normas não deve corresponder a um «sistema institucional mecânico», em que o jurista adota uma lógica formalista, exclusivamente preocupada com a «eficiência da operação», em vez de assumir a tarefa “criativa” de confrontar «as realidades da experiência humana e as dificuldades de falar delas, moldando-as através da linguagem» (BOYD WHITE)<sup>165</sup>. O papel do jurista consiste, assim, em lidar com os “arquétipos” sociais, elaborando uma espécie de “narrativa” destinada a uma concreta comunidade humana, a qual pode ser caracterizada como «um grupo de pessoas que conta uma história partilhada numa linguagem partilhada» (BOYD WHITE)<sup>166</sup>.

Mas o Direito “existe para ser aplicado”, sendo necessário fazer corresponder o “texto” à “realidade” da vida. Assim, à semelhança do “tradutor”, cuja função consiste em verter um determinado texto numa “outra língua”, de modo a que ele mantenha o sentido originário – e, tanto quanto possível, uma configuração formal equivalente – na sua nova codificação linguística, também o juiz vai fazer corresponder normas e factos, ligando uns e outros no contexto (sempre) “novo” da aplicação jurídica. “Dizer o direito no caso concreto” consiste, portanto, em fazer coincidir a “linguagem das normas” com a “linguagem da sociedade”, o

que aproxima juristas e tradutores, possibilitando a compreensão da “Justiça como tradução” (“justice as translation”) (BOYD WHITE)<sup>167</sup>.

Da literatura para a música (“law as music”) e para as artes dramáticas (“law as performative art”) a comparação entre fenômenos jurídicos e culturais permite realçar ainda mais o papel criador do “intérprete” – seja ele musical ou jurídico –, assim como introduz a lógica do “público” – esteja ele na “sala de espetáculos”, na “sala de audiências” ou consista mesmo na própria comunidade inteira. Daí a tendência para buscar «a analogia com as artes interpretativas (“performing arts”) – música e teatro (“music and drama”) – e com as coletividades e instituições» que as realizam, substituindo «o estudo do direito como literatura pelo mais geral estudo do direito como arte do “espetáculo” (“law as performing art”)» (BALKIN/LEVINSON)<sup>168</sup>.

É isto por duas ordens de razões. Em primeiro lugar, porque uma coisa é o “direito legislado” (“law on the books”), outra coisa é «a prática social do direito (“the social practice of law”), da mesma maneira como a música numa página não equivale à prática social da música. O direito e a música implicam a transformação da tinta da página em comportamentos de pessoas (“enacted behaviour of others”). Em termos relevantes, só existe “direito (ou música, ou drama) em acção”, em contraste com a poesia ou a ficção, cujos textos não requerem uma representação (“performance”), mas podem ser lidos silenciosamente por cada um (BALKIN/LEVINSON)<sup>169</sup>. Ao “interpretar” as normas jurídicas, “executando” a transformação do “direito legislado” em “direito em acção”, o jurista desempenha, portanto, um papel singular e criativo, de determinação da lei aplicável às concretas situações da vida.

Em segundo lugar, «tal como a música e o teatro, o direito tem lugar perante uma audiência pública em relação à qual o intérprete tem especiais responsabilidades. Os intérpretes – legais, musicais e dramáticos – têm de convencer os demais da “legitimidade” da visão (pessoal) da obra que apresentam (“must persuade others that the conception of the work put before them is, in some sense, authoritative”). E, quer a sua interpretação seja convincente, quer não, ela produz efeitos na audiência» (BALKIN/LEVINSON)<sup>170</sup>. Daí que, apesar de singular e criativa, a interpretação do jurista corresponda à exteriorização de uma regra,

adquirindo uma ineliminável dimensão de “publicidade”, típica das modernas “sociedades técnicas e de massas” (ROGÉRIO SOARES)<sup>171</sup>. Em especial, no que concerne ao juiz, a “execução artística” levada a cabo pelo “intérprete” produz simultaneamente efeitos jurídicos e de facto, já que, por um lado, regula a situação jurídica do caso ao mesmo tempo que se repercute na globalidade do ordenamento jurídico, por outro lado, tanto produz efeitos imediatos em relação aos casos trazidos a juízo como tem consequências diretas na vida da sociedade.

A aproximação da “arte do direito” às demais manifestações artísticas e culturais pode, de resto, assumir uma multiplicidade de configurações, obrigando à busca de um discurso jurídico capaz de estabelecer um diálogo constante com as artes e as letras. Neste domínio, mil e uma combinações são úteis e desejáveis, num sem mais acabar de possibilidades de aproximação, de entrosamento e de hibridização de perspectivas jurídicas e culturais. Mas, sendo essa a situação em tese geral, a dimensão cultural do direito torna-se ainda mais importante e decisiva no domínio do Direito Constitucional<sup>172</sup>, que visa o estabelecimento das regras essenciais do estatuto jurídico do poder, dos cidadãos e da sociedade.

Estas e outras considerações teóricas sobre a interpretação das normas, e em particular das normas e princípios constitucionais, não são objeto de discussão nem pelo Tribunal Constitucional nem por qualquer outro Tribunal na sua atividade quotidiana de julgamento. Mas, é em razão da sua atuação enquanto intérpretes e aplicadores da Constituição, e a partir dela, que se constroem as distintas posições doutrinárias que procuram explicar e melhor compreender os fundamentos da prática judicial. O juiz, constitucional ou não, o que faz é interpretar e aplicar o direito a uma situação da vida, com base na ordem jurídica e fazendo apelo à sua mundividência pessoal, encontrando-se muitas vezes na posição do “bourgeois gentilhomme”, de Molière, que “fazia prosa sem o saber” ...

## II

### O Juiz Constitucional e a Pós-modernidade

(Segunda Mesa-redonda: Os Métodos e as Técnicas da Interpretação das Normas pelo Juiz Constitucional)

A abertura da Constituição à realidade material subjacente obriga a uma maior urgência da consideração das transformações tecnológicas, sociais e culturais que se verificam quotidianamente. Isto, conduz à multiplicação, em nossos dias, das abordagens culturais do Direito Constitucional, como é o caso do denominado “constitucionalismo pós-moderno” (“post-modern constitutionalism”)<sup>173</sup>.

Ponto de partida desta orientação é, desde logo, a necessidade de ter em conta as profundas transformações sociais atualmente verificadas, já que «a era pós-moderna é um período de práticas industriais e de mecanismos de organização e de produção de massa aplicados não apenas a objetos materiais (como automóveis), mas também a produtos do espírito – arte e música, conhecimento e informação, contabilidade e outras indústrias de serviços» (BALKIN)<sup>174</sup>. Transformações essas que não podiam deixar de ser juridicamente relevantes e que obrigam os constitucionalistas a compreender «o pós-modernismo [,] porque precisam de entender as mudanças culturais que aconteceram à sua volta na arte, na política, na tecnologia e na economia. [Pois], da mesma maneira como não é possível entender o modernismo sem entender a revolução industrial e o conjunto de mudanças tecnológicas e culturais que o acompanharam, também não se pode entender o pós-modernismo sem compreender as mudanças tecnológicas e culturais produzidas na sociedade, que o acompanharam» (BALKIN)<sup>175</sup>.

Impõe-se, assim, ao «constitucionalismo pós-moderno» saber «em que medida é que as mudanças ao nível da tecnologia, da comunicação e da organização da vida e do trabalho mudaram o modo público de entendimento e da prática do direito, da Constituição, dos direitos humanos, da democracia?» Ou saber «como é que os diversos atores sociais relacionados com a Constituição (advogados, juizes, académicos, legisladores, cidadãos) compreendem as formas e as práticas de auto-governo democrático à luz das mudanças culturais ocorridas no período pós-moderno e o que devem fazer para responder a essas mudanças?» (BALKIN)<sup>176</sup>. Ou ainda, para adotar uma formulação mais sintética, «saber como é que a cultura e a tecnologia pós-modernas afetaram o direito como instituição?» (BALKIN)<sup>177</sup>.

Numa primeira tentativa de proceder ao elenco das principais transformações tecnológicas necessitadas de resposta jurídico-constitucional, podem-se destacar os seguintes exemplos:

a) as alterações de funcionamento das instituições democráticas decorrentes da “mediatização”, que «modificou substancialmente os termos do debate público». Pois, verificou-se um «movimento dos jornais para a televisão» (BALKIN)<sup>178</sup>, tanto no que respeita à formação da opinião pública como à criação de um espaço privilegiado de “luta política”, como ainda à preparação e divulgação da tomada de decisões por parte dos poderes públicos. O que, entre outras coisas, implicou alterações quer da lógica do “discurso político” (tendo-se generalizado, designadamente, o “marketing político”, os “sound bites”, os “pseudo-eventos”, os “escândalos públicos”), quer dos próprios processos decisórios públicos (que tendem a interagir com os meios de comunicação social);

b) as «mudanças tecnológicas que afectam a percepção e a participação do público no direito». Pois, para além das alterações antes referidas ao nível dos comportamentos das instituições, encontra-se igualmente modificada a visão que os particulares têm do respetivo funcionamento, o que conduz ao surgimento, «por analogia com o fenómeno dos “sound bytes”, [d]o conceito de “law bites”, ou de símbolos do sistema jurídico que se tornaram a moeda cultural comum da generalidade do público» (BALKIN)<sup>179</sup>;

c) a «industrialização da produção jurídica», que deu lugar à instalação de um «modelo quasi-industrial» (BALKIN)<sup>180</sup> de funcionamento dos tribunais a fim de dar resposta à avassaladora “massa de processos” (v.g. simplificação e agilização processuais, limitação de recursos, contratação de assessores de juizes)<sup>181</sup>. E que desencadeou também similar “industrialização” da prática da advocacia (v.g. concentração de sociedades de advogados à escala nacional e internacional, processos de recrutamento de estagiários e de assalariados);

d) as «mudanças tecnológicas que afetam a privacidade e facilitam a vigilância [dos cidadãos] tanto por parte do Estado como das organizações privadas» (BALKIN)<sup>182</sup>. Posto que a generalização do uso quotidiano de meios eletrónicos e digitais – por exemplo, as câmaras

de vigilância, os bancos de dados, a internet, as formas de pagamento eletrônico, os telemóveis, os aparelhos miniaturizados de gravação e reprodução de imagem e som – trouxe consigo novas ameaças aos direitos fundamentais, necessitadas de uma resposta juridicamente adequada. Ameaças aos direitos fundamentais que, por vezes, encontram mesmo novas “fontes de legitimação” em face de fenómenos como os da violência urbana, do terrorismo global ou das “bombas humanas”, geradores de sentimentos acrescidos de insegurança por parte dos cidadãos;

e) os progressos verificados ao nível da genética e das biotecnologias que, por um lado, se traduzem em extraordinários benefícios para a saúde e a qualidade de vida dos indivíduos, mas que, por outro lado, podem gerar também novas e mais intensas ameaças à dignidade da pessoa humana.

Todas estas – e muitas outras – transformações tecnológicas, sociais e culturais das sociedades pós-modernas obrigam a repensar e a reconstruir o Direito Constitucional, a todos os níveis, nomeadamente dos princípios, das normas e das instituições, do procedimento, da legitimação, da linguagem, da metodologia... Mas, se isto contribui para mostrar a relevância da cultura para o Direito – e, em especial, para o Direito Constitucional – (não apenas ao nível metafórico, da analogia ou das técnicas utilizáveis, mas também dos contributos metodológicos de outras artes e ciências), tal não pode nunca significar o afastamento da especificidade dos fenómenos jurídicos ou da autonomia das respetivas ciências.

Do que se trata é da melhor compreensão do Direito enquanto arte (ou, mais restritamente, como técnica) e enquanto ciência e não da «dissolução do jurídico», pois este representa um «projeto humano autónomo – mas também (...) um compromisso civilizacional inconfundível» (AROSO LINHARES)<sup>183</sup>. Daí a necessidade (e a dificuldade) em conciliar cultura e direito, evitando simultaneamente os riscos de «“colonização” funcional protagonizadas pelos sistemas político e económico», ou «pelas instâncias ideológico-culturais (sem excluir a esfera cultural *ciência*)», em busca de uma «*alternativa humana* para o *modus operandi* finalístico-estratégico» (AROSO LINHARES)<sup>184</sup>. Tal é o papel que cabe à «comunidade

científica de intérpretes do Direito Constitucional», cuja tarefa consiste, por um lado, em reunir e interpretar os factores culturais, por outro lado, em elaborar as construções especificamente jurídicas («hermenêutica jurídica»), atuando «simultaneamente como *ciência e literatura* (...), e como processo cultural de produção e de receção» (HÄBERLE)<sup>185</sup>.

Isto porque «sem intérpretes constitucionais, no sentido mais restrito do termo, e sem as respetivas destrezas e habilidades no domínio jurídico, não é possível construir qualquer tipo de Estado constitucional como factor disciplinador da sociedade aberta» (HÄBERLE)<sup>186</sup>. Já que «é precisamente através da inter-relação efectiva entre os textos constitucionais, no seu sentido mais restrito, (...) com o seu outro sentido constitucional cultural, muito mais amplo, que se forma a imagem completa sobre a qual se estruturam basicamente os conteúdos da sociedade aberta» (HÄBERLE)<sup>187</sup>. Assim, «se é certo que os textos jurídicos necessitam de ser aclarados, aprofundados, e ampliados mediante o recurso aos seus próprios contextos culturais, nem por isso deixam de ser, sob nenhum aspeto, textos jurídicos»<sup>188</sup>, não podendo, por isso mesmo, “deixar-se afundar” «no oceano da cultura» (HÄBERLE)<sup>189</sup>.

É necessário considerar que o Direito é um fenómeno cultural, que plasma os valores da comunidade e os torna vigentes num determinado momento e local, mas que é também uma realidade autónoma, consubstanciada em normas e em princípios jurídicos, dotados de uma lógica e de uma dinâmica próprias. Pelo que é de exigir ao Direito Constitucional que seja capaz de considerar simultaneamente valores, factos e normas, na interatividade e reciprocidade do seu relacionamento complexo, conjugando dimensões éticas, artísticas, técnicas e científicas, no âmbito de uma compreensão simultaneamente cultural e jurídica dos fenómenos constitucionais.

### III

#### O Tribunal Constitucional Português e a sua Circunstância: A Jurisprudência da Crise

(Terceira Mesa-redonda: As Funções da Interpretação das Normas pelos Poderes do Juiz Constitucional)

Da mesma maneira que os homens, também os tribunais possuem “a sua circunstância”<sup>190</sup>. Veja-se o que se passou em Portugal com a chamada “jurisprudência da crise”, através da qual o Tribunal Constitucional teve um papel ativo na determinação constitucional das políticas públicas orçamentais, económicas e financeiras, tomadas na sequência da grave situação de crise económica, que conduziu à assinatura de um conjunto de “documentos” internacionais (denominados como Memoranduns<sup>191</sup>) entre o Governo Português, a Comissão Europeia, o Banco Central Europeu e o Fundo Monetário Europeu (estes últimos denominados por “Troika”), nos quais se estabelecia nomeadamente um “Programa de Ajustamento Económico e Financeiro”.

Chamado a pronunciar-se acerca da inconstitucionalidade de normas constantes do Orçamento de Estado de 2011 (Dec. n.º 396/ 2011), de 2012 (Dec. n.º 353/2012), de 2013 (Dec. n.º 187/ 2013), de 2014 (Dec. n.º 413/ 2014) relativas ao corte de salários do setor público, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido de considerar conformes à Constituição as primeiras, mas inconstitucionais as segundas, as terceiras e as quartas, neste último caso, limitando os efeitos da produção de efeitos jurídicos da sua decisão ao momento em que esta foi publicada. Em muitos outros casos, tanto no âmbito da fiscalização sucessiva como da preventiva, o Tribunal Constitucional foi emitindo decisões relativas à conformidade ou à desconformidade com a Constituição de normas relativas à aplicação do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro. Particularmente curiosa é uma decisão, emitida no âmbito da fiscalização preventiva, relativa à redução de salários até 2018, em que o Tribunal considera serem admissíveis restrições de salários para os anos 2014-2015, em razão da situação existente e das medidas em causa, designadamente o seu caráter temporário, mas entende que as medidas previstas para o período de 2016-2018 já seriam inconstitucionais, em razão da violação do princípio da igualdade (Dec. n.º 574/2014).

A denominada «jurisprudência da crise» significou uma mudança de interpretação, num sentido mais afirmativo, que provocou alguma controvérsia política, mas que deu sobretudo origem a um vivo debate jurídico a favor e contra o posicionamento do Tribunal Constitucional, provocando uma verdadeira “querela de visões e de culturas constituicio-

nais”<sup>192</sup>. Através dessa mudança de interpretação, «le Tribunal a centré ses arguments sur des principes constitutionnels fondamentaux tels que le principe de l'égalité, le principe de proportionnalité et le principe de la protection de la confiance, et non sur des règles spécifiques relatives aux droits individuels, en particulier les droits économiques et sociaux»<sup>193</sup>.

Na verdade, a Constituição Portuguesa considera como Direitos Fundamentais tanto os «Direitos, Liberdades e Garantias» como os «Direitos Económicos, Sociais e Culturais», permitindo assim a unificação do regime jurídico de todas as posições jurídicas de vantagem dos particulares em face dos poderes públicos, independentemente de terem surgido na “primeira geração” (com o Estado Liberal), na “segunda geração” (com o Estado Social) ou na “terceira geração de direitos fundamentais” (com o Estado Pós-Social)<sup>194</sup>. Contudo, o Tribunal Constitucional português optou por ancorar a sua “jurisprudência da crise” não no regime jurídico dos direitos económicos sociais e culturais, mas antes nos princípios constitucionais do Estado de direito. Como afirma o Tribunal Constitucional, a propósito da redução das pensões, «la protection des droits et des prestations sociales déjà effectués s'effectue essentiellement: par le biais des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique, d'égalité ou de confiance légitime, et non pas faisant un appel au droit de la sécurité sociale»<sup>195</sup>.

O Tribunal Constitucional inicia assim uma nova via, fazendo apelo a uma “jurisprudência dos princípios”, para proceder à proteção dos «direitos económicos, sociais e culturais», mesmo quando tinha à sua disposição normas jurídicas específicas, que poderia interpretar e aplicar<sup>196</sup>. Ao adotar «cette protection aux droits sociaux par voie indirecte, sur la base des principes fondamentaux de l'État de droit démocratique, dont l'application à tous les droits inscrits dans la Constitution n'est l'objet d'aucunes divergences doctrinales, le Tribunal Constitutionnel a finalement conféré une protection plus robuste et innovante à ces droits» (MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO)<sup>197</sup>.

Esta via, como salientam os dois autores antes referidos, não só permite proteger os direitos económicos sociais e culturais mesmo contra eventuais revisões constitucionais, «dans la mesure ou il est impossible de concevoir une Constitution démocratique que ne contiendrait pas de

tel(s) principes»: como também constitui um «moyen particulièrement efficace pour surmonter les différences qui existent naturellement entre les juges constitutionnels en ce qui concerne les positions de type doctrinale ou dogmatique au sujet du régime juridico-constitutionnelle des normes relatives aux droits sociaux et de sa densification concrète. Dès lors que les décisions du Tribunal Constitutionnel sont des décisions rendus à la majorité (et non à l'unanimité), il est effectivement plus simple de réunir un consensus autour de principes que parvenir à un accord au sujet des prestations sociales ou des impositions spécifiques fixées par le législateur à partir d'une norme constitutionnelle de droits sociaux» (MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO)<sup>198</sup>.

Os princípios constitucionais mais utilizados por esta “jurisprudência da crise” são os da igualdade (v.g. Dec. n.º 353/2012, Dec. 187/2013) da proporcionalidade (v.g. Dec. n.º 187/2013, Dec. n.º 396/2011) e da confiança (v.g. Dec. n.º 188/2009, Dec. n.º 187/2013, Dec. n.º 3/2010, Dec. n.º 474/2013). Mas o Tribunal Constitucional constrói ainda uma noção de igualdade proporcional, « celle qui fonde les différentes décisions de la jurisprudence liée à la crise, en particulier celles qui concernaient les mesures de réduction des salaires et des pensions. Ce principe a constitué un paramètre centrale du contrôle de constitutionnalité dans une part importante de ces décisions, le principe de proportionnalité jouant un rôle accessoire et non autonome» (MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO)<sup>199</sup>.

Conforme enuncia o Tribunal Constitucional, «en réalité, l'égalité juridique est toujours une égalité proportionnelle de sorte que l'inégalité justifiée par une différence de situation n'est pas à l'abri d'un contrôle de proportionnalité. L'inégalité de traitement doit être proportionnée aux raisons qui justifient ce traitement différencié et ne doit pas se révéler excessive» (Dec. n.º 353/2012). Para além de considerar, numa outra sentença, que «le traitement différent des personnes qui reçoivent des rémunérations ou des pensions sur fonds publics dépasse les limites acceptables en termes d'égalité proportionnelle même si l'on prend en considération la gravité de la situation économique et financière et la nécessité d'attendre les objectifs de réduction des déficits publics énoncés» (Dec. n.º 187/2013).

Em suma, num contexto de “crise” financeira, económica, social, mas também de “crise” de Constituição, o Tribunal Constitucional foi capaz de encontrar uma via alternativa para a realização dos direitos económicos, sociais e culturais, através de uma “jurisprudência dos princípios”. Ao adotar esta via, o juiz constitucional procurou conciliar a constituição formal com a material, interpretando as normas a aplicar em razão das novas realidades e exigências da multifacetada “crise” e dos meios mais adequados para a combater.

Teria sido possível adotar interpretações alternativas, partindo do próprio regime jurídico dos direitos económicos, sociais e culturais como direitos fundamentais e aplicando-os a uma situação de crise, mas é forçoso reconhecer que o juiz interpretou as normas constitucionais da forma que considerou mais adequada às “novas circunstâncias”, dando origem a uma nova e criadora “jurisprudência dos princípios”. Assim, poder-se-ia concluir, lembrando uma vez mais Ortega y Gasset, que o Tribunal Constitucional soube estar “à altura das suas circunstâncias”.

<sup>148</sup> A versão original do presente texto é a seguinte: «Portugal – Table Ronde: Juge Constitutionnel et Interprétation des Normes», in «Annuaire Internationale de Justice Constitutionnelle – n.º XXXIII – 2017», Economica/Presses Universitaires d' Aix-Marseille, Paris/ Aix-en-Provence, 2018, pgs. 417 e ss.

<sup>149</sup> MICHEL PRIEUR, «Préface», in Jessica Makowiak, «Esthétique et Droit», L.G.D.J., Paris, 2004, p. V.

<sup>150</sup> MICHEL PRIEUR, «Préface», in Jessica Makowiak, «Esthétique et D.», p. VI.

<sup>151</sup> PETER HÄBERLE, «Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura», versão espanhola, Tecnos, Madrid, 2000, p. 73.

<sup>152</sup> Vide VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que Tenho Direito – Direitos Fundamentais e Cultura», Almedina, Coimbra, 2007.

<sup>153</sup> V. PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», p. 69.

<sup>154</sup> PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», p. 34.

<sup>155</sup> PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», p. 34-35.

<sup>156</sup> Vide PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», mx. p. 39.

<sup>157</sup> PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», p. 42.

<sup>158</sup> PETER HÄBERLE, «Teoría de la C. como C. de la C.», p. 45.



159 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», p. 46-53.

160 JAMES BOYD WHITE, «Heracles' Bow. Essays on the Rhetoric and Poetics of the Law», University of Wisconsin Press, Madison, 1985; «Justice as Translation. An Essay in Cultural and Legal Criticism», The University of Chicago Press, Chicago, 1990; «The Edge of Meaning», University of Chicago Press, Chicago, 2001; COSTAS DOUZINAS/RONNIE WARRINGTON/SUSAN MCVEIGH, «Postmodern Jurisprudence – The Law of Text in the Texts of the Law», Routledge, London / New York, 1991; IAN WARD, «Law and Literature», in «Law and Critique» (“Springer Philosophy of Law Journal”), volume IV, nº 1, 1993, p. 43; «Introduction to Critical Legal Theory», 2ème. ed, Cavendish Publishing, London/Sidney/Portland, Oregon, 2004; GARY MINDA, «Postmodern Legal Movements: Law and Jurisprudence at Century's End», New York University Press, New York, 1995; KLAUS LUEDERSEN, «Produktive Spiegelungen: Recht in Literatur, Theater und Film», 2ème. ed., Nomos, Baden-Baden, 2002; SANFORD LEVINSON/J. M. BALKIN, «Law, Music and other Performing Arts», in «University of Pennsylvania Law Review», vol. nº 139, 1991, p. 1597; J. M. BALKIN, «Cultural Software: A Theory of Ideology», Yale University Press, Yale, 1998; J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Law and Performance», in <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm>, p. 1; J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenader” and “The Lying Crowd of Jews”», in «Cardozo Law Review», nº 20, 1999, p. 1513.

161 JOSÉ M. AROSO LINHARES, «Entre a Reescrita Pós-Moderna da Juridicidade e o Tratamento Normativo da Diferença ou a Prova como um Exercício de “Passagem” nos Limites da Juridicidade (Imagens e Reflexos Pré-Metodológicos deste Percorso)», in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Studia Juridica», Coimbra, 2001, p. 60; «O Logos da Juridicidade sobre o Fogo Cruzado do Ethos e do Pathos – Da Convergência com a Literatura (Law as Literature) à Analogia com uma Poïésis-Technê de Realização (“Law as Musical and Dramatic Performance”)», in «Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra», vol. LXXX, Coimbra, 2004, p. 59.

162 Vide RUY DE ALBUQUERQUE «Para uma Revisão da Ciência Jurídica Medieval: a Integração da Autoritas Poética no Discurso dos Juristas (*Ars Inveniendis*)», in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», vol. XLIII, nº 2, 2002, p. 935.

163 HANS-GEORG GADAMER, «Verité et Méthode – Les Grandes Lignes d'une Herméneutique Philosophique» (versão francesa), Éditions du Seuil, Paris, 1976, p. 11.

164 JAMES BOYD WHITE, «Heracles' B. E. on the R. and P. of the L.», p. 122-123.

165 BOYD WHITE, «The Edge of M.», cit, p. 222.

166 JAMES BOYD WHITE, «Heracles' B. E. on the R. and P. of the L.», p. 173-175.

167 BOYD WHITE, «Justice as T. An E. in C. and L. C.», p. 229.

168 J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Law and P.», cit, in <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm>, cit, p. 1; J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Interpreting L. and M.: P. N. on “The B. S.” and “The L. C. of J.”», in «Cardozo L. R.», p. 1513.

169 J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Law and P.», cit, in <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm>, p. 1.

170 J. M. BALKIN/SANFORD LEVINSON, «Law and P.», cit, in <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/articles/london21.htm>, cit, p. 1.

171 ROGÉRIO SOARES, «Direito Público e Sociedade Técnica», Atlântida, Coimbra, 1969.

172 Voir J. J. GOMES CANOTILHO, «“Brançosos” e Interconstitucionalidade – Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional», Almedina, Coimbra, 2006.

173 Vide J. M. BALKIN, «What is a Postmodern Constitutionalism?», in «Michigan Law Review», 1992, páginas 1 e seguintes; PAUL BREST/SANFORD LEVINSON/J. M. BALKIN/A. REED AMAR, «About Process of Constitutional Decisionmaking», 4ª edição, Aspen Publishers, 2000.

174 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 9

175 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, pp. 11-12.

176 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 12.

177 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 13.

178 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 13.

179 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 16.

180 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, p. 19.

181 Voir KATIA FRANKO AAS, «Sentencing in the Age of Information: from Faust to Macintosh», Glosshouse Press, London/Sidney/Portland, Oregon, 2005.

182 J. M. BALKIN, «What is a Postmodern C.?», cit, in «Michigan L. R.», cit, 1992, pp. 18-19.

183 JOSÉ M. AROSO LINHARES, «Entre a Reescrita P.-M. da J. e o T. N. da D. ou a P. como um E. de “P.” nos L. da J. (I. e R. P.-M. deste P.)», cit, in «Boletim da F. de D. da U. de C. – S. J.», cit, p. 133.

184 JOSÉ M. AROSO LINHARES, «Entre a Reescrita P.-M. da J. e o T. N. da D. ou a P. como um E. de “P.” nos L. da J. (I. e R. P.-M. deste P.)», cit, in «Boletim da F. de D. da U. de C. – S. J.», cit, p. 133-134.

185 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit, pp. 59-60.

186 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit, p. 104.

187 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit, p. 104.

188 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit, p. 73.

189 PETER HÄBERLE, «Teoria de la C. como C. de la C.», cit, p. 104.

190 Vide ORTEGA Y GASSET, «la Rebelión de las Masas», Espasa-Calpe, Madrid, 1984; «O que é a Filosofia?», Cotovia, Lisboa, 1994; «A Desumanização da Arte e outros Ensaios de Estética», Almedina, Coimbra, 2003.

<sup>191</sup> «Memorandum of Economic and Financial Policies», in [http://www.portugal.gov.pt/media/371354/mefp\\_200110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/371354/mefp_200110517.pdf); «Technical Memorandum of Understanding», in [http://www.portugal.gov.pt/media/371360/tmou\\_201110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/371360/tmou_201110517.pdf); «Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality», in [http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mon\\_201110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/371369/mon_201110517.pdf).

<sup>192</sup> GONÇALO DE ALMEIDA RIBEIRO/LUÍS PEREIRA COUTINHO (coord.), «O Tribunal Constitucional e a Crise – Ensaio Crítico», Almedina, Coimbra, 2014; Jorge Reis Novais, «Em Defesa do Tribunal Constitucional – Resposta aos Críticos», Almedina, Coimbra, 2014; RUI MEDEIROS, «A Constituição Portuguesa num Contexto Global», Universidade Católica Editora, 2015.

<sup>193</sup> MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de crise”: une jurisprudence sur les Droits Sociaux?» in Damien Connil/Dimitri Löhrer, «40 Ans d’ Application de la Constitution Portugaise», Institut Universitaire Varennes, 2017, p. 209.

<sup>194</sup> VASCO PEREIRA DA SILVA, «A Cultura a que T. D. – D. F. e C.», p. 111.

<sup>195</sup> V. dec. n.º 3/2010 du 6 Janvier 2010. MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de c.”: une j. sur les D. S.?» in DAMIEN CONNIL/DIMITRI LÖHRER, «40 Ans d’ Application de la C. P.», p. 211.

<sup>196</sup> V. JORGE REIS NOVAIS, «O Direito Fundamental à Pensão de Reforma em Situação de Emergência Financeira», in «E-pública», n.º 1, 2014.

<sup>197</sup> MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de c.”: une j. sur les D. S.?» in DAMIEN CONNIL/DIMITRI LÖHRER, «40 Ans d’ Application de la C. P.», p. 211.

<sup>198</sup> MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de c.”: une j. sur les D. S.?» in DAMIEN CONNIL/DIMITRI LÖHRER, «40 Ans d’ Application de la C. P.», p. 212.

<sup>199</sup> MARIANA CANOTILHO/RUI LANCEIRO, «La “jurisprudence de c.”: une j. sur les D. S.?» in DAMIEN CONNIL/DIMITRI LÖHRER, «40 Ans d’ Application de la C. P.», p. 213.