

Repositório ISCTE-IUL

Deposited in *Repositório ISCTE-IUL*:

2018-12-06

Deposited version:

Post-print

Peer-review status of attached file:

Peer-reviewed

Citation for published item:

Gonçalves, M. E., Guibentif, P. & Rebelo, G. (2018). Constituição e mudança socioeconómica e territorial. Cascais. Príncípa.

Further information on publisher's website:

--

Publisher's copyright statement:

This is the peer reviewed version of the following article: Gonçalves, M. E., Guibentif, P. & Rebelo, G. (2018). Constituição e mudança socioeconómica e territorial. Cascais. Príncípa.. This article may be used for non-commercial purposes in accordance with the Publisher's Terms and Conditions for self-archiving.

Use policy

Creative Commons CC BY 4.0

The full-text may be used and/or reproduced, and given to third parties in any format or medium, without prior permission or charge, for personal research or study, educational, or not-for-profit purposes provided that:

- a full bibliographic reference is made to the original source
- a link is made to the metadata record in the Repository
- the full-text is not changed in any way

The full-text must not be sold in any format or medium without the formal permission of the copyright holders.

Constituição e Mudança Socioeconómica
Quatro Décadas da Constituição da República Portuguesa

Índice

M. E. Gonçalves, P. Guibentif, G. Rebelo – Introdução

Christopher Thornhill – Desenvolvimentos no Direito Constitucional Contemporâneo:
A Formação da Norma entre o Nacional e o Global

António Manuel Hespanha – A Democraticidade da Constituição face ao Primado do
Direito Doutrinal

António Carlos Santos – Sobre a Constituição Económica

Ana Costa – A Constituição e a Economia

António Goucha Soares – A Constituição e a União Europeia

Maria Eduarda Gonçalves – Em Tempo de Crise e Austeridade, o que Valem os Direitos
Sociais?

Glória Rebelo - A Constituição de 1976 e Segurança no Emprego

Raul Lopes – A Arquitetura Constitucional do Desenvolvimento

Introdução

Maria Eduarda Gonçalves, *DINÂMIA'CET, IUL, ISCTE-IUL*

Pierre Guibentif, *DINÂMIA'CET, IUL, ISCTE-IUL*

Glória Rebelo, *DINÂMIA'CET, ISCTE-IUL*

O constitucionalismo surge originariamente num quadro nacional como uma forma de definir a organização do poder político e o seu exercício em obediência ao princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos individuais numa comunidade soberana. Desde a primeira época liberal, as constituições corresponderam por norma a momentos de mudança, senão mesmo de refundação política e, cada vez mais, também de mudança social e económica. Ao longo do século XX, tenderam de facto a alargar o seu âmbito do político ao económico e social.

As constituições exprimem os valores básicos de uma comunidade: na era contemporânea, a “era dos direitos” (Bobbio), cumprem uma função declarativa, de garantia e normalmente também de promoção das liberdades e direitos fundamentais, reforçada pela imbricação crescente entre ordens jurídicas internas e internacionais. A pessoa humana e a sua dignidade têm-se imposto como o núcleo central do constitucionalismo (cf., por exemplo, o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa, de 1976).

O quadro tradicional do constitucionalismo de base estatal vem sendo, no entanto, desafiado por dinâmicas complexas sob influência de outras fontes ou de simples orientações normativas ou interpretativas: da emergência de ordens político-jurídicas supranacionais de que o direito europeu é decerto a manifestação mais acabada aos movimentos de globalização, com a desterritorialização das operações económicas, emergem tensões críticas que apelam a novas perspectivas sobre o constitucionalismo (Chris Thornhill). Desde o final da 2ª grande guerra, em particular, várias constituições foram incorporando componentes clássicas do direito internacional, em especial dos direitos humanos. A Constituição portuguesa é disso um exemplo.

Nos últimos anos, o contexto de crise financeira e económica evidenciou, porém, como

a superior força normativa da constituição pode ser constrangida seja no plano dos direitos, seja do exercício da autoridade soberana, por opções de governação que remetem uma influência decisiva para entidades económico-financeiras públicas e privadas, nacionais e internacionais. Se nestas circunstâncias se tem invocado um “referencial de excepção”, há que reconhecer que os próprios poderes políticos estaduais e interestaduais têm favorecido ordens constitucionais “organizadas” em torno dos interesses económicos e financeiros transnacionais apoiados de certo modo numa visão da “economia como constituição” (António Carlos Santos). As teorias que constituem o neoliberalismo não deploram a intervenção do Estado, antes a promovem enquanto motor da liberalização dos movimentos do capital financeiro (a “financeirização” da economia) e no plano do trabalho, por exemplo, enquanto instigador da flexibilização das normas e da redução dos mecanismos de defesa colectiva dos direitos dos trabalhadores com a consequente precarização contra a alegada “rigidez” deste “mercado” (Glória Rebelo). É uma “ordem” marcada por um aumento das desigualdades sociais que daí decorre.

Também a evolução das práticas jurídicas, a influência crescente do “direito judicial” emanado de tribunais constitucionais e não só e a empresarialização da advocacia ao serviço de interesses económicos e financeiros vêm reconfigurando, por vezes subvertendo até, princípios e direitos constitucionais. Daí que uma corrente de constitucionalistas empenhados num reforço da democracia política venha propondo uma redução da mediação dos juristas na declaração do direito em favor da instituição de modelos constitucionais e jurídicos que promovam o reassumir do imperium da comunidade para que seja esta a declarar, de variados modos, os seus sentimentos sobre o direito (António Manuel Hespanha).

Os tribunais têm emergido, porém, ao mesmo tempo, como “contrafortes” perante os perigos do desvirtuamento daqueles princípios e direitos. Tribunais nacionais vêm “constitucionalizando” normas externas, designadamente de direito internacional dos direitos humanos, interagindo diretamente com o sistema legal internacional e gerando um fenómeno novo de “direito constitucional transnacional” (Chris Thornhill). Daí decorrem igualmente tensões entre valores constitucionais e os movimentos de europeização e de globalização económica que tendem em parte a depreciá-los.

Perante estes desenvolvimentos, uma perspectiva sociológica do constitucionalismo defenderá não haver razões para não ampliar o âmbito do conceito quando a função política e a definição de padrões básicos da governação passam a transcender as fronteiras nacionais e, acrescentaríamos, quando os poderes económicos se sobrepõem aos poderes políticos, requerendo novas bases de legitimação.

Será a melhor resposta a estes desafios a transição para uma “constituição mínima” mais facilmente ajustável ao permanente clima de mudança em que atualmente se vive ou deverá antes caber à constituição, porventura mais hoje ainda do que no passado, a garantia dos direitos e da democracia perante as forças emergentes, consistam estas em ordens normativas “oligárquicas” ou em entidades privadas multinacionais desprovidas da devida legitimidade? E não será tempo, afinal, de devolver ao povo o papel constituinte naquelas esferas em que, como no governo da economia, a influência real tem vindo a recair em poderes fácticos não legitimados democraticamente?

Neste quadro de referência, que dizer da Constituição da República Portuguesa e da sua interrelação com o contexto económico e social ao longo das quatro décadas decorridas sobre a sua entrada em vigor?

Valerá a pena começar por lembrar que a Constituição da República Portuguesa de 1976 nasceu de uma revolução política, económica e social imbuída de utopia, que marcou o texto constitucional. Para além da sua singularidade no plano político, o momento constitucional abriu espaço a um esforço criativo e inovador em domínios como a organização económica, o desenvolvimento e o território visando a correção dos desequilíbrios regionais mediante o estabelecimento de instituições e mecanismos de planeamento originais (Raúl Lopes).

O cariz “revolucionário” da Constituição portuguesa foi sendo todavia atenuado, no plano económico em especial por força da evolução política interna marcada pela opção europeia, justificando revisões constitucionais que modificaram os equilíbrios entre propriedade pública e privada e regulação pública e mercado num sentido favorável aos princípios do mercado (António Carlos Santos, António Goucha Soares). Dinâmicas externas europeias e internacionais condicionaram alterações à constituição económica portuguesa marcadas pela ideologia neoliberal.

A Consituição foi formalmente revista por sete vezes ao longo dos últimos quarenta

anos. Mas o essencial dos seus princípios originais resistiu: referimo-nos particularmente ao enunciado dos direitos e liberdades fundamentais e aos princípios e organização do Estado de Direito. Na última década, tempos de crise justificaram decisões de política económica e financeira que entraram em choque com direitos e princípios fundamentais. A Constituição e o seu principal guardião, o Tribunal Constitucional, ergueram todavia trincheiras às violações mais gravosas, pondo em evidência a “força” dos direitos constitucionais, não obstante as flutuações e as hesitações da jurisprudência (Maria Eduarda Gonçalves).

Centrada na garantia das liberdades e direitos e do Estado de Direito, a Constituição da República Portuguesa continua, quatro décadas depois, a oferecer um quadro marcadamente humanista contendo padrões de referência adequados a uma sociedade em constante evolução sob o efeito de factores internos e externos. A Constituição tem sabido conservar a sua modernidade e força inspiradora e mobilizadora da ação política e inclusive a sua capacidade de contrariar movimentos tendentes a desvirtuar a sua essência.

O presente livro dá seguimento ao Colóquio “40 Anos da Constituição da República e a Mudança Socioeconómica e Territorial”, organizado pelo DINÂMIA’CET-IUL, Centro de estudos sobre a mudança socioeconómica e o território do ISCTE-IUL em Maio de 2016. Com a realização do Colóquio e agora a publicação do presente livro, entendeu o DINÂMIA’CET-IUL assinalar as quatro décadas da Constituição portuguesa, promovendo a análise e o debate em torno de matérias constitucionalmente reguladas que constituem temáticas centrais de investigação desta unidade de investigação, i.e. a economia, o trabalho e o território. Neste volume reúnem-se textos elaborados com base nas comunicações então apresentadas, congregando perspectivas criativas e originais, num quadro interdisciplinar, sobre a relação entre a Constituição, as políticas públicas e as práticas nos domínios socioeconómico e territorial sob o pano de fundo de novas teorias sobre o constitucionalismo.

Qual a atualidade da Constituição portuguesa em face da mudança socioeconómica e da evolução política e ideológica ocorridas em domínios como a regulação económica, o trabalho e o território? Até que ponto têm respondido os valores constitucionais e os direitos sociais às dinâmicas da economia global? Como vêm sendo garantidos os

princípios do Estado de Direito perante a autoridade crescente do poder judicial? Como encarar a evolução da CRP à luz de novas perspectivas sobre o constitucionalismo? Estas são algumas das questões que orientam os estudos e reflexões aqui publicados.

Desenvolvimentos no Direito Constitucional Contemporâneo: A Formação da Norma entre o Nacional e o Global

Chris Thornhill,

University of Manchester

1. Constitucionalismo nacional

O direito constitucional é commumente associado aos Estados e às Nações. Esta associação prende-se com o facto de, historicamente, o desenvolvimento do direito constitucional se encontrar profundamente relacionado com o processo e o vocabulário da formação nacional. Este foi marcadamente o caso na América revolucionária, onde a fundação da Constituição resultou de um impulso unificador, anti-colonial, e na França revolucionária onde a formação da Constituição visou erradicar da Nação os vestígios da autoridade local das corporações. Em ambos os casos, os padrões do constitucionalismo centraram-se na ideia de que a nação, sob a forma da soberania popular, deve expressar a autorização básica do exercício dos poderes de governo e que a constituição incorpora as escolhas fundamentais do povo soberano. Atualmente, a noção de que a nacionalidade e o constitucionalismo estão essencialmente correlacionados entre si é defendida abertamente por constitucionalistas em diferentes pontos do espectro político. A maior parte dos teóricos da constituição que adoptam uma perspectiva mais clássica da teoria constitucional insistem em que as constituições devem fundar a sua legitimidade em processos nacionais de auto-legislação.

No entanto, se observarmos as constituições de um ponto de vista mais sociológico, uma realidade diferente começa a emergir. É inegável que o crescimento do constitucionalismo como uma gramática social coincidiu com a emergência das nações modernas: isto é, com sociedades geograficamente mais alargadas em que tendia a diminuir a capacidade da autoridade local para prestar apoio estrutural ao conjunto da sociedade. No entanto, por detrás da superfície da primeira teoria constitucional, a principal função clássica das constituições não foi instituir o povo da nação como o centro da autoridade legislativa. Essa função foi, sim, criar um fundamento da legitimidade da emergência de um sistema político relativamente diferenciado apto a

distribuir e a autorizar a adopção da lei nos espaços cada vez mais alargados e complexos da sociedade nacional. Isso ficou claro na França revolucionária, onde a nação foi proclamada como a fonte nuclear da legitimidade governamental de uma ordem política centralizada, suplantando estruturas de poder baseadas em privilégios feudais tradicionais, em imunidades locais e em direitos corporativos sectoriais. Este estado de coisas foi também evidente na América revolucionária onde a concentração do sistema de governo no povo teve em vista estabelecer um ponto de atribuição ou soberania abrangentes a fim de ligar os territórios difusos da recém-formada República. Inclusive nas primeiras constituições construídas de modo menos democrático, por exemplo as constituições napoleónicas, na Baviera, e em Espanha, onde a ideia da nação constituinte foi promovida (sem sucesso) como um meio de retirar autoridade política a elites políticas tardo-feudais.

De um modo geral, de um ponto de vista sociológico, a ideia da nação como fonte fundadora do constitucionalismo gerou visões distorcidas do constitucionalismo. A premissa histórica da ordem constitucional fundada na nação agiu não para estabelecer um governo assente em processos legislativos colectivos, mas antes para criar uma estrutura inclusiva de formação de um sistema político moderno e diferenciado capaz de legislar presumindo a aceitação das leis em sociedades tendencialmente alargadas. O conceito de nação ofereceu uma base sólida para o direito do sistema político dado que se tornava necessário distribuir a lei em vastos domínios geográficos, protegendo o sistema político contra crescentes reclamações de legislação para diferentes segmentos da sociedade, facilitando a aplicação de princípios gerais e replicáveis em apoio dos actos legislativos. Muitas vezes, subsequentemente, a construção de uma ordem constitucional para os sistemas políticos nacionais conduziu directamente a uma participação mais ampla da população em funções governativas. Contudo, a relação entre a ideia da nação e a emergência do sistema político moderno foi sempre historicamente contingente. Numa primeira instância, as constituições evoluíram como partes de um processo de estruturação inclusiva, no qual as normas constitucionais, especialmente a norma da auto-legislação nacional, articularam os princípios subjacentes a fim de estabilizar o emergente sistema político centralizado e solidificar o seu alcance em sociedades em expansão.

É uma “ordem” marcada por um aumento das desigualdades sociais. Se aceitarmos esta visão funcional-evolutiva do constitucionalismo, torna-se evidente que o direito constitucional não é necessariamente limitado ao domínio do direito nacional e não pressupõe a presença de um povo nacional conferindo legitimidade a um sistema político. Não há motivo para que, à medida que o sistema político de uma sociedade se expõe a novas pressões inclusivas, o direito constitucional não deva separar-se da sua fundação original na nação. Se a função básica da constituição é estruturalmente estabilizar o sistema político para a sociedade, a fábrica normativa da constituição é susceptível de mudar, assim como mudam as expectativas de mudança legal e política. Na sociedade contemporânea, em que as funções políticas se estendem para além das fronteiras nacionais, é inevitável que o direito constitucional dispense em parte a norma da nação como fonte de legitimação da lei e construa novas normas transnacionais como base do sistema político, no seu ambiente transnacional.

2. Direito constitucional transnacional

Muito se discute hoje o direito constitucional transnacional como uma sub-categoria de um debate mais amplo sobre o direito transnacional num sentido mais geral. O direito transnacional em termos mais gerais é comumente definido como uma ordem jurídica criada, muitas vezes espontaneamente e pluralisticamente, fora das jurisdições nacionais, e que resulta tipicamente de intercâmbios entre organizações situadas no campo do direito privado. Apesar da sua ênfase no pluralismo do direito transnacional, todavia, alguns teóricos têm evidenciado uma dimensão constitucional distintiva no direito, identificando um padrão específico do constitucionalismo transnacional.

Mais saliente neste segmento da literatura jurídica transnacional é, por um lado, o argumento de que a forma hiper-complexa da sociedade global contemporânea estimula a emergência de constituições societárias transnacionais onde a comunicação legal espontânea entre diferentes esferas da sociedade, atravessando horizontalmente as jurisdições nacionais, criando normas constitucionais inerentemente vinculativas – isto é, constitucionais. Contudo, a dimensão constitucionalista da teoria do direito transnacional é também visível na reclamação de que o direito transnacional pode ser encarado como um sistema de “ordenamento legal transnacional”. Uma perspectiva

constitucionalista expressa-se, além disso, na reclamação de que o direito privado transnacional pode ser visto como uma constituição procedimental ou um conjunto de “princípios orientados para o processo” capazes de oferecer uma estrutura normativa para a sociedade contra um pano de fundo em que os modelos institucionais derivados do Estado-nação têm perdido espaço. Esta dimensão constitucionalista resulta também evidente do facto de uma parte da teoria jurídica transnacional considerar as normas de direitos humanos como princípios estruturais da ordem normativa, encarando os direitos humanos como pilares do direito transnacional dotado de autoridade pública. Todas estas posições são enformadas por uma interpretação da ordem jurídica contemporânea que define o direito transnacional como dependente das categorias clássicas e de estruturas normativas estabelecidas e vê o direito privado como um domínio potencialmente constitucional. No entanto, todas defendem que as trocas legais contemporâneas podem, ainda que contingentemente, produzir normas com um estatuto próximo do estatuto tradicional das constituições.

Estas análises têm, todas elas, importância e valia indiscutíveis. Todavia, suscitam também questões problemáticas. Em particular, tendem a desvalorizar certas características definidoras do direito constitucional. De um modo geral, desde as suas origens históricas até ao presente o constitucionalismo tem mostrado determinadas características marcantes. Tipicamente, e antes de mais, o direito constitucional encontra-se associado inicialmente ao domínio político da sociedade. Como se indicou, este domínio político não tem necessariamente de ser associado a instituições representativas de um povo nacional relativamente circunscrito. No entanto, há certas funções na sociedade que podem ser definidas como especificamente políticas: é o caso das que assumem natureza vinculativa para os membros da sociedade e que pressupõem princípios fundamentais de autoridade a fim de ser assegurada a sua adopção em diferentes esferas sociais. Essas relações são normalmente fundadas em normas constitucionais. Podemos, assim, concluir que o direito constitucional é intrinsecamente político e que contém princípios que geram colectivamente uma autoridade vinculativa – institui normas com as quais outras normas se relacionam como normas secundárias e em cuja base se legitimam as interações políticas transversais à sociedade. Depois, simplesmente, é essencial ao direito constitucional

que constitua alguma coisa – inclusive, genericamente, que constitua algo de ordem política. Por outras palavras, para que a lei possa ser considerada constitucional necessita de gerar uma legitimidade obrigatória para uma determinada série de interações políticas, sem a qual essas interações não seriam viáveis, ou seriam pelo menos privadas de fundamento normativo essencial. No entanto, para a doutrina de direito constitucional transnacional que a encara como um sub-conjunto do direito transnacional a dimensão constitucional do direito tende a ser separada da sua relação normativa com a política. Daí que em muita da investigação realizada sobre o direito constitucional transnacional o aspecto intrinsecamente constitutivo do direito constitucional venha perdendo proeminência.

Em contraste, o presente capítulo procura dar conta do direito constitucional da sociedade transnacional sem enfraquecer a conexão entre direito constitucional e sistema político. Partindo de uma definição do direito constitucional como categoria política, defende que muitos dos padrões do constitucionalismo transnacional podem ser reencontrados na sociedade contemporânea. Muitas funções políticas, a diferentes níveis da estrutura global da sociedade actual, se apoiam no direito constitucional transnacional, e o direito transnacional oferece uma constituição para as trocas político-sistémicas sob múltiplas formas. Não se torna todavia necessário abandonar o terreno mais clássico do direito público a fim de explicar a formação do direito constitucional transnacional. Na realidade, a posição de liderança na construção do direito constitucional transnacional reside hoje principalmente em órgãos com claro estatuto público – nomeadamente, os tribunais e órgãos judiciais. A interação entre actores no seio do sistema judicial atravessando fronteiras anteriormente jurisdicionais converteu-se numa fonte cada vez mais dominante de formação da norma constitucional.

A emergência do direito constitucional transnacional é hoje evidente em três dimensões distintas da sociedade global. Em cada instância, o direito constitucional transnacional é definido pelo facto de oferecer o fundamento para a inclusão de categorias particulares de troca político-sistémica. Em consequência, as normas formadas deste modo conservam uma natureza distintivamente política.

3. Direito internacional como direito constitucional transnacional

Depois de 1945, generalizou-se progressivamente a ideia de que alguns elementos clássicos do direito internacional, especialmente o direito dos direitos humanos, têm um estatuto próximo do constitucional. De facto, é possível argumentar que o direito internacional pode ser encarado, em parte, como formando uma constituição vertical, acima dos Estados nacionais, a que se sujeita o exercício de alguns poderes de soberania do Estado. Mais obviamente, as normas internacionais com força constitucional no domínio internacional constam dos instrumentos mais importantes do direito internacional. Em particular, as convenções sobre direitos humanos assumem de facto um estatuto constitucional para a maior parte dos Estados e existe atualmente um corpo do direito internacional com estatuto de *jus cogens* baseado largamente no direito dos direitos humanos, que a maior parte dos Estados reconhece como parte da sua ordem constitucional. Como consequência, as decisões dos tribunais internacionais têm também implicações constitucionais vinculativas para os Estados, e tais decisões constituem parte do sistema de direito constitucional aceite pela maioria dos Estados. Alguns dos acórdãos clássicos do Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) são disso uma ilustração. Este tribunal clarificou muitas vezes normas fundamentais para o exercício dos poderes soberanos pelas instituições dos Estados. Isto é também visível nalgumas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e ainda mais visível nas decisões do Tribunal Inter-Americano dos Direitos do Homem (TIADH), algumas das quais têm tido efeito directo nos Estados partes da Convenção Americana dos Direitos do Homem. Muitas vezes, de facto, os tribunais internacionais cumprem hoje em dia a sua função de criação e promoção de uma lei constitucional internacional. O TEDH vê-se como criador de uma ordem público-legal para a Europa. O TIADH entende-se como designado para interpretar e mesmo construir um *corpus juris* internacional.

As normas internacionais com força constitucional tiveram normalmente origem na delegação de autoridade de Estados soberanos a organizações internacionais dotadas de funções judiciais. Hoje, porém, tais normas deixaram de ser simplesmente produzidas por instituições com posições determinadas no sistema hierárquico do direito internacional. Pelo contrário, em certa medida as normas constitucionais no

domínio internacional são cada vez mais enformadas por claros padrões transnacionais: ou seja, são construídas por múltiplos actores judiciais, situados em espaços diferentes da ordem jurídica internacional, nem todas autorizadas estritamente por governos nacionais. Isto é evidente, por exemplo, no facto de os tribunais nacionais assumirem hoje por vezes autoridade para definir e inclusive ditar normas internacionais dirigidas a outros actores no plano internacional, especialmente em matéria de direitos humanos. Nalguns casos, de facto, os tribunais nacionais geram normas que são elas próprias incorporadas nos sistemas jurídicos internacionais. Além disso, nalguns casos recentes, os tribunais internos têm reclamado autoridade superior à dos tribunais internacionais para identificar princípios não derogáveis de direito internacional e têm insistido no seu direito de intervir como intérpretes primários do direito internacional, na esfera dos respectivos Estados. Acresce que alguns tribunais nacionais se têm apoiado nas doutrinas convencionais da margem de apreciação e da proporcionalidade para pensar os direitos humanos segundo padrões mais exigentes do que os prescritos pelo direito internacional. Como resultado, os tribunais nacionais começaram efetivamente a criar ou, pelo menos, a promover a formação de direitos humanos internacionais com força constitucional, pelo menos para os seus próprios Estados. De facto, a doutrina da margem de apreciação, quando aplicada, significa inevitavelmente que os tribunais nacionais se tornam participantes activos na construção de um sistema transnacional alargado de normas constitucionais. Além disso, os tribunais e as legislaturas nacionais vão muitas vezes mais longe do que o estritamente requerido no processo de domesticação das normas internacionais. Houve casos em que os tribunais nacionais optaram por conferir força obrigatória a normas internacionais, força essa não antecipada na original construção internacional de tais normas, e ao fazê-lo têm efetivamente modificado o estatuto dessas normas. Sendo assim, a constituição do direito internacional deixou de poder ser explicada como um corpo de normas legais elaboradas deliberadamente como tais e verticalmente aplicadas. O direito internacional encontra-se num processo evolutivo como um *corpus juris* construído por via da sua interpretação, em que múltiplos actores e instituições (normalmente de natureza judicial) desempenham um papel constituinte e cuja força constitucional não é sujeita a limites estritamente

determinados *a priori*. Em particular, o direito internacional deixou de ser um sistema legal imputável meramente a actos soberanos dos Estados e apresenta-se hoje em dia manifestamente distinto do quadro dos acordos entre Estados. Consequentemente, o direito internacional está claramente a assumir força constitucional de modo espontâneo, acentrado, e obviamente transnacional. Esta transformação do direito internacional em direito transnacional forma a estrutura inclusiva subjacente de um sistema político global tenuemente conectado. Estabelece normas que servem de base a uma constituição global envolvendo interacções no domínio inter-estatal, produzindo também normas que encerram interacções entre sociedades nacionais, especialmente as que envolvem implicações nos direitos humanos, numa ampla ordem normativa. O direito dos direitos humanos é central nesta constituição transnacional e a defesa dos direitos individuais representa um momento chave da construção transnacional constitucional.

4. O direito nacional como direito transnacional

Não é apenas no direito internacional que se pode observar uma crescente tendência para uma constitucionalização transnacional. De facto, é evidente uma tendência similar na esfera do direito constitucional nacional. Deve notar-se que, nos anos mais recentes, muitas constituições nacionais foram revistas no sentido de serem melhor apoiadas em fundamentos transnacionais e muitas constituições passaram a ter, em termos mais gerais, características transnacionais.

Isto produz-se de várias maneiras. Da maneira mais óbvia, acontece quando constituições nacionais são redigidas de maneira a reconhecer dignidade constitucional ao direito internacional. Também acontece quando constituições incorporam normas fortemente marcadas pelo direito internacional, em particular em matéria de direitos humanos. Mas isto também acontece quando os tribunais nacionais, em particular os tribunais constitucionais, assimilam o direito internacional de uma maneira construtiva, interpretativa, de tal modo que o direito constitucional nacional se forma pela interacção entre jurisdições e pela internalização de normas entre arenas nacionais e internacionais. Existem variações neste processo. Às vezes, tribunais nacionais limitam-se a incorporar o direito

internacional no direito nacional, ao cumprir a jurisprudência de tribunais internacionais ou as directrizes de organizações internacionais. Às vezes, no entanto, os tribunais nacionais extraem do direito internacional normas que se deixam apenas muito indirectamente derivar dos instrumentos reconhecidos de direito internacional, e reconfiguram-nas; desta maneira, produzem, no seio da sua ordem jurídica nacional, novas normas constitucionais, fundamentalmente transnacionais, através de uma confrontação construtiva com as instituições que formam o sistema do direito internacional.

Quanto a esta última categoria de interacção constitucional entre tribunais nacionais e o sistema do direito internacional, nota-se que, em muitos casos, os tribunais nacionais invocam normas definidas no plano internacional ou pelo menos extraídas do direito internacional, tendo em vista funções que se prendem especificamente com as suas sociedades nacionais. Com efeito, não raras vezes os tribunais nacionais utilizam tais normas para cumprirem funções muito particulares, ligadas às suas próprias sociedades e a problemas que se inscrevem nas trajectórias nacionais de formação das instituições e do sistema político. Em certos casos, por exemplo, normas internacionais são integradas no direito nacional e em processos políticos nacionais porque são consideradas como tendo uma autoridade particularmente forte, e que são capazes por si só de reorientar padrões de organização institucional e/ou constitucional. Em certos casos, normas internacionais são integradas no direito nacional porque são consideradas como relativamente neutras e não marcadas por controvérsias históricas, e que são capazes de formular princípios constitucionais consensualmente aceitáveis para diferentes grupos sociais. De maneira geral, no entanto, normas internacionais são hoje incorporadas no direito constitucional nacional como instrumentos de uma constitucionalização de ordem superior, que serve para consolidar a autoridade de normas garantidas constitucionalmente em sociedades nacionais, e até para estabilizar sistemas políticos nacionais. Isto acontece muitas vezes em circunstâncias nas quais, por razões históricas próprias às sociedades em questão, a abstracção formal do direito constitucional, ou até, em termos mais gerais, de um sistema político distinto / diferenciado se tem deparado com obstáculos. Nestes

casos, no processo da sua aplicação no plano nacional, as normas internacionais vão ter uma vida própria bastante peculiar, e adquirem significados e funções apenas remotamente relacionadas com acordos internacionais; logo, experienciam um processo específico de mutação transnacional.

Por isso, as normas constitucionais transnacionais desenvolvem-se muitas vezes em sociedades e sistemas jurídicos nacionais em momentos nos quais o direito internacional se funde com o direito nacional, e a fusão destes dois sistemas normativos é incentivada para resolver problemas estruturais próprios a determinadas histórias nacionais em particular. De facto, muitas sociedades nacionais devem o essencial da sua coesão constitucional, ou até da sua capacidade de manter um sistema político, à maneira como aí se construíram normas de carácter transnacional.

Até certo ponto, esta tendência constitucional transnacional já era visível no imediato pós-1945, quando o direito internacional, e em particular normas internacionais consagrando os direitos humanos, começaram pela primeira vez a penetrar em profundidade nas sociedades nacionais. Na República Federal Alemã (RFA), por exemplo, o *Grundgesetz* (1949) reconheceu uma muito grande autoridade ao direito internacional. Mais tarde, nos anos 1950, o Tribunal Constitucional da RFA recorreu a normas de direitos humanos construídas internacionalmente para implantar uma ordem constitucional muito abrangente na sociedade alemã, e estendeu aliás esta ordem até ao ponto de incluir nela relações classicamente consideradas como abrangidas pelo direito privado. Nesse contexto muito peculiar da Alemanha no pós-1945, esta valorização das normas que consagram os direitos humanos teve várias funções para o sistema político, e serviu para solidificar, de várias maneiras, a ordem constitucional do Estado. Em primeiro lugar, ajudou, claramente, em estabelecer uma ruptura entre a realidade normativa da sociedade do pós-1945 e as anteriores estruturas jurídicas autoritárias. Mais importante, num contexto social historicamente marcado por um Estado apenas fracamente desenvolvido e por uma profunda interpenetração entre actores públicos e privados, isto teve o efeito de colocar instituições ligadas ao sistema político em posição de monopolizar mais rigorosamente a função de produzir

normas, e de definir um enquadramento jurídico geral para as interacções sociais. Destas duas maneiras, normas extraídas do direito internacional foram mobilizadas para dar fundamentos a domínios constitucionais específicos, e para estabilizar um sistema político que pudesse funcionar como centro normativo da sociedade.

Um exemplo mais elucidativo ainda é o da Argentina nos anos 1980, também no contexto de uma transição para uma democracia constitucional. Nesse contexto, o governo de transição chefiado por Alfonsín depois de 1983 mostrou-se profundamente comprometido com a incorporação do direito internacional do direito constitucional nacional, um processo que se concluiu mais tarde em 1994, durante a presidência de Menem. Num plano, Alfonsín defendeu a assimilação do direito internacional porque via nos instrumentos de garantia dos direitos humanos uma plataforma que permitiria encontrar recursos de legitimação simbólica para o recém criado sistema democrático; isto teve a ver, em parte, com o facto de o direito internacional dos direitos humanos ter tido, já antes de 1983, um papel de relevo em actos de mobilização colectiva contra a ditadura militar. Para além disto, Alfonsín via no direito internacional uma ferramenta jurídica para actuar contra os dirigentes das *juntas* (N. d. t.: em castelhano no original) militares. Mas, o que talvez seja o mais importante, ele também considerava a implementação do direito internacional dos direitos humanos como um meio de erradicar a tradição corporativista da sociedade argentina, que ele próprio relacionava expressamente com uma tendência histórica para o autoritarismo e para uma fraca distinção entre poderes públicos e privados. Em particular, ele via o uso das normas internacionais de garantia dos direitos humanos como um meio para construir uma nova legitimidade para as funções governamentais, separando o Estado do poder histórico dos sindicatos, uma ligação que tinha sido, no tempo de Perón e dos governos peronistas, a fonte mais importante de legitimidade para os regimes políticos vigentes. Desta maneira, os direitos humanos foram integrados no plano nacional como instrumentos para instalar o Estado sobre fundamentos normativos relativamente autónomos, e para afastar tanto os militares como os sindicatos das posições centrais em termos de autoridade pública. De facto, Alfonsín e os seus assessores tinham uma percepção clara do direito internacional dos direitos

humanos como meio de construção do Estado, e de criação de um fundamento próprio, abstracto e constituído publicamente, para a legitimidade do governo.

Mais recentemente, podem observar-se aproveitamentos similares do direito internacional na Colômbia. A Constituição adoptada em 1991 caracteriza-se por duas tendências principais. Em primeiro lugar, o Tribunal Constitucional criado em 1991 promoveu uma jurisprudência extremamente activista, nomeadamente no domínio dos direitos socio-económicos e ambientais. De facto, o Tribunal Constitucional promoveu com determinação a construção de um conjunto de novos direitos centrados na prestação de serviços públicos, no acesso a cuidados de saúde e na promoção de condições ambientais adequadas. Esta jurisprudência é facilitada em particular pelo facto de qualquer cidadão poder apresentar *tutelas* (N.d.t.: em castelhano no original) cada vez que os seus direitos constitucionais são ofendidos e de serem numerosas as acções judiciais de defesa de interesses públicos, por beneficiarem de uma garantia constitucional própria. Em segundo lugar, o Tribunal Constitucional tem justificado a sua posição activista, muitas vezes face à oposição que se expressou de maneira coordenada por parte de diferentes sectores do governo, ao fazer extensas citações do direito internacional, em particular da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e da jurisprudência do Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos. De notar que o Tribunal Constitucional tem promovido de maneira consistente a doutrina do bloco de constitucionalidade, inspirada pelos direitos francês e espanhol, na qual se apoia para reclamar para si o poder de traduzir directamente certas normas de direito internacional em princípios de direito constitucional nacional, susceptíveis de serem invocados perante jurisdições nacionais. Como já mencionado, nalguns casos o Tribunal Constitucional tem dado estatuto de norma constitucional a normas até agora afirmadas apenas tentativamente no plano internacional. O que merece atenção particular é o facto de o Tribunal Constitucional, embora tenha por vezes julgado contra o seu próprio governo, tem regra geral promovido uma política cooperativa de construção de instituições políticas, actuando em parceria com outros órgãos de governo no sentido de estabilizar as normas constitucionais nos vários sectores da sociedade, e de construir – assim como, em termos mais gerais, de reforçar – a

estrutura do Estado. Particularmente notável é a forma como aplicou as normas de direitos humanos nos vários sectores da sociedade como um meio de elevar os níveis de responsabilização do governo em matérias como o estatuto jurídico de pessoas deslocadas, os direitos de grupos indígenas, os limites da responsabilidade do governo face à violência da guerrilla, matérias nas quais o poder do governo era tradicionalmente limitado ou variável de acordo com as regiões. Como noutros casos, os tribunais superiores da Colômbia aplicaram o direito internacional dos direitos humanos, deliberadamente, como um conjunto de normas constitucionais reforçadas, que utilizaram para responder às fraquezas históricas da ordem governamental, e para alicerçar um processo de solidificação institucional e de reforço do controlo territorial.

Embora em modalidades bastante diferentes, os desenvolvimentos do direito constitucional da Bolívia apresentam características similares. Recentemente, num processo que começa com as revisões da Constituição de 1994, e que se acelera com a adopção da Constituição de 2009, a Bolívia tem desenvolvido uma ordem constitucional na qual as normas internacionais de direitos humanos desempenham um papel central. O direito internacional dos direitos humanos merece protecção em várias cláusulas da Constituição de 2009, e muitos acórdãos do Tribunal Constitucional apoiam-se em referências ao direito internacional. O mais notável, na Bolívia, no entanto, é o facto de actores-chaves tanto no sistema político como no sistema judiciário terem utilizado o direito internacional dos direitos humanos para lidar com problemas estruturais específicos da Bolívia. Em particular, os direitos humanos são utilizados para lidar com fenómenos de desestabilização sistémica causados pela estrutura étnica muito complexa da sociedade boliviana, à qual pertencem vários grandes grupos de população indígena. Isto se reflectiu no processo de redacção da Constituição de 2009. Nessa altura, os instrumentos internacionais dizendo respeito aos direitos das comunidades indígenas, em particular a Convenção Núm. 169 da Organização Internacional do Trabalho, formaram uma base consensual, de natureza de facto constitucional, para o processo de elaboração da nova Constituição, sendo a garantia efectiva dos direitos das populações autóctones um objectivo do trabalho constituinte sobre o qual

existiu desde o princípio um consenso. Mais tarde, no texto definitivo da Constituição, esta tendência ficou reforçada pela maneira como referências a instrumentos internacionais dizendo respeito aos direitos dos indígenas foram ancoradas em disposições sobre o auto-governo parcial de comunidades indígenas, mas igualmente na cláusula segundo a qual os grupos de indígenas apenas podiam exercer a sua autonomia dentro dos limites reconhecidos pelos *standards* internacionais em matéria de direitos humanos. Mais recentemente, isto foi consolidado numa jurisprudência chave do Tribunal Constitucional, a qual, por um lado, integrou a Convenção Núm. 169 da OIT no bloco de constitucionalidade nacional e, por outro lado, procurou harmonizar os direitos dos indígenas e as normas de direito internacional. Um resultado notável destas inovações jurídicas é que criaram uma ordem constitucional menos sensível a tendências centrífugas endémicas do que as constituições anteriores. De facto, a Constituição passou a integrar as diferentes componentes da população boliviana, sob uma ordem jurídica ao mesmo tempo pluralista mas também consistente de um ponto de vista formal. E utilizou o direito internacional com uma ordem normativa secundária para ligar entre si os grupos sociais cuja autonomia se tinha reconhecido. Isto implicava, em particular, que os direitos podiam ser atribuídos a numerosos grupos, em moldes relativamente formais, e que as pretensões contraditórias poderiam ser mediadas, judicialmente, por instrumentos jurídicos simplificados. De maneira geral, a relativa neutralidade das disposições de direito internacional serviu para criar uma ordem constitucional sustentável para uma sociedade nacional profundamente complexa.

Processos paralelos podem observar-se também em vários países africanos. Da maneira mais óbvia, na África do Sul, a transição pós-apartheid foi condicionada pela recepção de normas de direito internacional dos direitos humanos, que foram reconhecidas como linhas de orientação vinculativas para o processo de democratização já muito tempo antes de o processo factual de transição se iniciar. No decorrer da transição, algumas das decisões constitucionais e judiciais mais melindrosas foram marcadas por – e articuladas por meio de – normas internacionais de direitos humanos. Significativamente, nalguns casos normas desta natureza foram aplicadas para reduzir os conflitos no contexto dos quais eram

elaboradas as decisões que tocavam em questões de uma aguda sensibilidade para as relações entre populações. De uma maneira diferente, normas internacionais foram também utilizadas para reduzir as polarizações inter-étnicas durante a elaboração da Constituição do Kenia de 2010. Nesse contexto, em primeiro lugar, actores das jurisdições superiores invocaram normas internacionais para insistir, durante o processo de elaboração constitucional, no facto de o texto da nova Constituição dever ser aprovado por referendo popular, contra a monopolização do processo constitucional por grupos étnicos dominantes. Uma vez adoptada, a Constituição continha extensas cláusulas sobre o uso do direito internacional para controlar as funções governamentais, e previa um fácil acesso à justiça para acções relacionadas com questões de direitos humanos. De facto, promoveu-se expressamente o tema do acesso à justiça para fazer evoluir uma sociedade historicamente marcada por fissuras étnicas voláteis no sentido da implantação de relações relativamente uniformes para com o sistema governamental. Desta maneira, normas de direito internacional foram incorporadas no direito nacional, de maneira por assim dizer estratégica, como um instrumento de construção constitucional da nação; de construção de um povo constitucional relativamente homogéneo e de estabilização inclusiva do sistema político.

Em todos estes casos, verifica-se que as constituições nacionais resultam hoje em muitos casos de uma integração construtiva do direito internacional, na qual normas internacionais, especialmente normas sobre os direitos humanos, foram utilizadas para lidar com problemas constitucionais nacionais de origem mais remota. Através destes processos, no entanto, o direito internacional perdeu a sua qualidade de direito internacional no sentido restrito da expressão, e passou a adquirir características diferentes e variáveis de transnacionalidade, à medida que atravessa fronteiras nacionais de uma maneira fluida e imprevisível, muitas vezes reagindo a propósitos relacionados apenas tangencialmente com normas originariamente formuladas no domínio inter-estatal. Em todos estes casos, normas jurídicas transnacionais assumem uma forte valência constitucional e dão o seu fundamento a processos de inclusão constitucional nacional e de estabilização, que de outra maneira não teriam sido

possíveis. Nestes exemplos, as normas transnacionais constituem a base de sistemas políticos nacionais, muitas vezes em situações nas quais sistemas políticos completamente inclusivos se tinham revelado difíceis de se estabelecer. Em tais situações, estabilizam para os sistemas políticos nacionais uma estrutura inclusiva, vinculando-os a um sistema político global.

5. Direito constitucional transnacional como sistema autónomo

Em cada um dos exemplos acima referidos, a adopção de leis com estatuto constitucional tem perdido o seu foco clássico baseado em padrões de vontade, participação e consenso normativos nacionais. Em certa medida, o modo constitucional da sociedade contemporânea assenta num processo no qual, de um modo bastante generalizado, é diminuída a sustentação do sistema legal em fontes externas de autoridade constituinte e o sistema legal produz normas de força constitucional a partir de si próprio. Em face dos casos examinados, não seria correcto sugerir que as fontes de agência externas ou extra-legais tenham sido totalmente eliminadas da ordem legal/política. No entanto, seja no plano internacional, seja no plano nacional, o direito constitucional é hoje amplamente autorizado, pelo menos em parte, por meio da interacção entre produtores de normas situados em diferentes locais no seio do sistema legal/político e estes produtores de normas produzem tipicamente normas de direitos humanos como fundações da construção dos direitos constitucionais. A redução da importância das populações nacionais como fontes de autoridade do direito constitucional está estreitamente ligada a um processo mais alargado em que a importância de toda a autoridade extra-legal do direito constitucional resulta diminuída. Daí que as leis de base das funções políticas sistémicas são crescentemente produzidas no quadro do sistema legal e o próprio sistema legal é capaz de construir normas constitucionais “hard” atravessando as fronteiras históricas jurisdicionais com um grau de autonomia relativamente elevado.

A autonomia crescente do sistema jurídico global é hoje visível num terceiro domínio da formação constitucional transnacional. De facto, é possível observar a emergência de um novo modo de formação político-sistémico no qual muitas funções políticas clássicas são substituídas por funções legais e as normas constitucionais requeridas

para sustentar estas funções são exercidas por meio de acções inerentemente legais e espontâneas. Desta forma, o sistema legal assume autoridade para construir leis sem os tradicionais laços às instituições políticas e as funções primárias da produção de normas vinculativas exercidas tradicionalmente pelos actores políticos são crescentemente adoptadas por um processo de auto-constitucionalização inerentemente legal. Na sociedade contemporânea, assistimos assim à emergência de uma ordem constitucional radicalmente autónoma na qual as funções legais e políticas convergem e o próprio direito elabora uma estrutura normativa contingente oferecendo a base de um sistema político para a sociedade. Como referido, a formação de uma ordem auto-constituente global é já hoje evidente nos processos jurídicos autónomos que suportam os sistemas políticos quer na esfera inter-estatal, quer na esfera nacional. No entanto, a par destes desenvolvimentos, as interacções entre tribunais e órgãos judiciais estão envolvidas num processo de criação de um inteiramente contingente sistema legal/político transnacional que não pode ser correlacionado com as instituições formais nacionais ou internacionais cuja ordem constitucional é formada por actos fortemente espontâneos, inerentemente legais.

(i) Direito constitucional transnacional: extraterritorialidade

A emergência de um sistema legal/político transnacional auto-constituente torna-se visível, antes de mais, na esfera da litigância extra-territorial. Neste tipo de litigância, surge, ainda que não sob forma constante ou uniforme, um corpo de direito gerador de normas constitucionais verdadeiramente transnacionais, as quais não podem ser aplicadas com prioridade a fenómenos internacionais ou internos e que são engendradas pelo próprio direito, simplesmente.

A instância clássica de tais normas constitucionais pode ser vista na utilização do Alien Tort Statute nos EUA. Com início nos anos 80, o Alien Tort Statute (ATS) estabeleceu o enquadramento para a interposição de acções quer contra indivíduos, quer contra empresas, pela violação de normas internacionais de direitos humanos fora dos EUA. Durante muito tempo, esta prática de litigação operou no sentido de reforçar o estatuto dos direitos humanos na sociedade americana, em Estados Fora dos EUA (frequentemente territórios caracterizados por baixos níveis de respeito pelo direito e

por más prácticas de governo) em que os abusos eram perpetrados e além disso, em esferas de interação privada, de relevância económica, não construídos como matéria de direito constitucional. Nos EUA, a jurisprudência relativa ao ATS foi em última instância rejeitada pela decisão do Supreme Court no caso *Kiobel v Royal Dutch Petroleum* (2013). Até lá, contudo, o ATS ofereceu o quadro de um processo de constitucionalização transnacional autónoma, com implicações que atravessaram diferentes dimensões da ordem política global. Tribunais no Canadá, no Reino Unido e na Alemanha expressaram também fortes presunções de que algumas normas internacionais de direitos humanos são dotadas de alcance extra-territorial.

O poder constitucional de aplicação da norma extra-territorial é especialmente impressivo em casos em que os tribunais têm ponderado princípios de direito internacional conflitantes entre si recorrendo a disposições de direitos humanos tendo em vista controlar actos e decisões no domínio das relações entre Estados. Um exemplo foi o caso *Kadi* julgado pelo (TJUE), no qual foi decidido que a hierarquia clássica entre o direito das Nações Unidas e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem deveria ser invertida e o TJUE, apesar de a UE não ser parte na Convenção Europeia, utilizou as disposições da Convenção a fim de bloquear a aplicação de determinadas directivas das Nações Unidas na UE. Igualmente notável são os casos, no Reino Unido, em que o Tribunal Supremo rejeitou injunções conferindo efeito a decisões da ONU com base no clássico fundamento *ultra vires*, considerando que não se encontravam cobertos por um estatuto análogo e retirando às partes afectadas um acesso efectivo aos tribunais. Nestas instâncias, os tribunais adquiriram de modo assaz autónomo a autoridade de produzir normas com estatuto constitucional transnacional, com efeitos imprevisíveis na fronteira entre as esferas nacional e internacional. Talvez o exemplo mais intrigante deste processo de formação de normas constitucionais transnacionais seja o recente caso do Tribunal Constitucional italiano. Neste caso, o Tribunal concluiu que o direito internacional declarado por um tribunal internacional, o TIJ, poderia não ser aplicado no plano interno se violasse direitos humanos consagrados no plano nacional ou outros direitos (e.g. o acesso à justiça) construídos de outro modo como *jus cogens*. Nesta base, efectivamente, o Tribunal Constitucional italiano decidiu que poderia ditar princípios de *jus cogens* em rivalidade com os

juizamentos do TIJ podendo projectar *standards* internos de protecção dos direitos humanos como fundamento da obediência interna ao direito internacional.

Cada um destes exemplos expõe a tendência para uma formação legal constitucional transnacional. Normas de valor constitucional são produzidas por meio de actos inerentemente legais de equilíbrio, nos quais, em diferentes locais no sistema global, os tribunais configuram legislação internacional e interna em moldes que conduzem a normas que reclamam autoridade não redutível a nenhum domínio legal só por si.

(ii) Direito constitucional transnacional: proporcionalidade

De um modo mais geral, a emergência de um sistema legal/político auto-constituente e transnacional torna-se visível no recurso crescente à proporcionalidade como um princípio de adjudicação transnacional. De forma mais clara, o crescimento da proporcionalidade significa que os padrões de direitos humanos se deslocam facilmente dos tribunais internacionais para os nacionais e que a interacção entre diferentes ordens legais-normativas proporciona uma gramática alargada para determinar os parâmetros do poder governamental. Ao aplicar a proporcionalidade, os tribunais nacionais colocam deliberadamente as agências governamentais internas no quadro de uma constituição transnacional e geram normas para as instituições nacionais apreciando os actos legais e administrativos à luz de uma constituição implícita. Nalguns casos, alteram-se do mesmo passo radicalmente as condições do direito constitucional nacional, produzindo consequências constitucionais que contradizem convenções adquiridas nas diferentes sociedades nacionais. Sob vários aspectos, de facto, a proporcionalidade coloca as sociedades no quadro de uma estrutura constitucional abrangente, que atravessa de forma flexível as fronteiras nacionais, e em que fenómenos transnacionais podem ser regulados facilmente. Acresce que o crescimento da proporcionalidade implica que as normas constitucionais se estendem para além dos limites clássicos do direito público e muitas áreas de troca privada passam a ser regidas por normas com autoridade constitucional. Em qualquer destes casos, a interacção entre tribunais dá origem a uma ordem legal de resultados constitucionais imprevisíveis, na qual as normas internacionais de direitos humanos geram um sistema constitucional sem raízes físicas

extensível às relações da sociedade global.

(iii) Direito constitucional transnacional: o direito a direitos

O desenvolvimento de um sistema legal/político transnacional auto-constituente é também visível na presunção tendencialmente global em favor de um direito a ter direitos, que se exprime no direito das pessoas individuais a ter acesso aos tribunais em caso de queixas contra organismos públicos. Em anos recentes, esta presunção recebeu protecção reforçada na maioria dos sistemas jurídicos internos. Simultaneamente, o princípio do direito de acesso à justiça tem sido aceite para além do direito interno e tem criado muitas vezes a base jurídica da projecção das normas constitucionais em espaços transnacionais. No próprio domínio transnacional, por exemplo, o direito a ser ouvido em tribunal motivou a intervenção do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio contra governos nacionais. O direito de acesso à justiça justificou decisões do TJUE contra outras organizações internacionais, nomeadamente a ONU. Como já referido, o TJUE reclamou a sua autoridade para rejeitar decisões da ONU em casos em que entendeu que essas decisões não garantiam adequado controlo judicial das inerentes medidas de aplicação. O direito de acesso à justiça foi também salientado pelo TEDH em processos movidos contra organizações internacionais. Como mencionado, direito de acesso à justiça emergiu igualmente em casos contra organizações internacionais em tribunais internos. Em cada uma destas instâncias, o direito a obter uma justa audição em tribunal aproximou-o de uma norma global capaz, seja de fundar quer decisões judiciais com força transnacional ou extraterritorial, seja de reforçar a protecção de outros direitos. Neste sentido, o direito de acesso à justiça projecta uma estrutura normativa relativamente independente da sua localização territorial, a qual decorre, de modo relativamente autónomo, dos próprios tribunais, gerando obrigações constitucionais para os Estados e outras entidades.

(iv) Direito constitucional transnacional: novos padrões de litigância

Em cada um destes aspectos, está-se tornando normal na sociedade contemporânea que actos de litigância venham assumindo crescentemente uma natureza

constitucional ou mesmo constituinte. Em casos relacionados com o direito internacional dos direitos humanos, em particular, a litigância mostra a capacidade de construir normas legais de estatuto constitucional. Uma vez mais, indica que o sistema legal está a tornar-se ele próprio fonte primária de normas constitucionais, dando origem naturalmente a uma base normativa transnacional para as funções políticas em sociedade. Além disso, isto significa que o sistema legal vive um processo de formação de novas matérias constituintes e, em diferentes pontos da sociedade global, muitos actores e organizações são agora capazes de agir dentro do sistema legal/político como litigantes, assumindo o poder de estabelecer de facto normas constitucionais.

O papel dos litigantes na formação do direito constitucional é notório, antes de mais, a nível global. Uma variedade de matérias têm tido um papel enquanto litigantes na definição da forma constitucional da sociedade global. Por um lado, os litigantes individuais que representam interesses colectivos assumem uma posição específica enquanto produtores de normas constitucionais para o domínio global. Isso é manifesto, como visto, em casos de litigação extra-territorial. É igualmente manifesto no facto de em muitos casos novas áreas de relação transnacional como a Internet, a medicina, a troca de dados, e inclusive práticas reprodutivas serem reguladas, não por meio de legislação formal mas por meio de decisões judiciais. Acresce o número de actores colectivos como ONGs, movimentos sociais, e organizações de direitos humanos capazes de assumir posições de autoridade semi-constituinte na construção e normas constitucionais globais; e mais obviamente, no facto de ONGs e grupos militantes participarem na litigância internacional contra Estados gerando, por vezes, fortes constrangimentos à acção dos Estados. Estas organizações litigam internacionalmente contra empresas e reforçam princípios de responsabilidade dos actores empresariais ou privados. Na realidade, a ameaça da litigação significa que as próprias empresas mostram hoje alguma vontade de adoptar códigos de conduta semi-vinculativos ou chegam mesmo a projectar normas gerais para outras empresas. Nestas instâncias, actos fr litigaçã, habitualmente relacionados 0'+po++0+ppswccom os direitos humanos começam a constituir uma ordem constitucional transnacional, a par do direito constitucionl internacional e nacional mais formal. Esta constituição é criada ao mesmo tempo em que o sistema legal ganha autonomia vis-à-vis as instituições

políticas clássicas e produz por si a base normativa da ordem política.

O papel dos litigantes na formação do direito constitucional é notório, em segundo lugar, na jurisprudência dos sistemas jurídicos nacionais. In muitas sociedades contemporâneas, os tribunais oferecem oportunidades, em diversos domínios, de conformação do desenvolvimento do direito, e em certos aspectos mesmo da criação de normas constitucionais. Mais significativo, porém, é o facto de as causas de interesse público se estar a tornar numa prática constitucional normal e tal litigância implica usualmente articulação com normas transnacionais. Isto é manifesto, por exemplo, na Índia e no Quênia, onde casos de interesse público integrando normas de direitos humanos internacionais fizeram emergir novos direitos constitucionais (especialmente na esfera económica), e os juízes ampliaram deliberadamente as regras sobre *locus standi* de modo a permitir a um largo espectro de sujeitos participarem no desenho da estrutura normativa da sociedade. De facto, nalgumas sociedades, nomeadamente na Colômbia e na Bolívia, a litigação de interesse público é concebida formalmente como uma actividade constitucional suplementar, que expressa interesses colectivos do povo não totalmente contemplados pelo direito público existente e que permita ao povo ampliar a forma convencional da constituição. Nesses casos, a litigação de interesse público permite a grupos locais expressar reclamações legais e assumir uma presença formativa como agentes constituintes. Nas sociedades em que é atribuída grande importância a casos de interesse público, a ordem constitucional nunca estará terminada ou finalizada de forma definitiva e diversos sujeitos, articulando usualmente reclamações relativas aos fundamentos do direito internacional dos direitos humanos, podem reentrar no processo constitucional por meio de actos de litigação . De um constitucionais, e de reconhecimento de reclamações não fundadas na origem no direito constitucional. A litigância aparece assim como uma prática na qual o alcance da constituição se estende espontaneamente a partir do próprio direito.

Nestes exemplos, nomeadamente, a emergência de um sistema global legal/político auto-constituído reflecte-se, geralmente, na transformação do direito administrativo. A auto-constitucionalização é comumente associada ao facto de o direito administrativo, em diferentes contextos sociais, ser capaz de agir como fonte de normatividade constitucional. Em cada um dos domínios acima expostos, a litigância

relativa a actos administrativos é capaz de activar normas de direito internacional do direitos humanos, o que induz um impulso constitucional no sistema legal, articulando automaticamente normas produzidas transnacionalmente com a reclamação de estatuto constitucional. Por esta via o próprio sistema legal gera normas regulatórias para a sociedade, estabelecendo novos princípios de organização política por meio das suas interacções recursivas.

6. Conclusão

O conceito de direito constitucional transnacional pode ser aplicado a três domínios legais separados – o direito constitucional internacional e o direito constitucional nacional, qualquer deles dispendo de uma forte dimensão transnacional, mas também uma emergente, e abrangente ordem legal transnacional. Em cada um destes domínios, o sistema legal é definido com significativa autonomia e o direito é de molde a oferecer uma estrutura inclusiva para diferentes funções ou diferentes ordens políticas de um modo independente. O direito constitucional transnacional caracteriza-se, essencialmente, pela sua autonomia e capacidade de enquadrar relações políticas com um elevado grau de abstracção inerentemente jurídica. Este ímpeto para a autonomia legal reflete-se atualmente no crescimento de um sistema legal/político transnacional autónomo no qual a base constitucional das relações sociais gera cada vez mais interacções dentro do sistema jurídico de uma maneira auto-constitutiva sem intervenção política exterior.

A Democraticidade da Constituição face ao Primado do Direito Doutrinal

António Manuel Hespanha,

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

1. Democraticidade, autoridade, prudência, argumentação

A questão da democraticidade do direito relaciona-se com o papel dos juristas na sua revelação. Durante praticamente toda a história do direito ocidental, os juristas reclamaram uma especial aptidão para revelar as regras de direito a partir da capacidade que teriam, ou de penetrar na “natureza das coisas” e de extrair daí regras naturais de regulação, ou de descobrir, por detrás do texto da norma, o seu sentido profundo, ou de encontrar soluções generalizáveis (regras) a partir de casos particulares. Esta perspetiva tem conduzido a uma objeção que frequentemente se formula ao princípio democrático: a de que – tal como na matemática, na biologia ou na sociologia – a legitimidade do direito não se mede pelo padrão da democraticidade, mas pela autoridade “científica” - pela “racionalidade” / “razoabilidade” - das suas proposições. Objeção que não é nova, que percorre toda a história do direito ocidental, mas que se tornou mais agressiva desde que o princípio do direito democrático se estabeleceu, no período contemporâneo, dando preferência a um direito assente sobre a vontade popular, expressa pelos mecanismos da democracia representativa (um “direito maioritário”), em relação a um direito fundado num saber especializado de um grupo de letrados .

Com o despertar da atenção da teoria do direito pelo pluralismo jurídico, o império do Estado na declaração do direito tendeu a dar lugar à reclamação pelos juristas da competência para decidir da validade e hierarquia recíproca dos vários direitos concorrentes, como acontecia no período do direito comum. O direito teria deixado de se fundar no imperium, para assentar na auctoritas intelectual daqueles que o revelavam.

Estas ideias de um direito baseado na autoridade doutrinal têm origem em concepções

do direito e do saber jurídico hoje mais do que controversas: a de que existe uma natureza objetiva das coisas com consequências normativas, a de que as normas têm sentidos fixos embora um tanto herméticos, e a de que os juristas podem chegar a um saber sobre valores e normas neutro e objetivo.

O que é certo é que o estado da arte da teoria dos saberes e dos discursos aponta antes para a ideia de que há muitos ingredientes no discurso dos juristas que traduzem convicções prévias (pré-compreensões) pouco refletidas ou apenas exprimem pontos de vista interessados e parciais e não perspectivas geralmente consensuais.

Para além disto, a ideia de que o direito corresponde a uma ordem consentida pela comunidade é incompatível com a concepção de que a declaração dos conteúdos dessa ordem esteja monopolizada por uma elite, que se expressa num discurso frequentemente hermético e pouco controlável por uma discussão acessível ao entendimento comum. Há séculos que – como se disse – se afirma como princípio jurídico que “o que toca a todos deve ser aprovado por todos” (*quod ad omnes tangit, ab omnibus approbari debet*). E isso implica um tipo de diálogo que todos dominem, para que o possam aprovar de forma refletida. Isto leva a que, no plano do direito, uma forte corrente de constitucionalistas empenhados na democracia política proponha que se institua modelos constitucionais e jurídicos que promovam que o imperium da comunidade, que se entendia ter sido delegado no Estado, seja reassumido pela comunidade possibilitando que seja esta a declarar, de modos mais variados, os seus sentimentos sobre o direito. Isto implicaria, nomeadamente, uma substancial redução da mediação dos juristas na declaração do direito.

É também esta necessidade de um controlo generalizado sobre o processo de determinação do direito que obriga à crítica de propostas sobre a existência de princípios jurídicos, positivos, mas não necessariamente explicitados de forma completa na constituição ou nas leis. A questão que aqui se põe é dupla: não apenas a da necessidade de dar um conteúdo preciso, descritível, partilhável, controlável, a esta forma de “positivação” do direito em princípios subentendidos, mas também a da possibilidade de compatibilizar a existência deste direito hermético, escondido no bojo de um saber só acessível a poucos, com o fundamento democrático que rege os modernos Estados constitucionais. A este propósito, há quem tenha considerado que

atribuir aos juristas – como, em geral, aos tecnocratas – o poder para revelar princípios jurídicos seria substituir o consenso alargado e inclusivo pelos consensos internos de um grupo corporativo, assentes nos seus pontos de vista particulares, egoístas ou não, sobre os equilíbrios de interesses desejáveis numa sociedade.

Na verdade, estas concepções que aceitam a existência de princípios jurídicos subentendidos, bem como a sua validade contra o direito maioritário, omitem a discussão da questão gnosiológica fundamental. O fundamento epistemológico das regras do direito maioritário está na ideia de que, sendo a justiça apenas suscetível de um conhecimento provável, as normas que provêm do sentir do maior número são provavelmente mais justas do que as outras. Já um direito contra-maioritário exige uma adesão à ideia de que a justiça tem princípios verdadeiros e evidentes, embora apenas pelos que tenham singulares aptidões cognitivas. Mas esta questão raramente é explicitada e expressamente respondida.

Há, porém, quem entenda que os consensos dos juristas sobre o direito poderiam ser tornados compatíveis com o princípio democrático se, por um lado, os seus pressupostos e motivações fossem explícitos, acessíveis, transparentes, de modo a que pudessem ser objeto de escrutínio e discussão públicos. E se, por outro lado, essa discussão pública pudesse converter tais consensos em consensos públicos assumidos por todos. Este processo de conversão de um consenso restrito num consenso alargado, como forma de atribuir à doutrina jurídica uma legitimidade de tipo democrático, obrigaria a discutir duas questões. A primeira é a de saber como tornar geralmente acessível e controlável um discurso especializado. A segunda, a de saber se a intervenção de especialistas esclarece ou não a discussão pública. A primeira questão remete para a teoria da argumentação jurídica. A segunda, para o papel dos especialistas na “racionalização” das opções públicas.

À primeira questão procura responder a teoria da argumentação jurídica que tem como objetivo tornar explícitos os argumentos usados no discurso jurídico para fundamentar as decisões. Alguns dos seus cultores têm dúvidas de que possa fazer mais do que clarificar a tipologia e as regras de uso dos argumentos efetivamente usados num certo contexto de discussão (num certo contexto jurídico), sem tentar averiguar da validade geral de cada argumento e das respetivas regras de uso. Trata-se

de uma posição relativista ou cética quanto ao conhecimento jurídico, que apenas pretende descrever quais são os argumentos realmente recebidos como válidos numa certa comunidade de locutores (num certo auditório). Se esta posição contém algum momento normativo, ele consiste apenas em determinar a que regras deve obedecer o uso de um argumento para este ser recebido como válido nesse contexto discursivo. Neste sentido, tem um paralelo estreito com as posições realistas no domínio da teoria do direito, as quais também apenas se preocupam com as regras de reconhecimento de normas jurídicas válidas no âmbito de uma certa ordem jurídica e não com uma sua validade independentemente do contexto. Apesar das suas limitadas pretensões, este entendimento da teoria da argumentação já contribui de forma importante para a tal conversão de um consenso entre especialistas num consenso generalizado, pois torna mais explícitas e claras as razões dos juristas, facilitando a sua verificação (intersubjetiva) por uma comunidade comunicativa mais alargada. Deste modo, verificam-se ganhos na transparência, objetividade, acessibilidade e legibilidade das opções normativas dos juristas, de modo que o debate sobre elas pode ser alargado à esfera pública e depurado das pré-compreensões e ideias feitas do grupo especializado dos juristas. Embora cada argumento, e suas regras de utilização, não possa ter uma validade objetiva geral, como pretende uma segunda corrente da teoria da argumentação, pois está envolvido em contextos culturais e antropológicos mais profundos que afetam o uso da linguagem e as próprias regras da lógica, pelo menos a discussão é recolocada num plano em que os seus pressupostos implícitos são largamente partilhados, pelo que as opções tomadas podem ser avaliadas por um público mais vasto e contribuir para consensos também mais gerais e partilhados .

Uma segunda corrente da teoria da argumentação tem, porém, objetivos mais ambiciosos, pois pretende determinar regras gerais de validade dos argumentos e das suas modalidades de uso independentes das concretas situações discursivas. Isto implica que haveria soluções jurídicas “verdadeiras”, independentes dos contextos culturais e sociais em que se desenvolvesse a argumentação jurídica. Esta posição cognitivista (Robert Alexy , Neil McCormick) reforça, em contrapartida, os pontos de vista contra-maioritários, constituindo um argumento desfavorável a uma legitimação democrática do direito: nem um pedigree democrático, ligado à observância dos

procedimentos democráticos de formação de normas, estabelecidos pelo modelo do Estado de direito democrático, nem a dependência de um consenso alargado e inclusivo, nem a natureza estabilizadora das soluções jurídicas ligada a um consenso deste tipo, fazem parte dos requisitos de validade das normas. Mas apenas a sua consistência com critérios gerais e abstratos de validade argumentativa ou de validade material, definidos autoritariamente por juristas especializados (não apenas em direito, mas em teoria do direito). Ou, como R. Dworkin coloca a questão, a verdade da solução jurídica dependeria da sua compatibilidade com uma verdade moral objetiva, que pairaria por cima de consensos e resistiria a todas as objeções teóricas de sentido relativista.

A teoria da argumentação pode constituir um quadro para resolver as questões de conflitos de normas num contexto pluralista. Na verdade, já serviu para isso na história da cultura jurídica europeia. Entre os séculos XIV e XVII, os cultores da dialética jurídica distinguiam, no método jurídico, entre uma *ars inveniendi*, dirigida para a identificação de normas aplicáveis aos casos (apresentadas como argumentos, pontos de vista [Topoi]), e uma *ars iudicandi*, visando a eleição da norma mais provavelmente adequada à resolução do caso. Esta probabilidade de adequação era determinada pelo seu poder persuasivo – pela sua capacidade de suscitar consensos – no âmbito do auditório perante o qual a questão estava a ser discutida. Este auditório não era entendido como um grupo concreto perante o qual se discutia e se julgava o caso, nem como um grupo de especialistas que discutiam o caso (doctores); mas, antes, como o conjunto virtual das pessoas (dos grupos portadores de interesses) a quem o caso interessava e que, por isso, sobre ele tinham pontos de vista. Na verdade, aqui não se está a falar de coisa muito diferente. Vários ordenamentos são virtualmente aplicáveis a uma situação. Do que a instância jurisdicional tem de tratar é de verificar qual deles suscita um consenso mais alargado, refletido e, logo, sustentável, entre a comunidade de destinatários.

Esta questão da relação entre consenso alargado (popular) e consenso restrito (de especialistas) levanta outro assunto pertinente: ainda que não se substitua o consenso alargado por um consenso especializado, que papel podem ter os juristas como orientadores do debate público alargado? O tema foi objeto de dois livros de Cass

Sunstein, defendendo, sucessivamente, dois pontos de vista opostos. Num primeiro livro, Sunstein adotava uma posição próxima da de J. Habermas, defendendo que uma deliberação pública era tanto mais refletida quanto mais forte fosse a participação nela de especialistas nas matérias discutidas ou na arte de discutir, que introduzissem pontos de vista diferentes dos do senso comum, que submetessem estes últimos a uma análise refletida, produzindo argumentos contraintuitivos e contra-maioritários, que constituíssem estímulos fortes para orientar benevolmente a discussão (nudging) num sentido de maior exigência de reflexão. Num segundo livro, o autor parte de experiências empíricas que, combinadas com a substituição da influência de J. Habermas pela de F. Hayek, um apologista da racionalidade do conjunto das escolhas no mercado, o encaminham para a posição de que a intervenção de especialistas teria um efeito nefasto na gestação de melhores escolhas, nomeadamente por poder dar origem à formação de círculos de opinião modelados pela influência dos especialistas, mais dogmáticos e fechados ao diálogo ("information cocoons" e "echo chambers") e acriticamente aceites pelos não especialistas. Sunstein não deixa de aplicar esta conclusão a problemas práticos de política do direito, criticando a primazia de um direito modelado pela Supreme Court sobre o direito que corresponda à interpretação popular, embora docemente guiada (nudged) por "arquitetos de escolhas" (choice architects).

O efeito de fechamento sectário salientado por Sunstein na segunda fase da sua obra é tanto mais provável quanto os especialistas – neste caso, os juristas – assumirem uma atitude intelectual mistificadora quanto à autoridade do seu próprio saber, apresentando-o como necessário e inacessível à compreensão dos leigos e à sua avaliação. O consenso alargado que se forme por influência de um saber deste tipo corresponde antes a manipulação do que a reflexão, contrariando os fundamentos de um paradigma democrático para o direito. Este é um risco muito presente na discussão pública acerca do direito e, até, do poder, com as opções normativas que daí decorrem. Frequentemente, a discussão pública de questões políticas acerca do modo de regular certos temas é interrompida pela invocação de argumentos autoritários de natureza jurídica ("não é juridicamente possível", afeta "princípios do direito" ou "direitos fundamentais"). Porém, estes argumentos não são definitivos, mas apenas

interlocutórios; embora alguns deles possam ter um peso importante, nunca são incomensurável com outros interesses que o direito – como arte prudencial - também tem que ter em conta. E essa plurilateral ponderação terá que ser feita por um diálogo inclusivo, alargado, justo e isento de argumentos absolutamente decisivos ou de terrorismo argumentativo.

2. A esfera comunicativa dos juristas e os consensos válidos

Como se sabe, J. Habermas funda a sua concepção de direito comunicativo no facto de ele decorrer de um consenso obtido a partir de um diálogo ideal, desenvolvido numa comunidade comunicativa em que houvesse igualdade entre os interlocutores, em que estes fossem informados, intelectualmente honestos, abertos à argumentação dos outros e adotassem regras racionais de organização da discussão.

Parece que este seria, tipicamente, o caso da discussão entre juristas. E, realmente, não quem se valesse da teoria da ação comunicativa para reclamar para a doutrina jurídica – como esfera comunicativa da nata dos juristas – a virtualidade de poder dar origem ao direito mais racional e libertador.

Obedecerá, porém, a esfera comunicativa da doutrina jurídica ao ideal habermasiano de uma discussão neutra, despreconceituosa e racional ? A sociologia dos saberes desenvolvida por Pierre Bourdieu problematiza, justamente, este ponto.

Pierre Bourdieu (1930-2002) dedicou-se, logo no início da sua carreira, a estudar os processos pelos quais as elites (neste caso, as intelectuais e as económicas) se reproduzem. Mais tarde, estudou os mecanismos de distinção (gostos musicais, bairros de habitação, maneiras de falar ou de vestir, gostos literários, modismos intelectuais, etc.) que essas elites usam para se diferenciarem (La Distinction. Critique sociale du jugement, 1979). Notou que o que cria uma elite é o prestígio social (a que chamou “capital simbólico”); e descreveu, em livros sucessivos, o resultado dos mecanismos usados pelas elites para aumentar esse capital. Influenciado pela viragem linguística (linguistic turn), considerou cada plano de emergência de uma elite (“campos simbólicos”: a literatura, a ciência, a fama mundana, a academia) como um campo de construção de “distinções” destinadas a estabelecer e consolidar o prestígio social (capital simbólico). A forma de discutir, as diferenciações profissionais, as

formas de tratamento (os títulos, os graus académicos), os rituais, os lugares de residência: eis aqui vários elementos que, podendo também ter outro sentido, têm também este sentido “distintivo” e “hierarquizador” das pessoas que operam num certo campo e que nele querem adquirir prestígio (“capital simbólico”). Claro que estas distinções internas ao campo herdam fatores distintivos exteriores – como a origem social, o percurso educativo, etc.; mas esses fatores sofrem uma “conversão” quando passam de um campo para o outro: o prestígio económico não se transforma automaticamente em prestígio académico, como este não gera automaticamente distinção mundana (fama). Uma aplicação célebre do método foi feita por Bourdieu ao meio académico francês, de onde decorre que, ao contrário do que sucede com outros académicos, os juristas adquirem prestígio, não pela sua neutralidade social, mas antes por laços que mantêm com o mundo da política, da notoriedade social e das elites socioeconómicas.

Do ponto de vista da sua eficácia externa, Bourdieu realça que o saber jurídico institui um conjunto de modos de agir, de se comportar, de avaliar, de falar, de raciocinar, de provar e de tirar conclusões. A esta disposição mental que caracteriza aqueles que participam neste campo de saber (que Bourdieu designa por “campo do direito”) chama ele *habitus*, evocando com esta palavra, tanto o facto de os juristas estarem habituados a um certo modelo de agir, de pensar e de ajuizar (aspecto passivo do *habitus*), quanto ao facto de esse mesmo modelo orientar juristas e não juristas para uma certa visão do mundo por ele proposta (aspecto ativo do *habitus*). Neste sentido, o direito cria, além de normas, imagens (também elas normativas, agindo como modelos de comportamento) sobre a sociedade. E, com estas normas e com estas imagens, modela as representações e os comportamentos sociais. Neste sentido, o *habitus* jurídico – que tem a sua origem no modo como o campo do direito está organizado – estrutura as mentalidades dos juristas e, para além destas, as mentalidades sociais. Daí que pensadores interessados na compreensão (e eventual modificação) das funções sociais do direito se empenhem numa “crítica da ideologia jurídica”: “a estrutura jurídica ao mesmo tempo define e legitima a ordem social estabelecida; pelo que uma política de mudança social tem que afrontar, tanto a ordem social estabelecida – também pelas normas do direito –, como a sua ratificação pelo imaginário jurídico (que

legítima estas normas), para conseguir identificar e tornar efetivas as mudanças desejadas” .

Até aqui, a novidade não é muita em relação a outros pontos de vista sobre o papel socialmente “enviesado” (parcial) da função jurídica. Só que Bourdieu salienta algo mais sobre o modo como o que os juristas dizem visa também o aumento do seu próprio prestígio social (do seu “capital simbólico”). Ou seja: embora não se possa dizer que o direito é neutral em relação a interesses ou objetivos ligados ao poder – de certos grupos sociais ou de certas instituições, nomeadamente do Estado -, a verdade é que o direito aparece como uma esfera relativamente autónoma, resistente à influência de outras esferas de atividade social. Isto é frequentemente realçado, tanto quando se refere o modo como os juristas resistem a adotar conceitos estranhos à sua própria maneira de pensar e de falar , como quando se sublinha como eles cultivam um espírito corporativo que passa, inclusivamente, pela tendência para reproduzirem a sua profissão no âmbito da sua própria família (os juristas são, frequentemente, filhos de juristas...). Os próprios juristas se vangloriam frequentemente disto a que chamam a sua neutralidade, ou seja, o seu descompromisso em relação às influências estranhas, característica que valorizam como uma manifestação da sua imparcialidade, feita de rigor e de técnica. O que lhes permitiria, por exemplo, aproveitar em seu favor a teoria habermasiana da ação comunicativa.

Podem ser listados alguns dos elementos desta estratégia de alegada tomada de distância em relação ao mundo .

Um deles é o carácter formalizado da linguagem jurídica que, dificultando aos outros o acesso a ela, cria para os juristas o monopólio de um saber decisivo sobre a vida quotidiana; saber cuja formalização cria a convicção de rigor e de neutralidade em relação a essa vida e às paixões e parcialidades que a caracterizam. Esta seria basicamente a função dos juristas: transformar o caos da vida na ordem do direito (da mihi facta, dabo tibi ius, diz-me quais são os factos que eu dir-te-ei qual é o direito). Sendo certo que, aqui, o decisivo seria o direito e não os factos (quod non est in actis, non est in mundo, o que não consta do processo, não existe no mundo). Esta atitude explica, tanto o formalismo do discurso dos juristas, quanto a sua arrogância em relação à vida, que os leva frequentemente a descurar, no traçado das políticas

jurídicas, tanto quanto na resolução dos casos concretos, os dados da experiência quotidiana, bem como os resultados das pesquisas em ciências sociais.

Outro dos elementos desta estratégia de construção da imagem de neutralidade seria a técnica de generalização usada pelos juristas – e transcrita na sua própria maneira de falar. Essa técnica aproxima o direito das ciências formais ou exatas, dando às suas proposições a aparência de inevitabilidade que é própria das proposições dessas ciências. Embora a generalidade do direito possa servir outros objetivos – nomeadamente, cuidar da igualdade e prover à segurança –, ela funciona também como um artifício retórico que procura inculcar que as proposições do direito têm a generalidade e inevitabilidade das leis naturais. Este “discurso imperial” utiliza ainda outras técnicas retóricas, como as formulações impessoais, o uso de locuções latinas (ou também alemãs, outra língua pouco acessível ...), um sobre-investimento na linguagem técnica e, mesmo, certos tiques de gestualidade, postura e vestir, que pretendem enfatizar a autoridade de quem fala e o caráter exclusivo, distinto, não comum, daquilo que é dito.

Algumas destas características do discurso jurídico têm efeitos também no seio do próprio campo dos juristas, hierarquizando as profissões que nele convivem. O estilo formalista, abstrato e neutral contribui para o prestígio dos juristas académicos, desfavorecendo, em contrapartida, os juristas práticos. Por isso, o desenvolvimento deste “método jurídico” na Alemanha do séc. XIX coincidiu com a época em que o direito era considerado como sendo um assunto para Professores (Professorenrecht). Ao passo que, nos dias de hoje, esse mesmo estilo é fortemente criticado nos Estados Unidos da América como um expediente para impor interesses de grupo (dos homens, dos mais ricos, dos brancos, das elites culturais ou económicas) como se fossem interesses gerais. Havendo quem contraponha a este estilo um outro mais próximo da vida em que, no centro da atenção e da narrativa, estão “casos da vida”, individuais, sujeitos às emoções, contados numa linguagem direta e simples, fugindo a generalizações que destruiriam a natureza experimentada e vivida daquilo de que se está falar. O estilo jurídico aproximar-se-ia, neste caso, do estilo com que contamos uma história passada connosco mesmo (storytelling). Porém, a invocação da “normatividade da vida” também pode encobrir uma outra luta simbólica, desta vez

opondo aos juristas académicos os juristas comprometidos na prática do foro, estes últimos sacrificando um estéril rigor teórico a uma prossecução mais direta dos interesses práticos dos seus clientes .

Hoje, porém, estes pontos de vista sobre o carácter enviesado da ação comunicativa na esfera do direito decorrem ainda da emergência de novos interlocutores nesta esfera de discussão. Referimo-nos às sociedades de advogados e ao papel decisivo que desempenham nos atuais círculos do poder económico-social.

A grande modificação na estrutura da esfera da comunicação jurídica nos nossos dias prende-se com a importância crescente das sociedades de advogados, cada vez mais relacionadas com uma litigiosidade de médias e grandes empresas, acompanhada pelo declínio contínuo dos advogados individuais, que tradicionalmente cuidavam dos problemas jurídicos de indivíduos. Este facto é hoje considerado pelos sociólogos do direito como um dos factores decisivos de mudanças muito importantes nos padrões ético-deontológicos dos advogados, nas estratégias forenses e também nos temas que suscitam interesse dogmático ou académico e que se entende deverem ser incluídas nos programas de estudo das Faculdades de Direito. Estudos feitos para os EUA documentam uma centralidade das sociedades de advogados na vida jurídica americana a partir dos anos 60 do séc. XX . Segundo um estudo desse período, elas “não só tinham os maiores rendimentos, como serviam os melhores clientes e dispunham dos advogados mais experientes e tecnicamente mais qualificados”; e, ao mesmo tempo, a sua posição de destaque e de relativa independência em relação ao cliente permitia-lhes manter padrões deontológicos elevados . Porém, este conúbio entre o espírito forense tradicional, a organização empresarial dos serviços jurídicos e o próprio mundo da clientela empresarial contribui, paradoxalmente, para uma diluição da ética tradicional da profissão, centrada na justiça, na defesa dos mais fracos e na devoção ao interesse público expresso pelo primado do direito. Os efeitos disto já tinham sido notados, no início do século XX pelo grande escritor luso-americano John dos Passos (1844–1917): “From 'Attorneys and Counselors at Law' they became agents, solicitors, practical promoters, and commercial operators ... Entering the offices of some of the law firms in a metropolitan city, one imagines that he is in a commercial counting-room or banking department”. Com isto, torna-se, progressivamente, mais

vulgarizada a ideia de que a profissão de advogado consiste mais em torcer as leis do que em as aplicar . Por isso, um Dean da Law School de Yale terá aconselhado os seus estudantes mais promissores a manterem-se longe das sociedades de advogados, como de inimigos do espírito de dedicação ao serviço público que era o timbre da identidade profissional dos advogados .

Esta imagem negativa da nova organização empresarial dos serviços jurídicos acentuou-se ainda nos anos 80 do séc. XX devido à ideia de que as sociedades de advogados, para gerirem eficientemente grandes concentrações de talentos e de meios, colocados ao serviço dos atores economicamente poderosos que podiam pagar os seus honorários, agravavam as disparidades nas oportunidades de uso do sistema jurídico, fazendo demais pelos ricos e de menos pelos pobres. Ao que se acrescentava algo que a prática confirmava (e que deu origem à condenação de algumas sociedades por faltas deontológicas): a proximidade das sociedades de advogados em relação a grupos poderosos e influentes criava uma forte tentação de cumplicidade e lobbying a favor dos interesses individuais ou de grupo desses clientes, mesmo quando eles não eram os seus clientes atuais . Nos finais da era Bush (pai), esta imagem das law firms como elementos predadores e parasitas combinou-se com um liberalismo anti-regulador e anti-jurídico que responsabilizava o direito, e também os seus operadores , pelos problemas da economia . Mesmo quando as associações de advogados – como a American Bar Association – tentaram compensar as críticas de ganância, impondo aos seus membros quotas de serviço jurídico a favor dos pobres e da comunidade (pro bono counseling) , isto parece ter agravado ainda mais as críticas, vindas agora dos clientes ricos, que criam que estas atividades de solidariedade social repercutiam os seus custos nos honorários que eles pagavam .

Esta empresarialização da advocacia originou também uma drástica modificação do universo que efetivamente acedia à justiça, o qual foi progressivamente ocupado por empresas. Em Chicago, em 1975, a relação entre clientes organizações e clientes individuais era de 53 % para 40 %. Em 1995, já era de 61 % para apenas 29 %. Isto levou alguns autores a afirmarem que o sistema constitucional norte-americano se tinha convertido de um sistema de proteção de direitos individuais para um de garantia de prerrogativas de organizações (maxime, empresas). Tanto mais que estas

últimas gozavam de regimes fiscais, penais, deontológicos e éticos mais favoráveis, para além de uma pronunciada complacência por parte da opinião pública, que transformava condutas censuráveis num particular em provas de audácia e de eficácia quando se tratava de uma empresa .

Num quadro mais alargado de estudos sobre o modo como profissionais difundem modelos de poder, Lucien Karpik e Yves Dezalay vêm revelando, em estudos sucessivos, o papel das grandes firmas de advogados na promoção de modelos de política do direito – e de política tout court – de características muito precisas, as adaptadas à ordem económica global do liberalismo ; no domínio do direito bancário e do direito financeiro, elas têm frequentemente funcionado como os condutores dos processos de liberalização cujos resultados hoje se conhecem. A tudo isto, junta-se ainda a cumplicidade frequente da engenharia jurídica na criação de esquemas opacos de negócios que defraudam a lei e os interesses gerais da comunidade (fuga fiscal, ocultação do risco de produtos financeiros, encobrimento da responsabilidade dos agentes económicos, etc.).

A intervenção de grandes firmas de advogados na grande arbitragem, bem como a sua influência doutrinal em alguns meios académicos, potencia ainda a sua ação de construtores de soft law ou da quase-legislação que hoje inspira decisivamente o direito globalizado dos negócios, o direito da contratação pública e, por esta via, o quadro jurídico das políticas públicas.

Dados recentes relativos ao peso da assessoria jurídica prestada por sociedades de advogados ao Estado e às empresas públicas em Portugal confirmam esta centralidade da sua intervenção em sectores do direito que interessam toda a comunidade, quer como utente ou beneficiária de serviços públicos, quer como contribuinte. Interessante não é tanto o peso orçamental das despesas feitas, mas antes a importância deste sector no conjunto da assessoria externa do Estado.

Despesas de assessoria jurídica do Sector Administrativo Público (apenas se dispõe de dados para as duas principais sociedades de advogados adjudicatárias)

2004		2005		2006		Total	
Montante	% do total consultoria	Montante	% do total consultoria	Montante	% do total consultoria	Montante	% do total consultoria
767.577	6%	908.48	10%	658.781	9%	2.334.843	8%
13.028.84		9.302.204		7.610.748		29.941.186	100%

Despesas de assessoria jurídica do Sector Empresarial do Estado (apenas se dispõe de dados para as duas principais sociedades de advogados adjudicatárias)

	2007	%
Total	56427680	
Aconselhamento jurídico Total	3210735	6

Mas não se trata apenas disto – que, apesar de tudo, pode ser visto como uma passageira patologia profissional. Trata-se ainda das limitações do saber social de que os advogados – como os juristas em geral – são portadores: formalismo, individualismo, elitismo, progressiva desvinculação de uma ética pública que já os caracterizou. Estas limitações – que existem também noutros especialistas, embora com outras geometrias – impedem-nos de ver tudo, de ouvir tudo, de entender igualmente todos os argumentos, promovendo, pelo contrário, um saber “imperialista” sobre o mundo, segundo a qual não existe mais mundo para além daquele que o seu saber abraça (ou constrói) (quod non est in libris, non est in mundo, o que não está nos livros não está no mundo).

Reunir conhecimento sobre instituições como estas – que medeiam o acesso à justiça, mas interferem cada vez mais na produção do direito e dos discursos sobre ele, quer como consultores dos governos na preparação de diplomas normativos, quer na modelação das decisões dos tribunais, sobretudo dos mais altos tribunais, é hoje fundamental para aferir a neutralidade ou antes o enviesamento dos processos de decisão sobre o direito e, logo, a consensualidade e carácter estabilizador dessas decisões. Pela sua dimensão, pelos meios de que dispõem e pelo peso da sua atuação em zonas hoje centrais da regulação, as sociedades de advogados podem constituir instâncias de observação e reflexão complexa sobre o direito e, portanto, boas fontes para a preparação de regulação. Ponto é que elas incorporem nesse conhecimento todas as perspetivas relevantes e não apenas pontos de vista estritamente profissionalizados; que elas tenham em conta todos os interesses atendíveis e não apenas os dominantes no “meio” dos seus habituais clientes; que elas cultivem processos conformes à deontologia clássica da profissão, continuando a procurar um compromisso estratégico com os interesses gerais.

3. De volta à função constituinte

Num artigo recente, o constitucionalista argentino Roberto Gargarella descreve o processo de deterioração do princípio do direito democrático pelo afastamento do “povo” do processo de feitura do direito, propondo como objetivo cardinal da hermenêutica constitucional a devolução ao povo do seu papel constituinte. O autor começa por descrever a panóplia de processos pelos quais se foi processando, logo a partir do primeiro liberalismo político, a expulsão do povo da “casa das máquinas” da constituição (e da legislação): os limites à participação eleitoral, a introdução do sufrágio indireto, a concentração e verticalização da autoridade (no Executivo, hiper-presidencialismo); e, finalmente, as várias formas de controlo contra-maioritário do direito pela doutrina e pelo direito judicial - justiça constitucional, interpretação doutrinária e jurisprudencial e, nos últimos tempos, o principialismo, realçando que, neste último caso, mesmo quando os resultados sejam progressistas, se trata de processos essencialmente elitistas.

O constitucionalista argentino foi fortemente influenciado por um vaga de

desconfiança em relação ao direito judicial com origem nos EUA, onde, a partir dos anos 1980, alguns autores de referência (John Hart Ely, *Democracy and Distrust*, 1980; Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away From the Courts*, 1999; Jeremy Waldron, *The Dignity of Legislation*, 1999) emitiram opiniões contrárias ao predomínio do poder judicial (e, nomeadamente, da Supreme Court), questionando a legitimidade da judicial review. Alguns deles partiam da desmitificação da decisão judicial, que tinha sido levada a cabo pelo realismo norte-americano e pela escola crítica. Outros punham em causa a ideia de Alexander Bickel de que o judicial era o menos perigoso dos poderes, sublinhando que, pela sua distância em relação à instância constituinte (legisladora) e pela debilidade do seu controlo externo, o judicial é o poder mais perigoso e mais exposto à desconfiança dos cidadãos.

O objetivo estratégico de uma política progressista do direito será, portanto, diminuir as mediações entre os consensos sociais inclusivos e as soluções do direito. Isto quer dizer, antes de mais, limitar a mediação do direito pelos juristas e pelos juízes, como corpos destituídos de representatividade democrática e redignificar a legislação e a constituição formal, reforçando, assim, a legitimidade do direito, no quadro de um referencial democrático de legitimidade.

Esta redignificação do direito maioritário justifica-se, desde logo, porque, nos quadros de um paradigma democrático de legitimação do direito, a criação do direito é função dos órgãos representativos, ao judicial cabendo apenas a interpretação do direito por eles criado. Isto supõe continuar a distinguir firmemente interpretação e criação do direito, bem como a manter o princípio de que a ponderação de valores cabe aos órgãos representativos e é suficientemente assegurada pelo processo dialógico do seu funcionamento. A teoria tradicional da interpretação parece ser, na verdade, bastante para resolver a generalidade dos “casos difíceis”, garantindo ao mesmo tempo a sua consistência com a vontade manifestada pelos órgãos representativos. Por outro lado, a ponderação judicial deve considerar as escalas e hierarquias de valores recebidos na legislação. A consideração de outras escalas de valores representa a subversão ilegítima do quadro de valores do legislador democrático pelo quadro de valores do intérprete.

E, na verdade, não se conhece processo mais fiável (inclusivo, dialógico, transparente)

de exprimir consensos populares sobre o direito do que o das democracias representativas avançadas. Sendo certo que pode haver patologias no seu funcionamento, estas devem ser resolvidas na sua sede própria – a da reforma democratizadora do sistema político – e não erigindo, com argumentos “técnicos”, os juízes e os juristas em tutores do povo e da democracia.

Sobre a Constituição Económica: Sentidos e Sentido

António Carlos dos Santos,

Universidade Europeia

1. Introdução: a constituição económica

A expressão "constituição económica" nasceu na doutrina alemã do início do século XX (*Wirtschaftsverfassung*), tendo desde sempre conhecido diversos sentidos, mais ou menos alargados, alguns dos quais não se cingem ao campo do direito. O sentido mais comum no direito positivo é hoje o sentido que faz a expressão coincidir com as normas da lei fundamental (Constituição) sobre relações económicas e a ordem jurídico-económica. Neste sentido, a "constituição económica" portuguesa assenta nas normas sobre os direitos e deveres económicos (e, por extensão, sociais e culturais), sobre a organização económica (englobando os princípios gerais que regem esta organização, o sistema de planeamento, as políticas agrícola, comercial e industrial e comercial e o próprio sistema financeiro e fiscal, as chamadas constituição financeira e constituição fiscal) e sobre as competências dos órgãos de soberania em matéria económica.

Particularmente significativo é o elenco dos princípios em que assenta a organização económico-social e que vale a pena recordar: subordinação do poder económico ao poder político democrático; coexistência do sector público, do sector privado e do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista; propriedade pública dos recursos naturais e de meios de produção, de acordo com o interesse coletivo; planeamento democrático do desenvolvimento económico e social; proteção do sector cooperativo e social de propriedade dos meios de produção; participação das organizações representativas dos trabalhadores e das organizações representativas das atividades económicas na definição das principais medidas económicas e sociais.

O núcleo duro da constituição económica portuguesa é constituído pelos institutos que devem ser respeitados num processo de revisão constitucional (limites materiais de revisão), ou seja, os direitos económicos equiparados a direitos, liberdades e garantias, os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais e, após a revisão de 1989, a coexistência dos sectores de propriedade de meios de produção (público, privado e cooperativo e social) e a existência de planos económicos no âmbito de uma economia mista. A constituição económica portuguesa aproxima-se assim das constituições económicas de Estados como a Itália democrática do pós-guerra, caracterizadas por uma economia mista e concertada, com um amplo sector público, e por um Estado Social (*Stato del benessere*), o qual, em sentido amplo, abrange quatro pilares fundamentais: a proteção social, a regulação das relações de trabalho, os serviços públicos e as políticas económicas (Ramaux).

De forma mais ampla, nos países dotados de tribunais constitucionais (como Portugal) ou de tribunais supremos como órgãos de justiça constitucional para fazer valer a supremacia da Constituição e a sua força vinculativa através da fiscalização da constitucionalidade das normas, a importância das suas decisões (quando acatadas) é tal e a limitação dos poderes dos governos e dos próprios parlamentos tão manifesta que a noção de constituição em geral (e de constituição económica, em particular) também as abrange.

2. A constituição económica portuguesa e o seu contexto

Pouco a pouco, a constituição económica portuguesa foi sofrendo importantes alterações, sob o impulso de factores internos e externos. Eliminada uma terminologia mais socializante com as revisões constitucionais de 1982 (que ainda evocava a "fase de transição para o socialismo" e estatuíam que pudessem existir, por lei, expropriações de latifúndios e de grandes proprietários e empresários ou acionistas sem indemnização) e de 1989 (que, por exemplo, substituiu as referências ao "princípio da apropriação coletiva dos principais meios de produção e solos, bem como dos recursos naturais, e a eliminação dos monopólios e dos latifúndios" e a "planificação democrática da economia"), a expressão (ainda) contida no preâmbulo

constitucional "abrir caminho para uma sociedade socialista", um socialismo democrático, construído "no respeito da vontade do povo português" tem hoje mero valor histórico e simbólico, desprovido de efeitos jurídicos. Integra a chamada "constituição semântica" (Loewenstein).

A dinâmica política interna, com as crises económicas de fim dos anos setenta, a subida ao poder dos partidos de direita e centro-direita (Aliança Democrática), a opção de Partido Socialista e do Partido Social Democrata pela integração europeia abriu caminho para revisões constitucionais que modificaram o equilíbrio de forças entre público e privado, entre regulação pública e regulação mercantil, num sentido mais favorável aos mercados e às forças económicas privadas. O Estado empresário esvaiu-se, a regulação pública descentralizou-se e surge o Estado garante. As privatizações da propriedade ou da gestão de empresas públicas foram acompanhadas pela desvalorização do sistema de planeamento democrático (que, em boa verdade, nunca teve efetiva expressão prática), o Estado democrático foi substituído na gestão por autoridades administrativas independentes cuja ação visa reproduzir a lógica do mercado na regulação, o juslaborismo foi sendo corroído por uma ótica civilista que parte de uma fictícia igualdade entre as partes do contrato de trabalho e os direitos sociais foram sendo vistos como direitos de segunda ordem, sujeitos à condição de reserva do possível.

Esta dinâmica interna era largamente tributária das mudanças de cenário socioeconómico e político no mundo iniciadas na década de setenta do Século XX. A globalização financeira, o outro nome do capitalismo atual, que se afirmava desde o fim de *Bretton Woods* e das crises petrolíferas, expande-se com a revolução das tecnologias de informação e comunicação e consolida-se com o fim do Muro de Berlim. Ela traz consigo o fenómeno da desterritorialização das operações económicas (com a inerente perda de importância das fronteiras políticas), da desintermediação, da economia digital e desmaterialização das operações económicas (tornando, aliás, difícil o cálculo do preço dos bens imateriais com base em mecanismos de mercado) e a emergência da empresa transnacional em rede. O conglomerado de teorias que dá por neoliberalismo e cujo cimento é a aversão aos diversos marxismos e keynesianismos e a repulsa pela ação económica do Estado

destronou os fundamentos keynesianos do Estado Social do pós II Guerra Mundial. Os governos de Thatcher no Reino Unido com a sua famosa negação da sociedade (*there is no such thing as society. There are individual men and women, and there are families*) e a proclamação do "pensamento TINA" (*there is no alternative*), e de Reagan nos Estados Unidos movido pela sua não menos famosa máxima *Welfare's purpose should be to eliminate, as far as possible, the need for its own existence* deram o mote para os governos neoliberais até aos nossos dias. O poder político declara-se, sem preconceitos, a favor de uma espécie de darwinismo social que apenas reforça o poder dos estratos sociais mais poderosos, bem visível, por exemplo, na política fiscal aí adotada.

3. Sentido da constituição económica

No plano jurídico, não é este, porém, o único sentido de "constituição económica". Num sentido muito amplo, esta noção abrange não apenas as normas constitucionais sobre relações económicas (sobretudo quando estas são escassas), mas o conjunto dos aspetos legislativos, administrativos e judiciais que lhes dão corpo. Isso é tão claro no período liberal do capitalismo, como o é no capitalismo "corporativo". O primeiro defendia, em tese, o Estado mínimo (Estado polícia), não interveniente na economia e na sociedade (*laissez-faire, laissez-passer*), limitando-se, quando muito, os textos constitucionais, essencialmente, a garantirem a propriedade e a apropriação privadas (dos meios de produção) e a liberdade contratual (incluindo no domínio da força de trabalho), de iniciativa empresarial privada e de concorrência ("pura e perfeita"). Em rigor, não era bem assim. Na prática, o liberalismo clássico não dispensou o arsenal de meios legislativos e administrativos provindos do absolutismo (nomeadamente na regulação laboral) e usou fortemente o protecionismo, como forma de construção do mercado nacional) e o próprio condicionamento na constituição de sociedades anónimas. O segundo, o corporativismo como terceira via entre socialismo e capitalismo foi essencialmente um corporativismo capitalista de Estado e não, como era proclamado, um corporativismo de associação (Manoilescu) que, como ocorreu entre nós, ao lado da Constituição formal (o texto de 1933), tinha uma constituição paralela, o Estatuto do

Trabalho Nacional, que, por exemplo, ao proibir o sindicalismo livre e a greve, desvendava o verdadeiro sentido do corporativismo como regime autoritário e fascizante. Sem a sua integração material na constituição económica corporativa formal, o regime não seria compreensível. Caso distinto é o dos Estados sem constituição escrita codificada, como o Reino Unido. A constituição económica é ali entendida, segundo Albert Dicey, como um conjunto de institutos jurídicos que, embora não integrem a constituição escrita, têm relevância constitucional, como é o caso da legislação *anti-trust*. Aquele autor vai, porém, mais longe ao relacionar o fim do liberalismo clássico com as mutações da opinião pública. Abre-se assim campo para uma análise da relação entre constituição, economia, política e sociedade, que permite fazer apelo para linhas de investigação típicas de outras disciplinas sociais. Um dos aspetos mais interessantes dos contributos destas disciplinas é a análise das contradições que podem existir entre o direito nos livros (*law in books*) e o direito em ação (*law in action*), entre a proclamação de direitos e as restrições (muitas vezes construídas pela doutrina, ou seja, pelos juristas) a esses direitos. Um dos casos típicos que ocorre na esfera constitucional, em especial nos direitos económicos, sociais e culturais, é o da distinção entre normas programáticas, vistas como meras proclamações políticas e não como verdadeiro direito (o qual só existiria com a sua concretização em normas jurídicas, decorrente do processo político) e normas dotadas de eficácia vinculativa. A noção de "constituição dirigente" (Canotilho, 1982), que teve também largo êxito no Brasil, procurou, de algum modo, superar essa dicotomia, bem como uma leitura dualista do texto constitucional e concretizar a "subordinação do poder económico ao poder político". Outra forma com objetivos idênticos era a de estender a democracia (política) à esfera económica, pondo em questão a separação economia/política e, procurando questionar a fórmula liberal, dar um sentido à noção de democracia económica distinta da formulação liberal segundo a qual a expressão da democracia económica seria o próprio mercado e a soberania dos consumidores, mesmo que esta não funcionasse segundo a lógica "um homem, um voto", mas segundo a lógica do voto plural, consoante os euros detidos. Nesta leitura a democracia económica apenas se cumpriria quando a influência dos cidadãos na vida económica for

semelhante à participação dos cidadãos na vida política (extensão da democracia política à empresa, às instituições económicas, ao governo da economia e dos agregados macroeconómicos).

4. Dirigismo ou neutralidade da constituição económica

A noção de constituição dirigente encontra-se em declínio na literatura portuguesa, desde logo em obra mais recente do próprio Canotilho (2006). Os tempos mudaram. No novo contexto socioeconómico e político a ideia da constituição dirigente foi substituída pela da neutralidade em relação à "escolha" do sistema económico.

No entanto, curiosamente, a ideia de constituição dirigente não morreu, antes foi transposta, sem invocar o nome, para o plano europeu, visando a concretização de uma "economia de mercado aberto e de livre concorrência". A "constituição económica europeia" (uma construção do Tribunal de Justiça, uma instituição que pratica um forte ativismo judiciário que privilegia a interpretação sistémica) atribui às instituições comunitárias a incumbência da construção de um mercado único, um mercado institucional com as suas fronteiras funcionais externas, como, por exemplo, as aduaneiras, com os seus regimes protecionistas, como o IVA na exportação e a política agrícola comum e com a conseqüente diluição das fronteiras nacionais dos Estados-Membros. Esse mercado pressupõe a superação dos obstáculos (barreiras) jurídicos, técnicos e fiscais, necessária à emergência das chamadas "liberdades económicas", liberdades de circulação de mercadorias, de trabalhadores (mais tarde, de pessoas), de serviços e estabelecimentos e de capitais e pagamentos, diga-se de passagem muito mais aprofundada no caso dos capitais (que circulam dentro e fora do espaço comunitário, quase sem restrições) do que no caso das pessoas, mesmo no espaço Schengen. Além disso, o construtivismo económico, com raízes num poder político e jurídico de base mais tecno-burocrática do que democrática (o famoso défice democrático) implica ainda a criação de uma União Económica (intergovernamental) e de uma União Monetária (em que todos os EM participam em moldes distintos), a criação de uma moeda única (o euro, partilhado apenas por alguns EM que abdicaram da sua própria moeda), a definição e condução de uma política monetária única e de uma política cambial também

única. Neste enquadramento, sobressai o papel exclusivo do Banco Central Europeu (BCE) relativamente à política monetária União Monetária (quanto à definição das taxas de juro e a prossecução do objetivo da estabilidade dos preços) e o papel central do Conselho (art. 219.º do TFUE) e complementar do BCE (realização de operações cambiais, detenção e gestão das reservas cambiais dos EM, consultor do Conselho) no que toca à política cambial.

5. Constituição económica portuguesa e constituição económica europeia

A dinâmica externa de alterações à constituição económica portuguesa foi largamente mediada pelo direito e pelas políticas económicas europeias, com a predominância dada ao mercado, com a afirmação, na prática (e ao arrepio da letra dos Tratados), da subsidiariedade da propriedade pública, bem visível no regime dos auxílios de Estado, com as instituições que foram criadas para sustentar a moeda única e que atingem a política orçamental dos estados, com a subordinação dos direitos sociais afirmados nos tratados e em diversos instrumentos europeus e internacionais à lógica da constituição financeira e monetárias, com a transformação dos serviços públicos em serviços de interesse económico geral, com as mutações do paradigma da fiscalidade no sentido de privilegiar a tributação mais neutra para as empresas, com o relevo dado às formas de produção legislativa abertas à participação dos *lobbies*, com o crescente peso da *soft law* (na fiscalidade, no regime dos auxílios de Estado, etc.) e das decisões do Tribunal de Justiça que funcionam como se houvesse um regime baseado na regra do precedente.

O mesmo ocorre no direito internacional económico com a importância de instituições como o FMI, a OMC (e as suas recentes propostas de liberalização com recurso a tratados que dão larga margem à resolução de conflitos através da arbitragem internacional), a difusão da "lex mercatoria" e do "princípio Unidroit" (Galgano), a proliferação da *soft law* (por exemplo, as regras financeiras de Basileia) e a privatização de processos legislativos (como a adoção dos sistemas de normalização contabilística).

Este produto decorre da predominância do ideário neoliberal sobre o ideário social democrata na construção europeia, já visível em Maastricht, mas em crescendo

(embora hoje sob fogo) até aos nossos dias. Este ideário tem, como se disse, raízes em teorias económicas de raiz neoclássica (como a ordem espontânea de Friedrich Hayek, o monetarismo de Milton Friedman, a teoria das expectativas racionais, a teoria da eficiência dos mercados financeiros) ou, noutro plano, a teoria da escolha pública (Buchanan) situada na interface entre teoria microeconómica e teoria política. São teorias que mais do que explicar visam a ação. O programa desta intervenção (as míticas "reformas estruturais") está bem espelhado no chamado "consenso de Washington" (1989), um conjunto de regras formuladas por instituições financeiras e difundidas por John Williamson, que acabaram por dar corpo à política oficial do FMI de ajustamentos macroeconómicos: estabilizar, liberalizar, privatizar, reduzir a despesa pública, desregulamentar, disciplinar orçamentos, efetuar reformas tributárias neutras e favoráveis ao investimento, promover, sem restrições, o investimento estrangeiro, a abertura comercial, e defender o direito à propriedade intelectual.

O conglomerado de teorias que constitui o neoliberalismo não deplora, porém, a intervenção pública (do Estado ou, de modo mais amplo, do poder político), bem pelo contrário: não só a aceita, como a promove quando esta promove a superação do Estado produtor e do Estado empresário, a liberalização dos movimentos do capital financeiro ("financeirização" da economia) ou o desmantelamento dos sistemas de proteção e regulação inerentes ao Estado Social, substituídos pela iniciativa privada e pela assistência social. No fundo, apoia-se no poder político (estatal, interestadual, organizações internacionais) para favorecer uma ordem constitucional mundial "organizada" em torno das grandes empresas transnacionais. Isso é particularmente claro nas teses da chamada "economia constitucional" (Buchanan, entre outros). Numa óptica conservadora e positivista, autonomizando-se da *public choice*, mas mantendo-se, do contratualismo e da teoria económica da burocracia, a "economia constitucional" (Buchanan), centra-se nos processos políticos e nas instituições públicas, procurando analisar, a partir do individualismo metodológico subjetivista, como as preferências individuais, em que os indivíduos são os produtores das suas próprias restrições, podem compor-se para gerarem resultados coletivos e se reconciliam nas instituições. Como afirma

José Reis, esta construção pronuncia-se "contra a ideia de que haja escalas de valor externas, exógenas aos indivíduos, que constituam um padrão social ou colectivo pré-existente, perante o qual se avaliem as decisões individuais (uma função social de utilidade, por exemplo)". Os indivíduos criam um Estado perverso, em que funcionários, agentes e políticos definem políticas em função dos seus próprios interesses, comportando-se, no fundo, como rentistas (*rent seekers*). Ao fazê-lo, estamos nos antípodas da ideia de constituição económica. A economia constitucional assenta, pois, numa visão cínica da política (que oculta uma visão apolítica, natural, neutra e meramente técnica do mundo da economia) e, no fundo, numa economia sem constituição, desprovida de valores normativos. A constituição é a economia, é a consagração das estruturas fundamentais da chamada "economia de mercado". A tarefa da política será a de libertar as forças económicas privadas.

6. Constitucionalizar o mercado

Na vulgata economicista, o mercado é um fenómeno natural, um lugar próprio das relações económicas de troca inerentes à natureza humana (o *homo oeconomicus*), um lugar despolitizado, caracterizado pela ausência de poder e, portanto, intemporal e a-espacial, uma espécie de novo direito natural na esfera da economia (o bem, por oposição ao Estado, o mal). Mas a necessidade de cristalizar a "economia de mercado" por decisão política em textos jurídicos demonstra, como defende Natalino Irti, que, ao contrário do economicismo vulgar, o mercado não é um fenómeno neutro, estranho ao conflito e apolítico (ou antipolítico) susceptível de mera gestão tecnocrática. Em rigor, porém, não existe um mercado (como entidade absoluta), mas mercados (de bens e serviços, financeiros, de trabalho, da terra, etc.), com diferentes lógicas de funcionamento (Polany). Mercados que são lugares de conflito e que podem conformar a decisão política, como ocorre hoje com os mercados financeiros (a votação quotidiana da bolsa). Mercados que, aliás, não esgotam a esfera económica, pois não há mercados sem produção, um lugar também de conflitos.

O resultado de todo este processo é, no fundo, a despolitização e a irrelevância da decisão democrática. Talvez ninguém melhor do que Colin Crouch para dar conta

deste ambiente que intitula de pós-democrático, caracterizado pela "crise de igualitarismo e de trivialização do processo democrático". Na excelente síntese de Carlo Bordoni, múltiplos são os efeitos da crise da política (vista como uma "coisa suja") que conduz diretamente ao autoritarismo e que não resisto a elencar:

"a) desregulamentação, isto é, o cancelamento das regras que governam as relações económicas e a supremacia do mercado financeiro e das bolsas de valores;

b) queda na participação dos cidadãos na vida política e nas eleições (embora com frequência isso seja considerado normal);

c) regresso do liberalismo económico (neoliberalismo), confiando ao sector privado parte das funções do Estado e dos serviços de administração - antes "públicos" - e usando os mesmos critérios de desempenho económico que as empresas privadas;

d) declínio do Estado social, reservando serviços básicos apenas para os pobres, isto é, como circunstância excepcional e não como parte de um direito generalizado de todos os cidadãos;

e) prevalência dos *lobbies*, o que aumenta o poder privado e conduz a política na direção por eles desejada;

f) espetáculo da política, em que técnicas de propaganda são utilizadas para produzir consenso, com predominância da figura do líder que não se apoia no seu carisma, mas confia no poder da imagem, em pesquisas de mercado e em projetos precisos de comunicação;

g) redução dos investimentos públicos;

h) preservação dos aspetos "formais" da democracia, que pelo menos mantém a aparência de garantia de liberdade.

A questão surge naturalmente: neste ambiente qual é o papel já não da "constituição económica" mas da própria Constituição da República e do órgão encarregado de a proteger, o Tribunal Constitucional?

Referências bibliográficas

Bordoni, Carlo & Bauman, Zigmunt (2016), *Estado de Crise*, Lisboa: Relógio de Água

Buchanan, James (1991), *Constitutional Economics*, Oxford & Cambridge: Basil Blackwell

- Canotilho, J.J. Gomes (1982), *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra: Coimbra Editora
- Canotilho, J.J. Gomes (2006), *"Brançosos" e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra: Almedina
- Cassese, Sabino (2004), *La nuova costituzione economica*, Roma/Bari: Laterza
- Crouch, Colin (2004), *Post-democracy*, Polity
- Dicey, Albert Venn (1905), *Lectures on the relation between law and public opinion in England during the Nineteenth Century*, London: Macmillan
- Galgano, Francesco (2005), *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna: il Mulino
- Loewenstein, Karl (1970). *Teoría de la Constitución*, 2. ed. espanhola, Barcelona: Ariel, 1970
- Manoilescu, Mihail (1934), *Le siècle du corporatisme: doctrine du corporatisme intégral et pur*, Paris: Alcan
- Moreira, Vital (1973), *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, Coimbra: Centelha
- Moreira, Vital (1974) *Economia e Constituição: para o conceito de constituição económica*. Coimbra, s. ed. *Separata do Boletim de. Ciências Económicas n.º 17*
- Polany, Karl (1944, ed. 1983), *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris: Gallimard
- Ramaux, Christophe (2012), *L'État social. Pour sortir du chaos néolibéral*, Paris: Mille et une nuits
- Reis, José (1995), "A Economia Constitucional: o Estado e as instituições na visão de um individualista radical (J. Buchanan)", *Notas Económicas*, n.º 6, pp. 77-94, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, disponível em URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/25141>
- Santos, A. C.& Marques, M. M. L. & Gonçalves, M.E. (2014), *Direito Económico*, Coimbra: Almedina

A Constituição e a Economia

Ana Costa,

DINÂMIA-CET, IUL, ISCTE-IUL

1. Introdução

O cenário subjacente ao presente capítulo é o do 40^o aniversário da Constituição da República Portuguesa (CRP). É a parte económica da Constituição, em particular, os direitos económicos, sociais e culturais, que consideraremos mais atentamente.

Momentos como este constituem, de forma amplamente justificada, momentos de balanço. Se fosse esse o caminho a ser escolhido o resultado seria certo: a Constituição foi um motor fundamental na modernização da economia e sociedade portuguesas. Para esse processo de modernização contribuíram sem dúvida direitos como os direitos à saúde, à habitação ou à educação e cultura. Bastaria olharmos para *Lisboa, Cidade Triste e Alegre*, para as fotografias de Victor Palla e Costa Martins, dos anos 50 do século anterior, de bairros então populares como Alfama e Bairro Alto, para percebermos as diferenças, o antes e o depois.

Porém, o exercício que se escolheu fazer não é esse, não é o de um balanço, apesar de ele lá estar, mas o de imaginar e pensar a Constituição como um instrumento para a sociedade que queremos construir. Procura-se mostrar como a visão reformista e humanista que enforma a Constituição lhe dá atualidade porquanto confere legitimidade moral ao próprio capitalismo enquanto sistema político, económico, social e cultural complexo e multifacetado e se refere a um imperativo ético. Ambos os tópicos serão desenvolvidos nos pontos 2 e 3 do presente capítulo.

Imaginar e pensar a Constituição como um instrumento para a sociedade que queremos construir compreende também o reconhecimento das dificuldades, dos obstáculos e é essa a perspetiva desenvolvida no ponto 4, quando se trata do peso da dívida externa de Portugal e como ela condiciona a concretização e o aprofundamento dos direitos económicos, sociais e culturais.

2. Entre o passado e o futuro: os direitos económicos, sociais e culturais

O ensaio de John Dewey intitulado *As Bases Económicas da Nova Sociedade* (1939) é profundamente atual: os males e as necessidades que destaca são ainda os males, as necessidades dos tempos modernos, que afligem as mulheres e os homens de hoje. As transformações associadas às formas atuais de capitalismo financeirizado e as respostas de austeridade à crise económica de 2007-2008 estarão certamente na origem desta confluência. O ensaio de Dewey identifica e clarifica as relações entre democracia política, democracia económica e condição humana: argumenta que é necessário acompanhar o combate pela democracia política do combate pela democracia económica, que a ampla efetivação dos direitos, liberdades e garantias civis necessita da concretização dos direitos económicos, sociais e culturais, que a concretização destes direitos, cabendo ao Estado, responsabiliza também outros atores sociais e até mesmo organizações privadas e que a extensão e o modo de concretização dos direitos económicos, sociais e culturais é determinante da condição humana.

Dewey não está sozinho nesta ideia de que a paz não é viável sem esperança e de que não só é difícil e mesmo degradante viver privado de esperança, como isso pode corroer todo o sistema económico, social e político. John Maynard Keynes, na sua obra fundamental, *A Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda* (1936), acusava o desemprego e as desigualdades na repartição da riqueza e do rendimento como os maiores males que o capitalismo terá originado. Afirmava ainda que existindo indubitavelmente várias causas da guerra, as causas económicas seriam fundamentais. Para Keynes, as respostas autoritárias até então encontradas ameaçavam, não só o capitalismo enquanto sistema económico, político e cultural, mas também a própria liberdade enquanto princípio fundamental das democracias liberais.

Dewey destaca-se, no entanto, de Keynes quanto à ambição da sua proposta reformista e à amplitude dos desafios que considera deverem ser respondidos por uma nova ordem económica e social e quanto às respostas adequadas de política. Esta distinção relaciona-se certamente com os diferentes fundamentos ontológicos subjacentes às suas perspetivas teóricas. No caso de Dewey, estes fundamentos ontológicos derivam da corrente teórica do pragmatismo-institucionalismo e deles fazem parte a concepção do indivíduo enquanto ser social, reflexivo e em relação com os outros.

O ensaio de Dewey, *As Bases Económicas da Nova Sociedade*, é aqui trazido e revisitado como inspiração para um olhar sobre a CRP, que mais do que um olhar retrospectivo, procura entender a Constituição como um instrumento para a sociedade que queremos construir. Permite-nos melhor compreender como a fragilidade da condição humana se expressa na dependência face ao outro - a família, a comunidade, o empregador ou o credor. E como o território não se limita a ser o espaço em que estas relações são inscritas, mas é ele mesmo produtor de dinâmicas diversas, de uma variedade de relações, geralmente assimétricas, entre pessoas, atores sociais, organizações. Dewey refletiu, em diversos momentos da sua obra, sobre as condições industriais da época e como estas condições são capazes de transformar o trabalho numa atividade desprovida de qualquer significado intrínseco, penosa, que apenas é exercida pela recompensa monetária. Distingue entre diversos trabalhos, afirmando que atividades como a do inventor, do artista, do desportista, do médico ou do professor, estando então menos sujeitas aos ditames dos mercados ofereciam uma maior autonomia a quem as exercia.

A alienação, a desintegração da personalidade constituem para Dewey manifestações de desintegração das relações sociais, familiares, entre grupos e classes sociais e até mesmo entre países. Dewey acrescenta à preocupação de Keynes sobre as consequências do capitalismo ao nível da desigualdade da repartição dos rendimentos e da riqueza, um enfoque sobre uma dimensão relacional que aborda a superação das relações que fazem com que grande parte da população não tenha controlo sobre as condições que determinam a sua própria subsistência. Para Dewey (1938, p. 300), este é um problema que decorre das transformações da indústria e da finança, constituindo um obstáculo ao futuro da própria democracia. É um problema que exige que se considere de forma conjunta e relacionada os domínios da produção, da distribuição, do consumo e o da finança.

Esta perspetiva relacional de Dewey não é única, nem é porventura original. A concepção de Karl Marx sobre o capital enquanto relação social, do dinheiro como o “laço de todos os laços”, o vínculo que liga todos os aspetos da vida humana, é-lhe sem dúvida próxima. As perspetivas destes dois autores divergem, contudo, quando Dewey considera a existência de uma relação entre meios e fins, em que meios e fins se

determinam reciprocamente e em que se rejeita a existência de um fim único e universal a que todos os outros são redutíveis, determinado previamente e exterior à própria ação, estando os fins tanto como os meios abertos à reflexão racional, à comunicação com os outros e à ação coletiva. Dewey desvaloriza assim a luta de classes como um fim em si mesmo. Como refere Joas (1996, p.154), a propósito da relação entre meios e fins na obra de Dewey, “[s]ó quando reconhecemos que certos meios estão disponíveis é que descobrimos fins que não nos tinham ocorrido antes”. Segundo Joas (1996, p. 154), “os fins da acção estão geralmente relativamente indefinidos e apenas se tornam mais específicos em resultado da decisão de usar determinados meios. A reciprocidade de fins e meios significa então a interacção da escolha dos meios e da definição dos fins.”

As dimensões que Dewey aponta como devendo fazer parte de uma nova ordem económica e social são entendidas pelo autor como requisitos mínimos de uma condução inteligente dos assuntos económicos e sociais em torno da melhoria da condição humana, da sua emancipação. A condução dos assuntos económicos e sociais, isto é, o planeamento, a que Dewey se refere, é inevitavelmente público. Não obstante as dificuldades que se colocam à deliberação coletiva - de certos interesses particulares puderem serem negligenciados, enquanto outros serão (re)afirmados, e de certos conflitos permanecerem em aberto - para Dewey, a deliberação coletiva permanece como a resposta apropriada face à pluralidade de interesses e de valores em conflito. A sua qualidade, ou inteligência, como nota Dewey, está, no entanto, dependente de factores como a informação e o conhecimento que são veiculados e partilhados e de condições existentes de reconhecimento da natureza partilhada, coletiva, de muitos males que afligem as pessoas, bem como de condições de comunicação e discussão.

Dewey considera, em primeiro lugar, o direito ao emprego. A afirmação deste direito implica, para Dewey, a obrigação de o Estado garantir que num contexto de crise económica as consequências não se reflitam num desemprego crónico e num emprego precário, que todos e todas tenham emprego, um emprego dignificante e não apenas “qualquer coisa para obter o vale de uma sopa” (Dewey, 1939, p. 313). A atenção de Dewey volta-se não apenas para uma dimensão quantitativa e para o impacto do desemprego e da insegurança no emprego no nível de pobreza, mas também para as

repercussões experimentadas no modo como cada um se percebe a si próprio e na relação com os outros.

Em segundo lugar, Dewey considera o direito à melhoria do nível de qualidade de vida por intermédio de mudanças de regulamentação ou de respostas adequadas de política pública, como sejam o estabelecimento de um salário mínimo, o acesso a condições sanitárias e de habitação decentes ou a proteção social à doença, à velhice, ou a outras situações de vulnerabilidade. Os baixos níveis salariais das sociedades industriais e a ausência de respostas adequadas de política pública são, para Dewey, responsáveis por mortes, doenças, acidentes e outras tragédias humanas que poderiam não ocorrer fossem outras as condições institucionais.

Dewey reconhece, em terceiro lugar, o direito a uma maior autonomia dos trabalhadores e à assunção de um maior controlo sobre as condições que determinam a sua própria atividade. Como refere, é “absurdo conduzir uma guerra pela democracia política que deixa a autocracia industrial e económica praticamente intocada” (Dewey, 1939, p. 313-314). É necessário, para Dewey, questionar as condições de produção e, em particular, as relações sociais e institucionais que as enquadram e que são determinantes da situação de vulnerabilidade de grande parte da população.

O ensaio de Dewey, a que se tem vindo a fazer referência, e a CRP convergem na visão reformista e humanista que lhes confere atualidade. No caso da Constituição, destacam-se os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, desde o direito à segurança no emprego até ao direito à greve e a proibição do *lock-out*, e os direitos e deveres económicos, sociais e culturais, desde os direitos ao trabalho, à segurança social, a cuidados de saúde, à habitação, a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender, aos direitos à educação e à cultura, incluindo à cultura física e ao desporto. A Constituição consagra ainda os princípios da subordinação do poder económico ao poder político democrático, do planeamento democrático do desenvolvimento económico e social, e da coexistência de diferentes sectores de propriedade dos meios de produção - os sectores público, privado e cooperativo e social.

A concretização destes direitos tem sofrido variações em virtude das transformações económicas, sociais e políticas e, em particular, das mudanças nas políticas públicas

ocorridas desde 1976. Em particular, as políticas de austeridade implementadas no contexto da crise económica de 2007-08 e, posteriormente, a aplicação do programa de “resgate” aplicado a Portugal implicaram consequências negativas na provisão pública de bens e serviços, designadamente, no que se refere à habitação, saúde, educação e pensões. Estas consequências, não ainda completamente estudadas e conhecidas atingiram, certamente, mais profundamente grupos sociais de maior vulnerabilidade, como sejam os desempregados, as crianças e os jovens, ou os idosos, em escalões de menor rendimento, e as famílias sobre-endividadas.

O reconhecimento deste grande retrocesso no que se refere à concretização dos direitos económicos e sociais, mas também dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, oferece uma primeira conclusão, que é a de que estes direitos tal como têm sido considerados na CRP permitem uma enorme margem de manobra ao governo e à governação. Tanto é assim que a afirmação destes direitos no âmbito da Constituição não foi impeditiva da implementação de políticas de austeridade como resposta à crise económica de 2007-2008 e, em particular, à crise das dívidas soberanas e do euro, agravadas pelo programa de “resgate” português, nem foi por sua causa, mas sim de princípios gerais, como os princípios da proporcionalidade e da igualdade e o subprincípio da proteção da confiança, que algumas medidas de austeridade não foram implementadas em toda a sua extensão.

3. Os direitos económicos, sociais e culturais e as políticas públicas

O papel dos direitos económicos, sociais e culturais na CRP assume a distinção clássica entre direitos fundamentais: direitos, liberdades e garantias civis e políticas, judiciáveis e por isso associados a obrigações positivas do Estado, por um lado, e, por outro lado, direitos programáticos, cujo exercício é dependente das condições, designadamente, políticas e financeiras, do Estado. O exercício destes direitos com uma natureza programática é assim manifestamente assimétrico: constituindo matéria que pode ser mobilizada e invocada na legitimação de políticas que de forma ativa visem a concretização e o aprofundamento dos próprios direitos económicos, sociais e culturais, não é, no entanto, impeditivo de políticas que fragilizem e impliquem mesmo retrocessos na concretização desses direitos.

A constitucionalização dos direitos económicos, sociais e culturais corresponde antes de mais a um imperativo ético. Vários autores têm-se pronunciado a este respeito. Note-se a perspectiva de Martha Nussbaum quando defende que certos direitos como os que se referem ao acesso a cuidados de saúde e à educação e à cultura devam ser considerados como direitos fundamentais, a par dos direitos, liberdades e garantias pessoais.

Ao argumento mobilizado no ponto anterior, de que não sendo a paz viável sem esperança, a ausência de esperança determinará certamente a corrosão de todo o sistema económico, social e político, Nussbaum soma o imperativo ético de que os poderes políticos e públicos têm a responsabilidade de contribuir para a criação de arranjos institucionais que evitem que os cidadãos se tenham de confrontar com situações trágicas, com escolhas dilemáticas como as que certamente se colocam entre o trabalho e a vida pessoal e familiar, ou entre a necessidade económica e o acesso a cuidados de saúde ou à educação.

Nussbaum (2000) nota que nem sempre as escolhas trágicas são reconhecidas como tal. Muitas vezes, a sua relevância é simplesmente negligenciada, ou então a sua natureza tende a ser ocultada, parecendo que se trata apenas de escolher um curso de ação de entre um conjunto de alternativas, ou até mesmo de seguir o único curso de ação possível por se considerar que não existem alternativas. Esta tentativa de ocultação tende, geralmente, a estar associada a um estreitamento dos valores em presença considerados como referência para a ação dos poderes políticos e públicos.

Como refere Nussbaum (2000, p. 1015), as situações de escolhas trágicas são quase sempre “produzidas não por necessidade natural ou por alguma razão relacionada com o carácter dos valores em confronto, mas simplesmente por hábitos e tradições tomados como naturais e inevitáveis”. Segundo a autora: a “[t]ragédia é raramente apenas tragédia. A maior parte das vezes, por detrás do desespero existe estupidez, ou egoísmo, ou incúria, ou malícia” (Nussbaum, 2000, p. 1016). Os conflitos acima referidos entre trabalho e vida pessoal e familiar, ou entre necessidade económica e o acesso a cuidados de saúde ou à educação, cultura ou habitação, decorrem quase sempre dos arranjos institucionais existentes. Na linha de reflexão de António Casimiro Ferreira, trata-se de apelar a uma construção coletiva dos nossos modos de

provisão em que o “estado de exceção” a que as políticas de austeridade se referem e que se constitui de muitas situações de escolhas trágicas não seja a regra.

A abordagem de Martha Nussbaum parte da defesa de um conjunto de capacidades funcionais (*capabilities*) que se consideram cruciais para uma plena realização das funções (*functionings*) que conferem significado e dignidade à vida humana e que devem por isso ser alvo de uma promoção ativa por parte do Estado, através de respostas adequadas de políticas públicas, na garantia de amplas possibilidades do seu exercício. Estas capacidades funcionais incluem:

- a) Ter uma vida longa, boas condições de saúde, e garantia de integridade física;
- b) A possibilidade de exercício da sensibilidade, da imaginação e do pensamento;
- c) A expressão de emoção;
- d) A autonomia na condução da própria vida;
- e) A associação;
- f) A relação com a natureza;
- g) A recreação;
- h) A capacidade de controlo sobre o meio-ambiente, não só ao nível material (direitos de propriedade, direito ao trabalho), mas também político.

Estas dimensões são plurais quer nas formas de concretização que a materialização das capacidades funcionais pode originar, quer nas suas diversas formas de expressão. Sendo plurais estas dimensões são também incomensuráveis, significando que perdas em qualquer destas dimensões não podem ser compensadas por ganhos em outra(s) destas dimensões. Este princípio sobre a incomensurabilidade associado a dimensões que se consideram cruciais para uma plena realização das funções que conferem significado e dignidade à vida humana é comum à perspectiva sobre a unicidade dos direitos que visa ultrapassar a distinção clássica entre direitos fundamentais e direitos programáticos e tem como objetivo a concretização e o aprofundamento dos direitos económicos, sociais e culturais.

Não obstante esta perspectiva resta ainda, como nota Nussbaum, uma margem de decisão muito grande ao regulador sobre o sentido, o modo e a extensão em que se considera a realização dos direitos económicos e sociais.

Um primeiro aspeto a considerar é que as políticas públicas visam as capacidades

funcionais e o seu exercício, não devendo, no entanto, dirigir os indivíduos numa expressão particular, garantindo a possibilidade de múltiplas realizações, de múltiplas formas de expressão como acima se indicava. Um segundo aspeto que acresce é que a liberdade pessoal e a autonomia não são apenas o corolário de se verem direitos legais reconhecidos, por muito importante que este reconhecimento possa ser, mas exigem também que as mulheres e os homens estejam em posição de exercer esses direitos. O pleno exercício de direitos, a sua plena concretização, suscita uma obrigação positiva por parte dos Estados, requer uma atuação pública concreta. Aspetos de necessidade económica e de desigualdades na distribuição do rendimento e da riqueza são fundamentais porque interferem diretamente com a concretização de outros direitos económicos, sociais e culturais e, até, de direitos e liberdades civis e políticas, devendo ser objecto de políticas públicas adequadas, designadamente ao nível da política fiscal. Finalmente, a margem de manobra que o regulador tem é concretizada na determinação do limiar mínimo de provisão de bens e serviços que se consideram que respondem à lista de capacidade funcionais. Seguindo o exemplo de Nussbaum (2000), o reconhecimento de um direito à saúde não deve ser estabelecido num limiar tão elevado que qualquer aumento do risco de cancro ou de poluição signifique a violação desse direito, como não deve ser definido num limiar tão baixo que conduza a muitas situações de escolhas trágicas e que tenda a isentar e a desresponsabilizar os poderes políticos e públicos da necessidade de um exercício inteligente de conciliação de fins e/ou valores que são plurais, incomensuráveis e conflituantes.

4. Os direitos económicos, sociais e culturais: que futuro?

Como se indicou já, a concretização dos direitos económicos, sociais e culturais tem estado sujeita a variações. No contexto do programa de resgate da economia portuguesa e da aplicação de políticas de austeridade a concretização destes direitos sofreu um retrocesso. Estas alterações inserem-se contudo num contexto mais vasto de transformações económicas, sociais e políticas com repercussões sobre a ação do Estado e de outros atores, como as empresas e os próprios cidadãos.

As formas contemporâneas de funcionamento do capitalismo neoliberal e, em particular, a financeirização e a globalização, mas também, no caso específico da

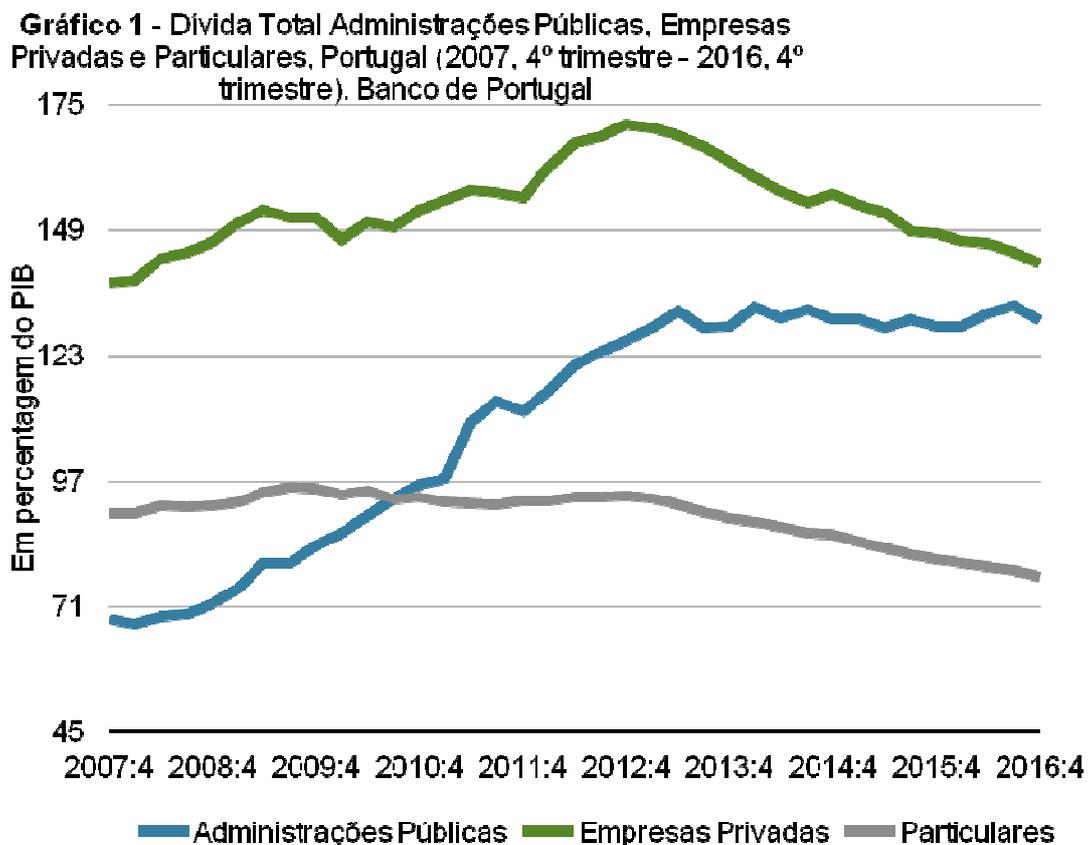
economia e sociedade portuguesas, o processo de integração europeia e de constituição da Zona Euro, têm convergido na redução da autonomia do Estado e da sua capacidade de resposta a choques diversos e assimétricos. A ação comum do Estado de compensação dos males do capitalismo, a que se referia Keynes, como foi notado no ponto 2, tem neste contexto sido amputada. Com esta transformação o custo do ajustamento a choques assimétricos tem-se repercutido na fragilização de direitos económicos, sociais e culturais e na evolução desfavorável do emprego, do trabalho e dos salários.

Uma característica importante das formas contemporâneas de funcionamento do capitalismo financeirizado é o endividamento. O endividamento e a sua relação com o investimento são centrais na explicação da hipótese sobre a instabilidade financeira, de Hyman Minsky (1992), que atenta na importância crescente das atividades financeiras na economia e no crescente envolvimento de um número maior de atores e de novos atores com a finança. É o caso das famílias que detêm uma parte crescente da sua riqueza sob a forma de ativos financeiros, em particular, fundos de pensões e produtos similares, tendo simultaneamente visto aumentado o seu endividamento seja por intermédio, fundamentalmente, do crédito à habitação, seja de outros créditos. No caso das empresas, assiste-se a um enfoque maior na variação do valor dos seus títulos nos mercados de bolsas de valores com implicações em estratégias empresariais mais centradas no curto prazo e na redução dos custos. Neste contexto, as instituições financeiras, entendidas por Minsky (1992) como “mercadores de dívida” (*merchants of debt*), tendem a atuar como um factor propulsor de instabilidade financeira em virtude da sua extrema vulnerabilidade a aumentos das taxas de juro e à incerteza quanto ao comportamento dos ativos financeiros de empresas sobre as quais são detentoras de dívidas de prazo inferior. Minsky (1996) refere-se a esta forma de funcionamento do capitalismo como predatória com consequências negativas ao nível do investimento, da criação de emprego e de maior insegurança do emprego.

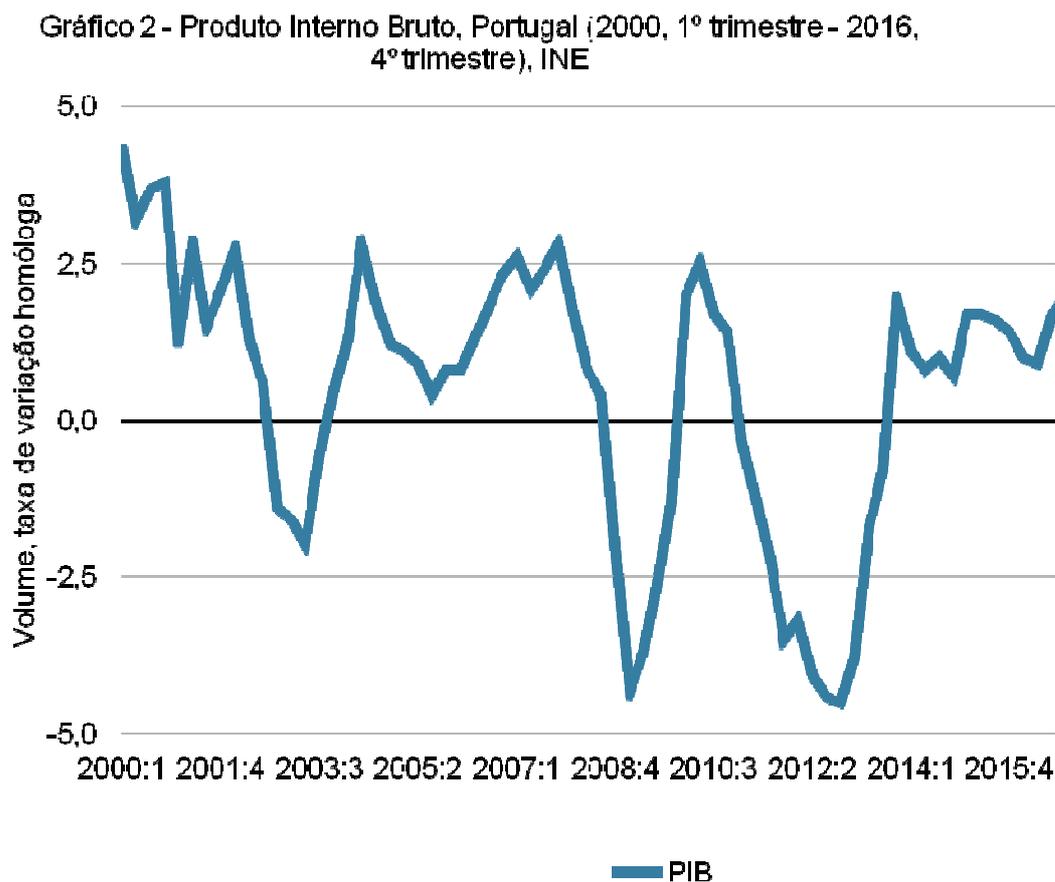
Rodrigues *et al.* (2016) abordam a natureza específica do fenómeno histórico da financeirização em Portugal. A expansão do crédito compreendendo as relações entre vários agentes adquiriu centralidade. Como explicam Rodrigues *et al.* (2016), a expansão do crédito assumiu uma grande importância na própria concepção das

políticas públicas, por exemplo, nos sistemas de provisão de habitação, água e pensões de reforma, dependendo fortemente do processo de integração europeia e da atuação do Estado na privatização e na liberalização do sector financeiro e, por conseguinte, na criação de novas oportunidades de negócio para a finança. A privatização e a liberalização do sector financeiro permitiram, de acordo com os autores, uma expansão da oferta de crédito a preços mais baixos com repercussão no aumento da procura. A titularização da dívida pública para ser transacionada nos mercados e, no âmbito do processo de construção da Zona Euro, a necessidade do Estado de financiar os seus défices nos mercados financeiros com a perda de ligação nacional entre o Tesouro e o Banco de Portugal e a criação do Banco Central Europeu fazem parte deste processo de “construção política dos mercados de capitais” com consequências importantes na reconfiguração do sistema financeiro português (Rodrigues *et al.*, 2016, p. 42).

O Gráfico 1 é representativo do fenómeno do endividamento em Portugal. Como acima se disse, a expansão do crédito terá sido o motor principal no processo de financeirização em Portugal. Estado, empresas e particulares apresentam níveis bastante elevados de dívida total, em percentagem do PIB. Apesar de certas narrativas sobre a crise tenderem a dar uma atenção especial ao endividamento público, até à crise financeira e económica de 2007-2008, o endividamento tinha fundamentalmente uma natureza privada. Com a crise e a queda da atividade económica, bem como a dificuldade crescente do Estado em obter financiamento nos mercados financeiros, a dívida pública total, em percentagem do PIB, aumenta bastante. O endividamento das empresas, sendo o mais expressivo, mantém-se a níveis muito elevados, enquanto o endividamento dos particulares decresce. A queda da procura de habitação agravada pela perda de rendimentos do trabalho e de poder de compra salarial são factores responsáveis pelo decréscimo do endividamento dos particulares.



O fenómeno do endividamento da economia portuguesa é mais expressivo porque é

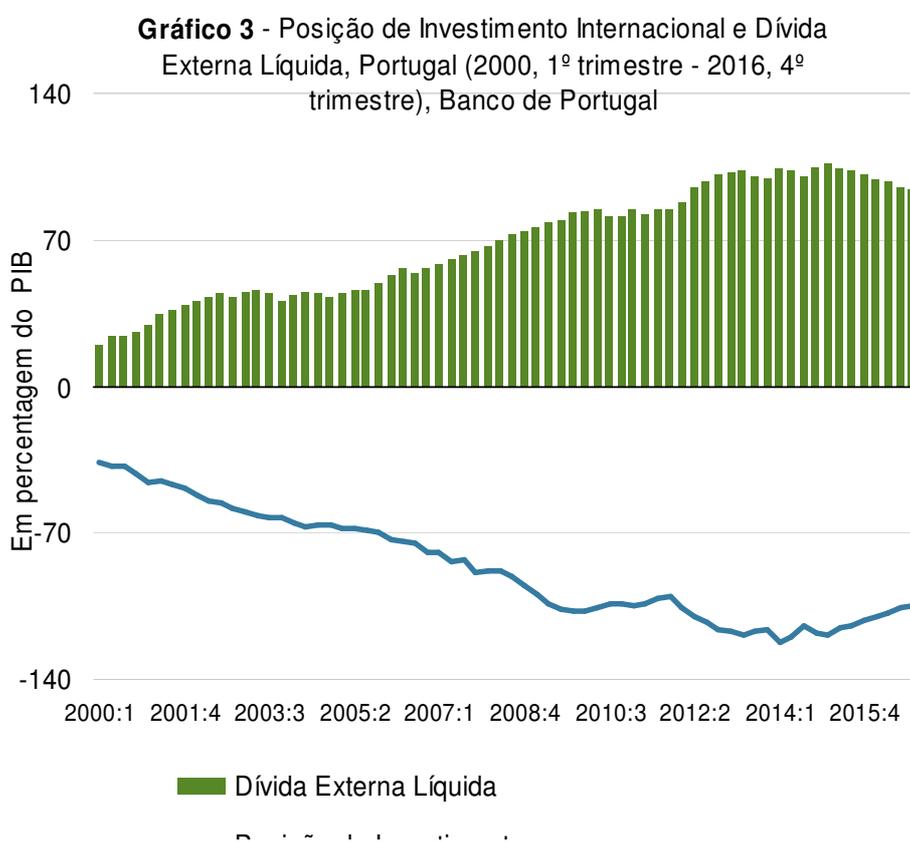


acompanhado pela desaceleração do crescimento económico, desde 2000, e mesmo pela quebra da atividade económica no contexto mais próximo da crise de 2007-2008 e do impacto recessivo das políticas de austeridade, como aparece refletido no Gráfico 2.

O Gráfico 3 dá conta do agravamento da Posição de Investimento Internacional negativa de Portugal, significando o aumento das nossas responsabilidades para com o exterior. Uma parte importante desse aumento consiste na dívida externa, como também aparece representado no Gráfico 3, mas pode também representar outros direitos ao exterior sobre a riqueza que é gerada internamente (por exemplo, direitos

de propriedade concedidos ao exterior resultando da venda de ativos da economia, como empresas, Ramos (2013)). Constituindo as empresas a parte mais importante do endividamento em Portugal, a acumulação de uma posição de devedor líquido da economia portuguesa é representativa das dificuldades de competitividade das empresas portuguesas no mercado mundial no contexto da Zona Euro, em que deixou de ser possível utilizar certos instrumentos de política como a desvalorização cambial. O contexto particular da Zona Euro expõe e agrava os desequilíbrios entre países, como Portugal, que acumulam situações de devedor líquido face ao exterior, e outros países membros, que acumulam situações de credor líquido face ao exterior, colocando todo o peso do ajustamento a nível interno (De Grauwe, 2013). As consequências em Portugal têm sido muito gravosas em termos do retrocesso na concretização de direitos económicos, sociais e culturais, da desvalorização do trabalho, da redução de salários e do impacto negativo ao nível do próprio investimento e do crescimento económico.

O destaque dado ao processo de financeirização, como uma característica fundamental das formas contemporâneas de funcionamento do capitalismo neoliberal, bem como ao contexto de Portugal enquanto membro da Zona Euro e ao impacto das políticas de austeridade, mostra bem como fenómenos como o endividamento têm uma espessura histórica, política e institucional que não pode ser compreendida quando representados meramente como o resultado de transações entre agentes económicos homogéneos e racionais (Roberts and Soederberg, 2014). Nestas circunstâncias, em que o peso do ajustamento é todo colocado a nível interno, acentua-se o conflito entre o



facto de uma parte da riqueza produzida internamente ser transferida para credores e a necessidade e a realização e aprofundamento dos direitos económicos, sociais e culturais. A concretização e aprofundamento destes direitos parece depender da

possibilidade de criação de novos arranjos institucionais e políticos que viabilizem a superação do conflito e/ou de reconfiguração dos fins em confronto que permita a acomodação dos interesses dos credores e da comunidade.

5. Notas conclusivas

Considerámos a Constituição da República Portuguesa, em particular, a parte relativa aos direitos económicos, sociais e culturais, num exercício que se propôs olhar para a Constituição como um instrumento da sociedade que queremos construir. Sobre este entendimento futuro várias visões, interesses e valores poderão sempre opor-se. Mas é a visão reformista e humanista promovida pela CRP que lhe continua a conferir atualidade. Esta atualidade foi justificada com base em dois argumentos:

- a) o projeto de emancipação da condição humana que lhe está associado continua a ser um ingrediente fundamental de legitimação moral do capitalismo, quanto mais não seja porque a paz não é viável sem esperança e porque não só é difícil e até mesmo degradante viver privado de esperança, como isso pode corroer todo o sistema económico, social e político; e
- b) a constitucionalização dos direitos económicos, sociais e culturais envolve um imperativo ético que requer a sua promoção ativa por parte do Estado por meio de políticas públicas adequadas.

A esta luz, quer o impacto de transformações económicas, sociais e políticas que se prendem com as formas de funcionamento do capitalismo financeirizado, quer a natureza assimétrica do processo de integração europeia da economia portuguesa, quer, em anos recentes, a aplicação de políticas de austeridade, com os seus efeitos no endividamento da economia portuguesa, têm condicionado a efetiva realização de direitos económicos, sociais e culturais. O peso da dívida é limitador da capacidade de gerar riqueza não só porque uma parte crescente dessa riqueza tem de ser transferida para os credores sob a forma, designadamente, de juros, mas também porque as respostas de política de austeridade e desvalorização interna, vantajosas para os credores, transferem os custos para investidores e trabalhadores. Neste contexto, estratégias que visem a desfinanceirização da economia portuguesa ou de extensão das maturidades da dívida e de redução dos juros da dívida pública, são centrais para a

realização plena da Constituição.

Referências Bibliográficas

- Dewey, John (1939), "The Economic Basis of the New Society" in Boydston, Jo Ann (ed.) *John Dewey. The Later Works, 1925-1953*, Vol. 13 (Carbondale: Southern Illinois University Press)
- Dewey, John (1938), "Democracy and Education in the World of Today" in Boydston, Jo Ann (ed.) *John Dewey. The Later Works, 1925-1953*, Vol. 13 (Carbondale: Southern Illinois University Press)
- De Grauwe, Paul (2013), "The Political Economy of the Euro", *Annual Review Political Science*, 16, p. 153-170
- Ferreira, António Casimiro (2011), "A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção" *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 95 , p. 119-136
- Gonçalves, Maria Eduarda (2011), "A constituição (económica) revista" em José A. Tavares, Miguel Poiães Maduro, Nuno Garoupa e Pedro Magalhães (eds.), *A Constituição Revista*, e-book (Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos), p. 43-48
- Joas, Hans (1996), *The Creativity of Action* (Cambridge: Polity Press)
- Keynes, J. Maynard (1936), *The General Theory of Employment, Interest and Money* (London: MacMillan)
- Minsky, Hyman P. (1992), "The Financial Instability Hypothesis", *Levy Economics Institute Working Paper* nº. 74
- Minsky, Hyman P. (1996), "Uncertainty and the Institutional Structure of Capitalist Economies", *Journal of Economic Issues*, vol. XXX (2), p. 357-368.
- Nussbaum, Martha (2000), "The Cost of Tragedy: Some Moral Limits of Cost-Benefit Analysis", *Journal of Legal Studies* 29, p. 1005-1036.
- Ramos, Pedro Nogueira (2013), *Torturem os Números que eles Confessam. Sobre o mau uso e abuso das Estatísticas em Portugal, e não só* (Coimbra: Almedina).
- Roberts, Adrienne e Susanne Soederberg (2014), "Politicizing Debt and Denaturalizing the 'New Normal'", *Critical Sociology*, Vol. 40(5), p. 657-668.
- Rodrigues, João, Ana Cordeiro Santos e Nuno Teles (2016), *A Financeirização do capitalismo em Portugal* (Actual, Coimbra: Actual).

A Constituição da República e a União Europeia.

O abalo do período de assistência da Troika

António Goucha Soares,

ISEG – Universidade de Lisboa

1. Introdução

Portugal celebrou os quarenta anos da Constituição de 1976 – de par com trinta anos de adesão europeia – após ter passado pelo período mais sombrio desde a instauração do regime democrático. Como é sabido, Portugal foi arrastado pelo turbilhão da crise da dívida soberana grega, que afetou diversos países da periferia da zona euro. Em resultado da crise, o governo pediria auxílio financeiro internacional.

Em virtude da adesão às Comunidades Europeias, em 1986, a Constituição da República sofreria pequenas alterações, visando adaptar o texto da lei fundamental aos desenvolvimentos do processo de integração europeia resultantes dos diversos Tratados aprovados a partir do acordo de Maastricht. Apesar da carga ideológica inicial da Constituição de 1976, o texto da lei fundamental, com as modificações cirúrgicas entretanto operadas, não constituiu entrave ao cumprimento pleno das obrigações a que o país se obrigou no quadro dos seus compromissos europeus. Na verdade, seria apenas no período da assistência financeira internacional que a Constituição portuguesa alcançaria maior protagonismo jurídico-político, na medida em que algumas medidas adotadas no âmbito do programa de ajustamento negociado com os credores internacionais seriam julgadas desconformes com a Constituição da República.

Como é sabido, Portugal assinou em 2011 um Memorando de Entendimento que permitiu receber um financiamento de 78 mil milhões de euros ao longo de três anos, em troca de um programa de condicionalidade severo imposto pelos credores, que obrigava a um esforço de consolidação das finanças públicas e à adoção de um vasto conjunto de reformas estruturais.

Este capítulo pretende abordar a forma como o programa de assistência financeira interferiu com disposições internas que relevam da lei fundamental. Por seu turno, o alcance da atuação da Troika permite suscitar outras questões de natureza constitucional, ainda que situadas em nível diferente, relacionadas com os poderes confiados às entidades que integraram a tríade de organizações internacionais.

2. A criação da Troika

A crise do euro esteve no centro da política da União Europeia na segunda década do século. Porventura, terá sido a mais grave crise de todo o processo de integração europeia (Ash, 2012: 11). Uma parte significativa dos esforços da UE desde 2010 foi consagrada à chamada gestão da crise. As instituições europeias e os Estados-Membros procuraram encontrar respostas para lidar com a crise do euro, desde a criação de fundos de resgate, passando pelos pacotes legislativos que reformularam o Pacto de Estabilidade, pelo Tratado Orçamental, pela tentativa de criação de *Eurobonds*, até ao anúncio do programa OMT pelo Presidente Draghi e ao estabelecimento de uma união bancária.

A assistência financeira aos países da zona euro com problemas de tesouraria, fornecida por fundos de resgate criados na sequência da crise do euro, foi uma das medidas emblemáticas tomadas no âmbito da gestão da crise. Estas ações foram desenvolvidas com base em pacotes financeiros moldados pelos Estados credores, em conjunto com o Fundo Monetário Internacional (FMI). A negociação e a execução da assistência financeira foram atribuídas à intervenção combinada de três instituições, a chamada Troika.

Tendo em conta a amplitude de temas abrangidos pelas condições associadas à assistência financeira prestada aos países da zona euro, a ação da Troika afetou domínios que ultrapassavam as competências atribuídas à União Europeia. Cumprirá recordar que durante as negociações do Tratado de Maastricht, que estabeleceram a União Económica e Monetária, a Alemanha conseguiu impor duas condições fundamentais para a criação da moeda única: a cláusula de não resgate; e a proibição do financiamento monetário dos governos nacionais. Estes princípios

seriam mais tarde considerados como limites materiais da moeda única pelo TJUE,¹ fixando as linhas vermelhas que não poderiam ser ultrapassadas pelas instituições da União ou pelos seus Estados-Membros.

A criação da Troika seria resultado de tais disposições do Tratado de Maastricht, as quais impediam que os países da zona euro com problemas de liquidez pudessem ser assistidos pelos órgãos da União Monetária, desde logo pelo Banco Central Europeu, pelas instituições da União Europeia ou por outros países da zona euro. Por conseguinte, os limites materiais fixados pelo Tratado de Maastricht acabariam por funcionar como armadilha jurídica e política para a União Monetária.

Situação que seria expressamente reconhecida pelo Parlamento Europeu quando *"observa a impreparação da UE e das instituições internacionais para uma crise de dívida soberana de grande amplitude, bem como as suas origens diferenciadas e consequências na área do euro, decorrentes, entre outros fatores, daquela que é a mais grave crise financeira desde 1929; lamenta a ausência de uma base jurídica viável para enfrentar uma crise desta natureza; reconhece os esforços para reagir de forma rápida e determinada, mas lamenta o facto de o Conselho recusar constantemente o desenvolvimento de uma abordagem a longo prazo, abrangente e sistémica"* (PE 2014: nº27).

A Troika consistia num grupo de trabalho formado pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional, responsável pela negociação de programas de assistência financeira com os países da zona euro com problemas de liquidez, bem como pela realização de avaliações periódicas sobre o nível de implementação do programa.

A assistência financeira seria fornecida por veículos especiais criados pelos países da zona euro² e também pelo Fundo Monetário Internacional, que determinavam as condições de financiamento aos países devedores.

¹ Processo C- 62/14, *Peter Gauweiler e outros contra Deutscher Bundestag*, 16 de Junho de 2015. Em particular, Conclusões do Advogado-Geral Pedro Cruz Villalón, 14 de Janeiro de 2015.

² O Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira e o Fundo Europeu de Estabilidade Financeira foram criados em Maio de 2010. O Mecanismo Europeu de Estabilidade, de Setembro de 2012, distingue-se dos anteriores por ser um fundo de resgate permanente, embora estabelecido à margem da União Europeia. É uma organização internacional, regulada nos termos do direito internacional.

De notar que os programas de assistência financeira aos países da zona euro seriam adotados fora do âmbito de aplicação dos Tratados da UE. Além da questão da competência da União para se ocupar da dívida soberana dos países da zona euro, esses programas foram delineados à margem da jurisdição da União Europeia e, por conseguinte, do direito europeu. Com efeito, apenas em 2013 seria aprovado um regulamento da União Europeia que atribuía cobertura legal ao trabalho das instituições europeias no seio da Troika,³ no âmbito do chamado "Two-Pack", o qual pretendia na prática conferir um manto de legitimidade à atuação da Comissão no confronto dos países abrangidos pelos programas de assistência financeira.

3. Portugal aos pés da Troika

A assistência financeira prestada aos países da zona euro não se realizou através de um único pagamento, mas antes em múltiplas tranches concedidas ao longo da vigência do acordo de financiamento. Durante esse período, a Troika apenas autorizava a entrega das diferentes parcelas do pacote financeiro, após avaliação do cumprimento dos objetivos fixados no contrato de financiamento – o chamado Memorando de Entendimento.

Tal como foi referido no relatório especial sobre a assistência financeira prestada aos países em dificuldade pelo Tribunal de Contas Europeu (TCE), *“a Comissão deve verificar, a intervalos regulares, se a política económica do Estado-Membro beneficiário cumpre o respetivo programa de ajustamento e as condições desse programa. Essas condições são acompanhadas pela Comissão em coordenação com o FMI. Para o efeito, os Estados-Membros beneficiários apresentam periodicamente relatórios sobre os progressos alcançados na execução dos programas e os parceiros realizam visitas de acompanhamento. A Comissão e o FMI elaboram cada um o seu próprio relatório de avaliação após a respetiva visita. Com base nessa avaliação e após consulta do CEF, a Comissão decide se as parcelas suplementares devem ser libertadas e se determinadas condições do programa devem ser modificadas e/ou acrescentadas, a fim de responder a circunstâncias imprevistas, tais como uma alteração no cenário*

³ Regulamento (UE) n°472/2013, de 21 de Maio.

macroeconómico, revisões significativas dos dados ou fatores políticos ou institucionais no Estado-Membro em causa” (TCE 2016: nº16-17).

As reuniões trimestrais com as autoridades nacionais visavam supervisionar o nível de cumprimento dos objetivos estabelecidos nas condições financeiras do programa, a fim de libertar a parcela monetária sucessiva do programa. Assim, os negociadores da Troika estavam munidos de fortes poderes para assegurar a implementação das condições estabelecidas, na medida em que poderiam recomendar a suspensão dos empréstimos financeiros a qualquer momento, o que determinaria o congelamento de vários compromissos públicos no país.

Ainda que os Estados fossem supostos manter o poder de decisão sobre a implementação do programa de assistência financeira, as avaliações trimestrais da Troika eram tão minuciosas que, em termos práticos, aos governos nacionais não restaria alternativa que não fosse seguir as soluções recomendadas. Assim, não surpreenderá que a taxa de cumprimento das medidas fixadas no programa português resulte tão elevada, tendo sido observadas 96% das condições estipuladas pelos credores (TCE 2016: nº105).

Na verdade, à medida que as avaliações periódicas prosseguiam, os representantes da Troika desempenhavam um papel assaz importante, porque podiam decidir se o país iria ou não receber as restantes parcelas de apoio financeiro. Além disso, como refere o Tribunal de Contas Europeu, a Comissão *“manteve um representante residente em três dos cinco países”* assistidos (TCE 2016: nº53), sendo que Portugal teve o privilégio de acolher um agente residente alemão durante todo o período de assistência financeira.

O impacto da Troika resultará mais claro se for tido em conta o modo como o governo português de então lidou com essa situação: desde o início do programa de assistência que o vice-primeiro-ministro Portas referiu que o país se encontrava em situação de protetorado, em virtude das restrições à soberania determinadas pela assistência financeira.

Embora o conceito de protetorado não fosse compaginável com a abordagem formal dos representantes da Troika, a verdade é que estes conseguiram impor a maioria

das suas preferências. Neste sentido, cumpre recordar que o primeiro-ministro Passos Coelho afirmou que o país enfrentava uma situação de soberania limitada, na medida em que as autoridades nacionais não tinham capacidade para decidir por si próprias a maioria das decisões com implicações orçamentais.

Esta opinião seria também confirmada por outros chefes de governo europeus, como o primeiro-ministro italiano Monti, o qual refutou a assistência financeira que pretendiam impor no auge da crise do euro, referindo que a Itália não deveria ser tratada como uma colónia.⁴ Da mesma forma, o primeiro-ministro Zapatero lutou contra a insistência do BCE e de alguns países da zona euro para que Espanha recebesse ajuda financeira, recusando ser constrangido a aceitar semelhante estatuto político para um país como Espanha.⁵

Pelo que a Comissão Europeia terá levado demasiado a sério o mandato confiado pelos credores da zona euro, adotando uma postura ao arrepio de princípios elementares consagrados no Tratado de Lisboa no confronto dos países devedores. Desde logo, parecendo ignorar a igualdade de todos os Estados membros e a solidariedade entre os diferentes países para contrabalançar a natural preponderância dos poderosos.

Ainda que, em termos formais, as medidas tomadas no âmbito do programa de assistência financeira tenham sido adotadas apenas pelas autoridades nacionais, importa colocar a seguinte questão: poderá ser imputado algum tipo de responsabilidade moral às instituições internacionais envolvidas nas negociações da Troika?

O vice-presidente da Comissão, Olli Rehn, sublinhava que as decisões financeiras tomadas pelos países assistidos da zona euro seriam apenas atribuíveis a esses

⁴ *'Ci sono molti modi nel mondo contemporaneo per diventare colonie di altri Paesi... Eravamo sul punto di diventare una colonia ...sono tre gli Stati che hanno dovuto sottoporsi ai programmi imposti dalla Bce e dalla Commissione e dall'Fmi, sono Paesi che hanno dovuto cedere pezzi della propria sovranità nazionale. E questa è una cosa che non augurerei mai all'Italia, le conseguenze sono incalcolabili.'*, M. Monti, *'L'Italia non è una colonia'*, *Corriere della Sera*, 12 May 2012, www.corriere.it/politica/12_maggio_12/monti-italia-non-e-colonia-ue_3c722d76-9bf2-11e1-a2f4-f4353ea0ae1a.shtml#ryy41hFLTMHbKEjK.

⁵ *'Merkel me planteó si estaba dispuesto a pedir una línea de ayuda preventiva de 50.000 millones de euros al FMI; añadió que a Italia le correspondería otro valor de 85.000 millones de euros.'*, (Zapatero 2013: 70).

Estados-Membros. Assim, a Comissão pareceu descartar liminarmente qualquer tipo de responsabilidade pelas decisões tomadas durante o processo de assistência financeira.

No entanto, se tivermos em conta a estrita supervisão exercida pela Troika em cada trimestre – com as consequências acima referidas – será mais difícil aceitar semelhante raciocínio formalista subjacente à postura de completa desresponsabilização das instituições da Troika pelos resultados das políticas implementadas durante o período de assistência financeira.

Mesmo que as decisões de política económica e as medidas orçamentais propostas tenham sido formalmente adotadas pelos países assistidos, certo é que as autoridades nacionais foram sujeitas a forte escrutínio dos agentes da Troika. Por conseguinte, não será justo sustentar que as instituições integrantes da Troika não participaram na escolha das decisões tomadas no âmbito dos programas de assistência financeira, alegando que as mesmas teriam resultado apenas de medidas aprovadas por instituições nacionais.

Ainda que os domínios da política económica e orçamental relevem da jurisdição exclusiva dos Estados-Membros, os países assistidos encontravam-se em situação de precariedade durante o período de assistência financeira, na medida em que não podiam tomar decisões importantes no quadro das políticas económica e orçamental sem o consentimento dos responsáveis da Troika.

Por estes motivos, a pretensão de imputar aos governos nacionais a autoria política exclusiva das medidas tomadas no âmbito dos programas de assistência financeira deverá ser entendida como um expediente para eximir as instituições da Troika de qualquer responsabilidade superveniente.

O severo escrutínio das medidas nacionais realizado pela Troika permite suscitar a questão da responsabilidade moral pelo conteúdo dessas decisões. Com efeito, seria difícil refutar que os representantes da Troika inspiraram diversas medidas adotadas pelas autoridades nacionais, para não referir casos em que foram os verdadeiros mentores das decisões aprovadas pelos governos dos países assistidos.

4. A Constituição nos anos de chumbo

Portugal pediria apoio financeiro um ano depois da Grécia e seis meses após a Irlanda, em Abril de 2011. Seria expectável que os credores recomendassem um receituário assente em políticas económicas e medidas orçamentais destinadas a superar os problemas de liquidez, privilegiando a recuperação das finanças públicas, para colocar a economia de volta ao crescimento e recuperar o acesso aos mercados financeiros internacionais.

A colossal tarefa das autoridades portuguesas em 2011 – Portugal estava obrigado a cumprir cerca de quatrocentas medidas decorrentes do compromisso com os credores, de acordo com o Tribunal de Contas Europeu (TCE 2016: nº85) – teria o apoio técnico da Comissão, em ligação com o Banco Central Europeu, e com a colaboração do Fundo Monetário Internacional. É sabido como o ajustamento financeiro promovido por organizações internacionais tem privilegiado a estabilidade orçamental – conseguida através de aumentos de impostos e cortes nas despesas – e a realização de reformas estruturais.

Assim, o fulcro da questão consistia em encontrar a melhor forma de equilibrar o aumento da tributação com a dimensão dos cortes nas despesas do Estado, assim como distribuir a intensidade dessas medidas ao longo do período de assistência financeira.

Sob estreita supervisão dos representantes da Troika, o governo português desenvolveu uma atividade frenética de redução da despesa pública diminuindo os salários dos funcionários, reduzindo o montante das reformas, fazendo cortes ao financiamento do Serviço Nacional de Saúde, fechando escolas, hospitais, tribunais, repartições de finanças e outros serviços públicos por todo o país, ao mesmo tempo que restringia os benefícios sociais atribuídos aos mais pobres e a desempregados.

Em contemporâneo com as medidas de redução da despesa, a Assembleia da República aprovaria todas as propostas do governo para aumento de impostos. Com efeito, no início do programa de assistência ocorreu um acréscimo da taxa normal de IVA aplicável a bens e serviços, tendo havido depois um brutal aumento do IRS e do imposto sobre imóveis, na expressão do ministro das Finanças. Os agravamentos de impostos seriam complementados pela subida das contribuições dos

trabalhadores para a Segurança Social, bem como das taxas moderadoras no Serviço Nacional de Saúde.

Os representantes da Troika pressionariam também por um alargamento das operações de privatização, na sequência da qual aeroportos, produção e distribuição de eletricidade, portos, infraestruturas ferroviárias, Correios, companhias de seguros e outros bens do Estado seriam alienados em breve período de tempo, de par com a concessão a privados de empresas de transportes e de outros serviços essenciais.

Na outra dimensão do cânone de ajustamento promovido pelas instâncias internacionais, o governo português implementaria a agenda das chamadas reformas estruturais, introduzindo modificações de vulto na legislação laboral com o intuito de reduzir os custos de trabalho e aumentar a flexibilidade no mercado de emprego.

No âmbito das reformas estruturais seriam também realizadas alterações significativas na organização administrativa do Estado, com a fusão de freguesias, a implementação de um novo mapa judiciário e reformas no regime da contratação pública, na lei da concorrência e na orgânica e funcionamento da administração pública.

Num cenário político em que governo, parlamento e Presidente da República se encontravam perfilados com as políticas negociadas no âmbito do Memorando de Entendimento, o Tribunal Constitucional emergiria como único contrapeso institucional do sistema político português. Valerá a pena recordar que a Constituição da República de 1976 consagra um modelo político democrático, assente na separação e equilíbrio de poderes, no princípio do Estado de direito democrático e na proteção dos direitos humanos, contendo um vasto catálogo de direitos fundamentais. De facto, no seu enunciado de direitos, a Constituição enumera não apenas os direitos cívicos e políticos tradicionais, mas também direitos económicos e sociais, e os chamados direitos fundamentais dos trabalhadores (Miranda, 2010: 140).

Enquanto guardião da lei fundamental, o Tribunal Constitucional seria por diversas vezes chamado a aferir da conformidade com a Constituição de algumas medidas

legislativas adotadas pelo governo e pelo parlamento no âmbito do programa de ajustamento. O Tribunal Constitucional foi solicitado por deputados, pelo Presidente da República e também pelo Provedor de Justiça, sobre questões delicadas como cortes nos salários e nas reformas dos funcionários públicos, reduções de benefícios sociais, aumento de impostos e reforma da legislação laboral.

Em termos gerais, poderá afirmar-se que o Tribunal Constitucional proferiu uma jurisprudência equilibrada, procurando temperar a defesa dos princípios gerais da lei fundamental e do seu catálogo de direitos fundamentais com os compromissos resultantes do Memorando de Entendimento que viabilizou a assistência financeira internacional.

Assim, no *Acórdão 396/11*, o Tribunal Constitucional afirmou que as disposições do Orçamento de Estado de 2011, determinando cortes nos vencimentos dos funcionários públicos, eram compatíveis com a Constituição da República.⁶ Em seguida, no *Acórdão 353/12*, o Tribunal Constitucional declarou que as disposições do Orçamento de Estado de 2012 relativas à suspensão dos subsídios de férias e de natal, de funcionários públicos e de reformados, contrariavam a lei fundamental.⁷ Contudo, tendo em conta o interesse público excepcional da redução do défice público decorrente dos compromissos assumidos com os credores, o Tribunal entendeu restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, aceitando a suspensão desses subsídios no ano em causa.

De referir, ainda, que no *Acórdão 187/13* o Tribunal consideraria conforme ao texto constitucional a chamada contribuição extraordinária de solidariedade, a qual estabelecia um novo imposto sobre as pensões de reforma situadas acima de certo montante, ao mesmo tempo que não encontrava obstáculos de natureza constitucional para um aumento geral do imposto sobre o rendimento das pessoas singulares.⁸

Diferente entendimento teria o Tribunal Constitucional no acórdão que proferiu sobre a apreciação das normas do Orçamento de Estado para 2013, que suspendiam

⁶ Acórdão 396/11, 21 de Setembro de 2011.

⁷ Acórdão 353/12, 5 de Julho de 2012.

⁸ Acórdão 187/13, 5 de Abril de 2013.

o direito ao subsídio de férias de funcionários públicos e reformados, considerando essas disposições contrárias à Constituição da República (*Acórdão 187/13*).⁹ Do mesmo modo, o Tribunal declararia em final de 2013, por unanimidade, que as normas relativas à redução e recálculo do montante das pensões de reforma dos atuais beneficiários contrariavam de forma desproporcionada o princípio constitucional da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, sustentáculo da Constituição da República (*Acórdão 862/13*).¹⁰

Semelhante linha de argumentação seria seguida na decisão em que o Tribunal Constitucional se pronunciou sobre ulteriores cortes nas remunerações de trabalhadores do sector público, determinados pelo Orçamento de Estado para 2014, o qual alargava o coeficiente de redução para doze por cento do vencimento base, e dilatava o universo de dependentes públicos atingidos, em virtude da diminuição do montante de aplicação do referido corte salarial (*Acórdão 413/2014*).¹¹

No tocante à reforma da legislação laboral, uma das traves mestras da estratégia da Troika no âmbito das chamadas reformas estruturais, o Tribunal afirmaria a inconstitucionalidade das alterações ao Código do Trabalho relativas ao despedimento por extinção do posto de trabalho e ao despedimento por inadaptação, por serem contrárias à proibição constitucional do despedimento sem justa causa. Do mesmo modo, o Tribunal declarou que as alterações à lei geral do trabalho visando afastar as regras da contratação sobre descanso compensatório em caso de trabalho suplementar, bem como as que reduziam a majoração de férias, contrariavam o direito dos sindicatos à contratação coletiva. Todavia, o Tribunal considerou que um importante conjunto de alterações à lei do trabalho, introduzindo maior flexibilidade na regulação das relações laborais – tais como redução do pagamento das horas suplementares, banco de horas, diminuição do período de férias, eliminação de feriados ou redução das compensações por

⁹ Acórdão 187/13, 5 de Abril de 2013.

¹⁰ Acórdão 862/13, 19 de Dezembro de 2013.

¹¹ Acórdão 413/14, 30 de Maio de 2014.

despedimento fixadas pela contratação coletiva – não contrariavam quaisquer preceitos da lei fundamental (*Acórdão 602/13*).¹²

A defesa intrépida da Constituição da República durante o período de assistência financeira seria objeto de aceso debate político e jurídico sobre se o Tribunal Constitucional estaria a seguir uma postura de ativismo judicial (Brito, 2014: 73). Em todo o caso, convirá recordar que a fiscalização judicial das medidas adotadas no âmbito da assistência financeira não poderia desatender ao peso dos direitos sociais na lei fundamental, bem como a função de defesa da situação dos mais vulneráveis que incumbe aos órgãos jurisdicionais na tutela dos direitos humanos. Sendo certo, ainda, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao programa de assistência promovido pela Troika contrastava com o sossego angustiante do TJUE sobre o mesmo tema.

De referir que o Parlamento Europeu, após prolongado silêncio, exibiria idênticas preocupações no relatório sobre os programas de assistência financeira: *“Lamenta que os programas não estejam subordinados à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, à Convenção Europeia dos Direitos Humanos e à Carta Social Europeia devido ao facto de não se basearem no direito primário da União; Salaria que as instituições europeias têm de respeitar o direito da União, nomeadamente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em todas as circunstâncias; Salaria que a consecução do objetivo de estabilidade económica e financeira nos Estados-Membros e na União no seu conjunto não pode pôr em causa a estabilidade social, o modelo social europeu e os direitos sociais dos cidadãos da UE”* (PE 2014: nº80-82). Estas considerações fortaleciam a oportunidade da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a terapia de choque aplicada nos chamados anos de chumbo da Troika (Ferreira, 2013: 16).

5. O legado da Troika

A participação da Comissão na Troika de instituições que supervisionaram o ajustamento financeiro dos países em dificuldade resultaria da sua competência

¹² Acórdão 602/13, 20 de Setembro 2013.

técnica sobre as questões relacionadas com a União Económica e Monetária. Os seus representantes recordaram que a Comissão se encontrava numa posição privilegiada para lidar com os principais problemas económicos e orçamentais que afetavam os países da zona euro que solicitaram ajuda financeira. Assim, o papel da Comissão Europeia na gestão da crise do euro adviria da sua natureza tecnocrática. De facto, o departamento de assuntos económicos e financeiros da Comissão analisava a economia dos Estados-Membros desde há muito, em particular, dos países da zona euro. Por conseguinte, a Comissão estaria numa posição privilegiada para melhor compreender os problemas que afetaram os países situados na periferia da zona euro a partir de 2010, sobretudo quando comparada com outras entidades, como o Fundo Monetário Internacional.

Tal como se viu, os agentes da Troika dispunham de forte poder negocial durante o período de assistência financeira, devido ao facto de decidirem sobre o pagamento, ou suspensão, das prestações que integravam o montante global de empréstimo ao país assistido. O exercício deste poder durante as avaliações trimestrais condicionaria a implementação de vasto leque de medidas, que relevavam da jurisdição dos governos nacionais, nas áreas abrangidas pelo Memorando de Entendimento.

Como foi acima referido, é pertinente questionar em que medida as instituições da União Europeia deveriam ser responsáveis pelos resultados alcançados durante o período de assistência financeira.

Sabendo que as instituições da União gostam de alardear os seus créditos no tocante às maiores realizações da integração europeia, em consonância deveriam assumir responsabilidades sobre as suas intervenções mais desacertadas. A este propósito, será interessante recordar a jurisprudência do Tribunal de Justiça que referia a Comunidade Económica Europeia como uma Comunidade de direito, ou seja, uma entidade que devia ser governada na observância rigorosa da lei.

O facto de os programas de assistência financeira terem sido adotados fora do âmbito de aplicação dos Tratados da UE, tal como se referiu, torna a responsabilidade jurídica das instituições da UE numa matéria complexa. Com efeito, a Comissão Europeia não atuou no cumprimento das funções atribuídas nos

Tratados. Agiu com um estatuto diferente, operando por conta dos Estados-Membros que assumiram a função de credores do resgate financeiro dos países devedores.

No entanto, seria um trabalho espinhoso demonstrar a responsabilidade jurídica da Comissão no quadro da missão da Troika, porque seria difícil fazer prova da autoria moral das medidas mais questionáveis tomadas durante a implementação do programa de assistência financeira e, sobretudo, demonstrar o nexo de causalidade entre essas mesmas medidas e os insucessos verificados nos países resgatados.

Contudo, tal não significa que a atuação da Comissão no âmbito da Troika deva ser isenta de qualquer tipo de controlo judicial. No seio de uma Comunidade/União de Direito, nenhuma instituição poderá beneficiar de imunidade absoluta. O próprio Parlamento Europeu veio afirmar que *“requer a plena responsabilização da Comissão de acordo e para além do Regulamento (UE) n.º 472/2013, quando agir na sua qualidade de membro do mecanismo de assistência da UE”* (PE 2014: nº85).

No entanto, a responsabilidade da Comissão deverá ser colocada, sobretudo, em termos políticos. Importará recordar que, no seio da zona euro, parece haver vasto consenso sobre a existência de um limite máximo para a sustentabilidade da dívida. Esse consenso é baseado num conhecido ensaio académico de Reinhart e Rogoff, que identifica a sustentabilidade da dívida pública num patamar situado em noventa por cento do produto interno bruto (Reinhart, Rogoff, 2010: 578).

Não obstante o debate académico sobre o bem fundado desse limite máximo, certo é que esse limiar percentual constitui o ponto de referência para a doutrina económica dominante da zona euro. De acordo com o então Comissário para os Assuntos Económicos e Monetários, Olli Rehn, os países que ultrapassassem o limite de dívida pública de noventa por cento do produto interno bruto corriam o risco de enfrentar uma situação de dívida insustentável, devido ao impacto negativo no crescimento económico, o que afetaria a sua credibilidade diante dos mercados financeiros internacionais.

No caso de Portugal, o cerne do programa de assistência incidia sobre as contas do Estado, centrado na redução do défice e da dívida pública (Pisani-Ferry et al, 2013: 91). Todavia, e malgrado o zelo demonstrado pelas autoridades nacionais na

execução das recomendações da Troika, o país conheceu um enorme aumento da sua dívida pública – em mais de trinta pontos percentuais – num período de apenas três anos. Com efeito, antes da chegada da Troika, a dívida pública do país era ainda comparável com a dívida alemã. No final do programa de assistência financeira em 2014, a dívida portuguesa tinha atingido um nível próximo da dívida italiana, com cerca de 130 por cento do produto interno bruto.¹³

Sabendo que a Comissão influenciou de forma determinante a condução da política económica durante o período de assistência financeira, e verificado que no final do programa de assistência o país se deparou com um nível de dívida pública que ultrapassava de forma considerável o chamado limiar de sustentabilidade, será razoável questionar se a Comissão deveria assumir algum tipo de responsabilidade pelos resultados obtidos nesta matéria. Como sucede em qualquer acordo ou parceria, os resultados são partilhados por todos intervenientes, devendo os prejuízos ser repartidos entre as partes.

No final do programa de assistência, a Comissão deveria ser reconhecida pelos êxitos alcançados, em particular, os resultados positivos da balança comercial e a redução significativa do défice público. Do mesmo modo, deveria aceitar a sua fatia de responsabilidade pelos danos colaterais causados pelo ajustamento financeiro, desde logo pela escalada da dívida pública.

No caso da assistência financeira a países da zona euro, os credores confiaram à Comissão, juntamente com outras instituições da Troika, a tarefa de realizar programas de ajustamento financeiro. Se no final desses programas, malgrado a adequada implementação a nível nacional, alguns resultados obtidos se revelarem desajustados, seria de esperar que as instituições envolvidas reconhecessem o seu quinhão de responsabilidade.

O crescimento da dívida pública em resultado dos programas de assistência financeira deve ser tratado como uma questão central da política europeia. Sendo que os credores, bem como as instituições que os representaram, deveriam assumir as suas responsabilidades nesse domínio. Os países resgatados que implementaram

¹³<http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=teina225&plugin=1>,

de forma diligente a terapia gizada pela Troika – com resultados globalmente positivos – deveriam ver comutada parte do montante acrescido da sua dívida pública, durante o período de assistência, no âmbito de uma iniciativa da união monetária sobre esta matéria.

Neste mesmo sentido, a Resolução do Parlamento Europeu sobre o papel e as operações da Troika afirma de forma explícita que: *"é de explorar a ideia de desenvolver um mecanismo com etapas processuais claras para os países em perigo de insolvência, segundo as regras da legislação «six-pack» e «two-pack»; exorta o FMI e pede à Comissão e ao Conselho, neste contexto, que cheguem com o FMI a uma posição comum para relançar o debate sobre um mecanismo internacional de reestruturação da dívida soberana, com vista à adoção de uma abordagem multilateral justa e sustentável neste domínio"* (PE 2014: nº 114).

6. Conclusão

O longo articulado da Constituição da República não impediu Portugal de satisfazer os compromissos assumidos em virtude da adesão europeia, em particular, o cumprimento rigoroso do imenso acervo comunitário, que se estende por dezenas de milhar de páginas. Na verdade, os receios que a carga ideológica do texto constitucional saído da Revolução de Abril de 1974 pudesse causar entraves à plena integração de Portugal na Europa resultariam infundados.

Com efeito, ao longo das três décadas de integração europeia a Constituição da República apenas sobressairia na sequência do programa de assistência que o país celebrou em 2011 com os credores internacionais, na sequência do resgate financeiro.

Todavia, a assistência financeira seria efetuada à margem da jurisdição da União Europeia – ainda que tivesse sido originada por um instituto maior da integração europeia, o euro – sendo que os vínculos jurídicos decorrentes do programa de assistência não relevavam do direito europeu. Logo, na aplicação do Memorando de Entendimento não se poderia sequer suscitar a questão do primado das normas europeias sobre eventuais disposições nacionais contrastantes.

Em todo o caso, o envolvimento das instituições europeias na negociação e implementação do programa de assistência, imbuídas de fortes poderes, criaria um manto cinzento sobre a natureza dos compromissos assumidos com os credores internacionais.

A falta de escrutínio político sobre as instituições europeias envolvidas na Troika, bem como a ausência de um controlo de legalidade por parte do TJUE, deixava para os órgãos nacionais a fiscalização das decisões que implementavam os compromissos do programa de assistência.

O Tribunal Constitucional emergiria como único contrapeso ao exercício de poder que os instrumentos de resgate financeiro impuseram a Portugal, depurando com moderação os atos legislativos adotados em aplicação do programa de assistência, dos elementos desconformes aos princípios em que repousa o Estado de direito democrático – baluarte da Constituição de 1976 –, bem como dos aspetos lesivos de direitos fundamentais consagrados pela lei fundamental.

Referências bibliográficas:

Ash, T. G. (2012), “The Crisis of Europe”, *Foreign Affairs*, Vol.91, nº5

Brito, M. (2014), “Putting Social Rights in Brackets? The Portuguese experience with Welfare Changes in Times of Crisis”, em Kilpatrick, C., De Witte, B. (eds.) *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights’ Challenges*, EUI Working Papers, Law 05/2014.

Ferreira, E.P. (2013), *Crónicas de Anos de Chumbo*, Lisboa: Edições 70.

Miranda, J. (2010), *Manual de Direito Constitucional*, Vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora

Parlamento Europeu (2014), *Resolução sobre a investigação sobre o papel e as operações da Troika (BCE, Comissão e FMI) relativamente aos países sob programa da área do euro*, 13 de março de 2014 (2013/2277(INI)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0239+0+DOC+XML+V0//PT>

Pisani-Ferry, J. et al. (2013), “EU-IMF assistance to euro-area countries: an early assessment”, *Bruegel Blueprint Series*, nº 19

Reinhart, C., Rogoff, K. (2010), "Growth in a Time of Debt", *American Economic Review*, nº 100

Tribunal de Contas Europeu, *Assistência Financeira Prestada a Países em Dificuldade*, Relatório Especial, nº18, 2016. Disponível em: http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR15_18/SR_CRISIS_SUPPORT_PT.pdf

Zapatero, J.L.R. (2013), *El Dilema. 600 días de vértigo*, Barcelona: Editorial Planeta

Em Tempos de Crise e de Austeridade, O Que Valem os Direitos Sociais?

Maria Eduarda Gonçalves,

DINÂMIA-CET-IUL, ISCTE-IUL

1. Introdução

Os anos recentes de crise financeira e económica puseram em evidência, em Portugal como noutros países europeus, como a força normativa da Constituição pôde ser estrangida seja no plano dos direitos fundamentais, seja no do próprio exercício da autoridade soberana, por opções de governação emanadas de instâncias internacionais guiadas por orientações e critérios predominantemente económico-financeiros. Se a erosão da autonomia do Estado para definir a sua política económica, financeira ou orçamental aparece fundada ora pelas transferências de soberania inerentes ao processo de integração europeia, ora pelas contrapartidas de acordos como os que decorreram do “memorando da troika”¹⁴, livremente consentidas, alegadamente, pelo poder político, já os limites impostos aos direitos deverão ser confrontados com o quadro constitucional interno. A jurisdição constitucional adquire, nesta matéria, especial relevância.¹⁵

O tema dos direitos sociais fundamentais e o papel do Tribunal Constitucional (TC) na proteção destes direitos granjearam efetivamente uma notoriedade pública incomum nos tempos de crise vividos, ultimamente, em Portugal. Nas circunstâncias, não obstante as flutuações da sua jurisprudência, o TC travou ou limitou os efeitos de algumas das medidas restritivas propostas pelos governos no quadro das chamadas “políticas de austeridade” por as ter considerado inconstitucionais.

No presente capítulo, à luz de recente jurisprudência constitucional em Portugal, centraremos a nossa atenção no significado dos direitos fundamentais, particularmente dos direitos sociais, quando as ditas “políticas de austeridade” (realmente, um eufemismo...) são invocadas para justificar medidas de contenção

¹⁴ Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica, 17 de maio de 2011, http://www.portugal.gov.pt/media/371372/mou_pt_20110517.pdf

¹⁵ O século XXI foi já designado como o século dos tribunais, enquanto o século XIX o foi como século do legislador e o século XX como século do executivo.

financeira ou orçamental que interferem diretamente com direitos constitucionalmente consagrados.

2. Jurisprudência constitucional em tempos de crise

Importa notar, desde logo, que a fiscalização do TC português no contexto da crise recaiu antes de mais sobre os efeitos de cortes salariais e de pensões, isto é, sobre direitos dos trabalhadores, especificamente, o direito à retribuição do trabalho¹⁶ e dos reformados e pensionistas, especificamente, o direito à segurança social¹⁷, consagrados como direitos fundamentais pela Constituição da República Portuguesa (CRP)¹⁸. Não incidiu, por exemplo, nas consequências do desemprego sobre o direito ao trabalho (i.e. a obter um emprego) ou sobre os impactos das restrições dos investimentos públicos no direito à saúde ou no direito à educação, igualmente afectados pelas políticas de contenção orçamental. Daí a dúvida que legitimamente pode ser suscitada a respeito da verdadeira força destes direitos.

Existe, de facto, uma diferenciação consolidada no direito constitucional português, na linha do direito internacional¹⁹, entre duas categorias de direitos: os “direitos, liberdades e garantias”²⁰ e os “direitos económicos, sociais e culturais”²¹. Os direitos dos trabalhadores são incluídos em parte na primeira categoria²² e mesmo nos casos em que são abrangidos pela segunda categoria²³ são por norma assegurados, na prática, nos termos de contratos de trabalho. Situação análoga é a que respeita aos direitos à pensão de reforma ou de aposentação: fazendo parte do direito à segurança

¹⁶ A Constituição da República Portuguesa garante “o direito à retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade, observando-se o princípio de que para trabalho igual salário igual, de forma a garantir uma existência condigna” (artigo 59.º, n.º 1, a) CRP).

¹⁷ A CRP consagra o direito à segurança social. O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho (artigo 63.º CRP).

¹⁸ Ainda que a Constituição não autonomize expressamente um “direito à pensão”, o direito à pensão de reforma e de aposentação constitui um dos corolários do direito à segurança social “como um todo”.

¹⁹ Vide em especial os dois pactos internacionais sobre direitos humanos adoptados pelas Nações Unidas em 1966.

²⁰ Capítulo III – Direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores, do Título II da Parte I da CRP.

²¹ Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais, da Parte I da CRP.

²² Nomeadamente, segurança no emprego, direitos das comissões dos trabalhadores, liberdade sindical, direito à greve.

²³ Nomeadamente, o direito à retribuição do trabalho, direito à organização do trabalho em condições socialmente dignificantes, à prestação do trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, etc.

social, qualificado como um direito social, encontram-se dependentes do cumprimento pelo Estado das suas obrigações de “organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social”²⁴. Mas “a partir do momento em que o legislador ordinário fixa, com elevado grau de precisão e de certeza, o conteúdo do direito exigível do Estado, o direito à pensão adquire na ordem jurídica um ‘grau pleno de definitividade e densidade’”²⁵.

Os direitos, liberdades e garantias são objecto de um regime de protecção reforçada: nos termos do artigo 18.º da CRP, “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias *são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*” e “a lei só pode restringir estes direitos nos casos expressamente previstos na Constituição ...”, não devendo as leis restritivas “ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” Já os direitos económicos, sociais e culturais — como o direito ao trabalho (a obter um emprego), à saúde, à educação, à habitação ou ao ambiente — são em geral considerados de aplicação diferida, dependentes, nos termos da própria Constituição, de prestações do Estado e, portanto, de decisões de política pública. Entende-se, assim, que a sua realização progressiva é “naturalmente” função das disponibilidades orçamentais do Estado para nelas investir e, tão ou mais importante do que isso, das opções políticas dos governantes. A teoria dos direitos fundamentais tem, de facto, invocado a natureza programática dos direitos económicos, sociais e culturais a fim de justificar inclusive o abrandamento da sua concretização em tempos de crise e de dificuldades financeiras. Considera-se ainda que a sua não concretização não atribui aos cidadãos o poder de obrigar o Estado (ou terceiros) a agir. Daí talvez a razão pela qual não tenhamos observado o TC a condenar por inconstitucionais os cortes no sistema nacional de saúde ou nas universidades, matérias que se mantêm confinadas à esfera da política, escapando, assim, à justiça.

De notar, porém, a ambiguidade que envolve direitos como o direito à pensão e o próprio direito à retribuição salarial contemplados na CRP como “direitos económicos,

²⁴ Vide nota 5.

²⁵ V., citando J. R. Novais, o Acórdão n.º 862/2013, Processo n.º 1260/13, p. 18, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

sociais e culturais”, como se indicou já. Ainda que não seja questionado em abstracto o seu estatuto de direitos fundamentais, tem sido controversa a garantia dos respectivos montantes monetários²⁶. Como se observará seguidamente, a jurisprudência do TC a respeito das medidas governamentais de redução dos salários e das pensões revelou hesitações e, quando se pronunciou pela sua inconstitucionalidade, fê-lo em larga medida com fundamento nos princípios gerais do Estado de Direito como os princípios da igualdade, da proteção da confiança ou da proporcionalidade e não nos referidos direitos fundamentais, especificamente²⁷.

Vejamos, em concreto, alguns exemplos recentes da intervenção do TC português no controlo da constitucionalidade das leis.

Recorde-se que compete, antes de mais, ao Presidente da República, quer a título preventivo, quer sucessivo, requerer ao TC a verificação e declaração “com força obrigatória geral” da inconstitucionalidade de leis, decretos-lei e convenções internacionais (artigos 134.º e 281.º CRP). Podem também requerer *a posteriori* essa verificação e declaração o Primeiro Ministro, o Provedor de Justiça, o Procurador-Geral da República, um décimo dos deputados à Assembleia da República, os representantes da República nas Assembleias legislativas das regiões autónomas e, em certos casos, os órgãos destas regiões (artigo 281.º CRP).

Em 2014, dois grupos de deputados à Assembleia da República, do Partido Socialista, por um lado, do Partido Comunista Português, Bloco de Esquerda e Partido Ecologista Os Verdes, por outro, e o Provedor de Justiça pediram a apreciação e declaração da inconstitucionalidade de normas da Lei n.º 83-C/2013, de 31 de dezembro, que aprovara o Orçamento do Estado para 2014. Uma dessas normas mantinha para 2014 a redução inaugurada em 2011 das remunerações dos funcionários públicos, não só

²⁶ J. Novais, “O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira”, *epública, Revista Eletrónica de Direito Público*, <http://e-publica.pt/pdf/artigos/odireitofundamentalpensao.pdf>.

²⁷ Observa J. R. Novais, referindo-se ao acórdão n.º 353/2012 do TC, que “se, ao invés, se tivesse perspectivado a questão controvertida como problema de lesão de direitos fundamentais, perspectiva que, como se viu, o TC rejeitou, não apenas a fundamentação, como o resultado, deveriam ser substancialmente diversos. Nessa altura, tanto a justificação apresentada quanto a observância dos princípios constitucionais estruturantes deveriam ser sujeitas a um controlo judicial intensivo, com o ónus a recair, desde logo, sobre a justificação apresentada pelo Governo para uma restrição sensível a um direito subjectivo fundamental da máxima consistência e, em seguida, com um escrutínio denso sobre a observância dos princípios da igualdade, da proibição do excesso e da protecção da confiança.” (Novais, cit. supra, p. 19).

ampliando o universo de sujeitos abrangidos pela medida - alargando a base de incidência a partir dos € 675 mensais, quando anteriormente essa base se situava nos € 1500 -, mas também elevando os coeficientes médio e máximo de redução, atingindo os 12% a partir dos € 2000.

Na sua decisão sobre esta matéria (Acórdão n.º 413/2014²⁸), o TC deu razão aos requerentes julgando que aquela lei violava direitos constitucionais, nomeadamente, o direito à retribuição (artigo 59.º, n.º 1, a) CRP), a par dos princípios da igualdade (artigo 13.º, n.º 1 CRP), da proporcionalidade e da proteção da confiança, elementos centrais do Estado de Direito (artigo 2.º CRP).

A verdade é que, anteriormente, o TC não se pronunciara pela inconstitucionalidade das normas das leis orçamentais para 2011 e 2013 que determinaram reduções remuneratórias entre 3,5% e 10% para os trabalhadores do sector público que auferissem remunerações base superiores a € 1.500.00 (Acórdão n.ºs 396/11²⁹), jurisprudência reafirmada, ainda que implicitamente, em relação a norma de idêntico teor da lei do orçamento para 2012 (Acórdão n.º 353/12³⁰). O TC entendeu então aceitar essas medidas, apesar de reconhecer que implicavam um tratamento desigual entre trabalhadores do sector público e do sector privado, argumentando que as excepcionais circunstâncias económico-financeiras do país o justificavam e assim mais rápida e eficazmente se diminuiria o défice público. A redução, considerou o TC, continha-se dentro dos “limites do sacrifício que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardavam.”

Esses limites teriam sido ultrapassados pelas normas da lei do orçamento de Estado de 2014, na medida em que se tinha em vista alargar o universo dos trabalhadores do sector público afetados pela medida de redução salarial, atingindo retribuições superiores a € 675, intensificando além disso o sacrifício em virtude da fixação em 2,5% e 12%, respetivamente, dos limites mínimo e máximo do coeficiente de redução

²⁸ Tribunal Constitucional Portugal, Acórdão n.º 413/2014, Processo n.º 14/2014; 47/2014 e 137/2014, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>

²⁹ Tribunal Constitucional Portugal, Acórdão n.º 396/2011, Processo n.º 72/11, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>;

³⁰ Tribunal Constitucional Portugal, Acórdão n.º 353/12, Processo n.º 40/12, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html?impressao=1>.

aplicável a partir daquele valor. Assim se imporia aos funcionários públicos com salários superiores a € 1.500 um agravamento, pelo quarto ano consecutivo, da remuneração base mensal. O TC considerou que, nas circunstâncias, a violação do *princípio da proteção da confiança* devia ser apreciada segundo um crivo mais apertado do que em anteriores apreciações. De facto, as reduções remuneratórias sobre os trabalhadores em funções públicas, exclusivamente, sempre haviam sido perspetivadas como transitórias. Na medida em que fora essa, inicialmente, a justificação da sua não invalidação pelo Tribunal Constitucional, o Estado teria criado nos cidadãos a convicção de que a normalidade remuneratória seria reposta no fim do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro – PAEF, o que não acontecia nos termos da lei do orçamento de Estado para 2014.

O Tribunal invocou ainda outros argumentos para fundamentar a sua declaração de inconstitucionalidade: primeiro, a medida discriminante já não podia ser justificada pela sua “eficácia” em confronto com reformas que pudessem requerer mais tempo pois o próprio legislador, ao aliviar o esforço fiscal doutros contribuintes, mostrara que havia alternativas igualmente eficientes para promover a redução do défice; segundo, o sacrifício imposto não seria justificado pela obtenção de ganhos de consolidação orçamental, manifestamente escassos.

A jurisprudência do TC português no contexto da crise pôs, assim, em evidência a importância, mas também as limitações do papel deste Tribunal no *enforcement* dos direitos humanos. Pode realmente questionar-se o verdadeiro sentido de direitos, como os direitos sociais, se desprovidos de efetiva proteção judicial, questão que ganha maior acuidade justamente em tempos de crise – quando as condições práticas da sua realização sofrem constrangimentos acrescidos.

As mencionadas decisões do TC comprovaram um outro dado, amplamente conhecido: o do carácter relativo dos direitos fundamentais, susceptíveis de ceder perante outras considerações de interesse geral. De acordo com princípios de interpretação normativa consensuais, as restrições de direitos ou princípios fundamentais requerem a demonstração da sua *necessidade*, ou seja, da inexistência de alternativas menos gravosas susceptíveis de permitir alcançar os mesmos objectivos de interesse geral, e da sua *proporcionalidade* relativamente a esses

objetivos (como decorre do artigo 18.º CRP). Adquire, assim, relevância crítica o papel de quem interpreta e aplica tais princípios, ponderando interesses e valores em conflito, ou seja, o legislador ordinário e, em última instância, o julgador. Ao evidenciar a penetração do TC na apreciação de matérias e na ponderação de valores que extravasam o campo propriamente jurídico (como quando se sugere a necessidade de serem estudadas alternativas às medidas restritivas de direitos igualmente eficientes para promover a redução do défice), a mencionada jurisprudência mostrou também a necessidade de o TC se abrir ao diálogo com outros campos do saber como a economia e eventualmente até outras ciências sociais, o que, cremos, está longe de ser considerado.

O papel do TC aparece, no entanto, condicionado pela incerteza que envolve a determinação da natureza dos direitos sociais. Como se observou já, enquanto uma parte considerável das normas relativas a estes direitos (à saúde, à educação, à segurança social ...) possuem natureza programática, outras, pelo contrário, impõem ao Estado a realização de tarefas concretas visando a realização desses direitos. Essa diferente natureza deverá refletir-se na liberdade de conformação pelo legislador. Uma parte da doutrina considera que dos preceitos constitucionais relativos, por exemplo, ao direito à segurança social, incluindo os relativos às pensões, decorreria que “o programa constitucional em matéria de segurança social não pode deixar de assumir caráter aberto”.³¹ No entanto, no seu Acórdão n.º 862/2013³², em que apreciou a constitucionalidade de um projeto de legislação proposto pelo Governo no quadro do processo de reforma visando a convergência da Caixa Geral de Aposentações com o regime geral da Segurança Social – e implicando a redução em 10% do valor das pensões de aposentação, reforma, invalidez e sobrevivência de valor ilícido mensal superior a €600 - o TC entendeu garantir os direitos dos pensionistas como “direitos constituídos”, assentes num vínculo jurídico que obriga ao seu pagamento. O TC

³¹ Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, p. 641; M. Lúcia Amaral, *Direito Constitucional II, Sumários Desenvolvidos*, www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mla_ma_3338.doc

³² Tribunal Constitucional Portugal, Acórdão n.º 862/2013, Processo n.º 1260/13, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130862.html>

considerou do mesmo passo ter o Estado criado legítimas expectativas da continuidade do direito ao pagamento de pensões calculado na base de critérios determinados.

Na realidade, não obstante as incertezas e as flutuações da sua jurisprudência, o TC tem cumprido uma função vigilante focada nos direitos de trabalhadores, bem como de reformados e pensionistas. Como se indicou, ainda que qualificados como direitos económicos, sociais e culturais, tem sido reconhecido, em determinadas circunstâncias, que estes direitos beneficiam de força vinculativa, ainda que derivada, imediatamente, da base contratual em que assenta a sua materialização.

Fora destes casos, tende, porém, a ser bem mais ampla a margem de decisão concedida ao legislador ordinário na conformação dos direitos económicos, sociais e culturais. Mas terá de ser necessariamente assim?

3. Os direitos sociais: limites e oportunidades do controlo da constitucionalidade

Discute-se, em teoria, a natureza programática das normas relativas aos direitos sociais: tratar-se-á de verdadeiras normas jurídicas vinculativas ou de normas “condicionadas”, normas “de otimização”, “sob reserva do possível”? Discute-se igualmente a indivisibilidade e a interdependência dos distintos direitos humanos, civis e políticos, por um lado, económicos, sociais e culturais, por outro lado. Não conferindo neste caso as normas constitucionais o direito imediato a uma prestação efetiva por parte do Estado, perguntar-se-á, não obstante, até onde deverá reconhecer-se a margem de autonomia do legislador (e, a par disso, do executivo) para a sua concretização? Uma questão conexa será a de saber em que medida deverão ou poderão estes direitos ser protegidos, em especial, em sede de controlo de constitucionalidade. Colocam-se a este respeito questões de ordem teórica e de ordem prática.

Observe-se que, nos termos da CRP, compete ao Estado a obrigação não só de respeitar os direitos fundamentais, todos eles, obviamente, mas de *promover* a sua realização, função esta que se reveste de especial importância no que respeita aos direitos sociais. A responsabilidade de agir e as obrigações concretas em que essa

responsabilidade se deve materializar encontram-se explicitadas na própria letra da Constituição.³³ A questão é, em última análise, e como se apontou, a da justiciabilidade destes direitos, i.e. se o cumprimento dessas obrigações do Estado poderá ser objecto de controlo judicial.³⁴ Apesar de tida por uma linha de pensamento hoje “fora de moda”³⁵, a recusa da justiciabilidade dos direitos sociais mantem-se controversa.

Importa notar que o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas (2009) confere competência ao Comité de Direitos Económicos, Sociais e Culturais para receber alegações de violações de direitos consagrados naquele Pacto e com base nelas desenvolver inquéritos no quadro de processos que poderão ser entendidos como “quase judiciais”, conducentes eventualmente à emissão de recomendações aos Estados parte³⁶. Um passo adiante foi dado pelo Alto Comissário das Nações Unidas, que à pergunta “*Can economic, social and cultural rights be litigated at courts?*” respondeu com um categórico “yes”, considerando fundamental a aplicação judicial dos direitos humanos sem a qual se poderá mesmo questionar se estaremos de facto perante um verdadeiro direito³⁷. O Alto Comissário evoca decisões judiciais em países de diversas regiões do globo que têm demonstrado que estes direitos são passíveis de ser questionados perante a justiça³⁸. Recorda, no entanto, o Alto Comissário que a justiciabilidade destes direitos tem sido posta em causa com base em vários argumentos, a saber: a sua formulação vaga, dificultando a fundamentação das suas

³³ V. artigo 9.º (Tarefas fundamentais do Estado), alínea d): “Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais.” V., a título de exemplo, artigo 64.º (Direito à saúde), n.ºs 2 e 3; e artigo 65.º (Habitação e urbanismo), n.ºs 2 e 3.

³⁴ J. M. Pureza, D. Nascimento (2009), “A importância da mobilização dos direitos humanos no acesso ao direito e à justiça”, Comunicação ao Colóquio Internacional “O Acesso ao Direito e à Justiça da Família em Transformação”, Coimbra, p. 4 ss.

³⁵ M. Scheinin (2006), “The role of the judiciary. The European Social Charter, the next ten years”. Seminar to mark the tenth anniversary of the Revised Charter, Strasbourg, 3 May, <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680490871>

³⁶ J. M. Pureza, D. Nascimento, cit., p. 6.

³⁷ <http://www.ohchr.org/EN/Issues/ESCR/Pages/CanESCRbelitigatedatcourts.aspx>

³⁸ V., a este respeito, International Commission of Jurists (2008), *Courts and the Legal Enforcement of Economic, Social and Cultural Rights – Comparative Experiences of Justiciability*, Report of International Commission of Jurists.

violações pelos juízes; e o facto de a realização dos direitos sociais depender fortemente de políticas públicas. Contrariando estes argumentos, o Alto Comissário reconhece que a apreciação das políticas públicas pelos tribunais no sentido de assegurar que sejam consistentes com princípios e obrigações constitucionais respeitantes a direitos humanos representa “claramente” uma função do sistema judicial³⁹.

Valerá a pena destacar, neste quadro, a prática constitucional e judicial de países como, por exemplo, a África do Sul (ao abrigo da Constituição de 1976⁴⁰) e a Finlândia (ao abrigo da Constituição de 1999⁴¹), que reconhecem aos tribunais a autoridade para verificarem a *razoabilidade* das medidas de política e ação públicas tendo em conta uma combinação de critérios de avaliação das disponibilidades existentes nos planos humano, tecnológico, da aceitabilidade ética e cultural.

A África do Sul constitui um dos exemplos de referência neste contexto, tido por sem paralelo na jurisprudência constitucional no plano internacional ⁴². Neste país, os tribunais têm intervindo no sentido de apreciar se o Estado vem cumprindo as suas obrigações de realização progressiva dos direitos sociais, avaliando a razoabilidade (“*reasonableness*”) das medidas adoptadas pelos governos. Num caso referente a acesso a cuidados de saúde (*Thiagraj Soobramoney v Minister of Health, KwaZulu-Natal*, 1997⁴³), o Tribunal Constitucional, reconhecendo embora as limitações de ordem económica enfrentadas pelo Estado para realizar plenamente os direitos dos cidadãos neste domínio, considerou que essas limitações teriam de ser devidamente demonstradas. Noutro caso (*Government of Republic of South Africa v Irene Grootboom*

³⁹ Idem, nota 25.

⁴⁰ The Constitution of the Republic of South Africa, 1996, as adopted on 8 May 1996 and amended on 11 October 1996 by the Constitutional Assembly, <http://www.justice.gov.za/legislation/constitution/saconstitution-web-eng.pdf>

⁴¹ The Constitution of Finland 11 June 1999 (731/1999, amendments up to 1112/2011 included) <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990731.pdf>

⁴² E. C. Christiansen (2007), “Adjudicating non-justiciable rights: Socio-economic rights and the South African Constitutional Court”, 38 *Columbia Human Rights Law Review* 321, <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1141&context=pubs>; E. C. Christiansen (2007), “Exporting South Africa’s social rights jurisprudence”, *Loyola University Chicago International Law Review* Issue 1 Fall/Winter, p. 29 ss, <http://lawecommons.luc.edu/lucilr/vol5/iss1/4>

⁴³ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 32/97, Judgement, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/1997/17.html>

and Others, 2001⁴⁴), insuficiências na atenção concedida, no quadro da política de habitação, às necessidades de grupos mais vulneráveis justificaram a condenação do Estado sul-africano por não ter passado o “teste da razoabilidade”⁴⁵. Também aqui o Tribunal entendeu que a questão central em termos constitucionais é saber se as medidas de política pública tomadas para realizar o direito à habitação são razoáveis tendo em conta os recursos disponíveis. O Tribunal afirmou claramente que “os direitos sociais são direitos e a Constituição obriga o Estado a dar-lhes efeito. Esta é uma obrigação que os tribunais podem e, em determinadas circunstâncias, devem aplicar.” São certamente exemplos de vanguarda, que vale a pena considerar.

Também na Finlândia, questões como a assistência social, os serviços a pessoas deficientes, o acesso a certas formas de tratamento médico ou reabilitação dispendiosos, o direito ao trabalho ou o direito a apoio municipal quotidiano para crianças são áreas em que os tribunais têm mostrado a sua criatividade na articulação de fontes legais, incluindo a Constituição, reconhecendo a justiciabilidade de direitos económicos e sociais.⁴⁶

Contextos de crise económica e de dificuldades financeiras do Estado são certamente de molde a limitar mais fortemente do que em circunstâncias “normais” a efetividade dos direitos sociais. A observação que aqui pretendemos principalmente deixar é precisamente a da aparente ausência de iniciativas junto do TC português assentes na invocação dos direitos económicos, sociais ou culturais (à educação, à saúde, à habitação ...) por eventual desrespeito das obrigações constitucionais do Estado. Objectivamente, parece ter prevalecido neste contexto o reconhecimento da liberdade de conformação dos direitos sociais pelo legislador, em moldes não qualificados inclusive pelo limite, defendido por alguns autores, da salvaguarda do “núcleo essencial já realizado” daqueles direitos.⁴⁷ O debate sobre a ação pública nos domínios

⁴⁴ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, Judgement, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>

⁴⁵ “... the question is whether a housing programme that leaves out of account the immediate amelioration of the circumstances of those in crisis can meet the test of reasonableness established by the section.” Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, Judgement, <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>, p. 52.

⁴⁶ Scheinin, cit., p. 4.

⁴⁷ Esta é uma questão amplamente debatida na doutrina portuguesa. Cf. J. B. Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, 5ª edição, ???

referidos ficou confinado à esfera política.

Ora, de acordo com as orientações da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), instituída em 2007, em situações de crise, as consequências das políticas e medidas de contenção deverão ser objecto de avaliação, bem como de maior transparência, que permitam ponderar opções que, sem deixar de contribuir para a resolução dos problemas financeiros, possam revelar-se menos gravosas para as pessoas e para a realização dos seus direitos num espectro largo envolvendo, quer os direitos sociais, quer as próprias liberdades.⁴⁸ Esse tipo de avaliação ganharia seguramente com o contributo da justiça constitucional, como bem mostra o exemplo sul-africano ⁴⁹.

A Agência atentou na existência de um conjunto de situações de crise, quer no plano socioeconómico, quer nos planos político e constitucional (neste caso, em certos países do centro e do leste da Europa) com implicações sobre os direitos fundamentais garantidos pelo direito europeu. A resposta de alguns Estados membros à crise económica, em particular, haviam tido um efeito adverso sobre os níveis de proteção social na UE, suscitando a questão de saber que vigilância poderia a UE exercer.⁵⁰ Reconhecendo embora que a Carta dos Direitos Fundamentais confere idêntico *standing* aos direitos civis e políticos e aos direitos económicos, sociais e culturais, a Agência admitiu que a diversidade do estatuto dos direitos sociais nos diferentes Estados membros não é de molde a garantir-lhes o mesmo nível de

⁴⁸ V. European Union Fundamental Rights Agency – FRA (2010), *Protecting fundamental rights during the economic crisis*, Working paper, December, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1423-FRA-Working-paper-FR-during-crisis-Dec10_EN.pdf. Neste relatório faz-se referência e de certo modo reitera-se o “serious concern at the negative impacts of the global economic and financial crises on economic and social development and on the full enjoyment of all human rights in all countries”, não apenas os direitos económicos e sociais, mas também os direitos civis e políticos, expressa nas Nações Unidas. (p. 7); e acrescenta-se, “To promote ‘good practice’ in this area, from a fundamental rights perspective, Member States could provide clearer and more transparent explanations as to whether or not an ‘adequate’ or ‘satisfactory’ level of social protection can be provided during the economic crisis, with supporting evidence, thereby building up consensus for difficult, but necessary, measures and ensuring social cohesion. This should explain both why fiscal consolidation is required, and why that consolidation must require measures resulting in a reduction in levels of social protection, rather than other measures, such as a higher level of taxation.” (p. 48)

⁴⁹ Como assinalou J.J. Canotilho, é justificável o direito de acesso à justiça constitucional contra atos dos poderes públicos, seja o poder legislativo, seja o próprio poder judicial, diretamente lesivos de direitos fundamentais. V. J. J. Canotilho (2011), “Direito de acesso à justiça constitucional”, Estados da Conferência das Jurisdições Constitucionais Dos Países de Língua Portuguesa, Luanda, Junho, p. 9.

⁵⁰ European Union Fundamental Rights Agency - FRA, *The European Union as a Community of Values: safeguarding fundamental rights in times of crisis*, CIT., p. 27. European Union Fundamental Rights Agency – FRA (2010), *Protecting fundamental rights during the economic crisis*, cit.

proteção que aos outros direitos.⁵¹

Registemos ainda, pela sua acuidade, o acórdão *Thomas Hogan* do TJUE (2013). Neste acórdão, em resposta a um pedido a título prejudicial de um tribunal irlandês, o Tribunal de Justiça entendeu que “a situação económica do Estado-Membro em causa não constitui uma circunstância excecional suscetível de justificar um nível de proteção reduzido dos interesses dos trabalhadores no que respeita aos seus direitos a prestações de velhice a título de um regime complementar de previdência profissional.”⁵²

Finalmente, vale a pena assinalar a conclusão do Relatório do Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa, Nils Muižnieks, no seguimento de visita efectuada a Portugal em maio de 2012, visando avaliar o impacto das medidas de austeridade sobre populações especialmente vulneráveis, isto é, crianças, idosos e população cigana: a conclusão foi que estavam a ser violados em Portugal direitos fundamentais desses grupos sociais em virtude do desinvestimento na saúde, na educação e nos transportes, entre outros⁵³.

Face a este panorama, o que parece faltar no atual quadro constitucional em Portugal é a exposição do Estado não apenas politicamente, mas inclusive juridicamente, ao controlo judicial pelo eventual não-cumprimento das suas obrigações de promoção dos direitos sociais, assegurando a estes direitos a força vinculativa que lhes é devida enquanto direitos fundamentais. Admitindo embora eventuais restrições dos direitos sociais quando justificadas por razões extremas de interesse geral, importa que estas sejam devidamente escrutinadas por um controlo judicial, inclusive, do respeito dos mesmos princípios constitucionais que o TC tem avocado para apreciar a constitucionalidade de direitos, liberdades e garantias, especificamente, a igualdade, a

51 European Union Fundamental Rights Agency - FRA, *The European Union as a Community of values: safeguarding fundamental rights in times of crisis*, cit., p. 9-10.

52 Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 25 de abril de 2013, no processo C-398/11, *Thomas Hogan et al. Contra Minister for Social and Family Affairs, Ireland, Attorney General*, <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-398/11&language=PT>

53 Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Portugal from 7 to 9 May 2012, CommDH(2012)22, Strasbourg, 10 July 2012 http://www.apav.pt/apav_v3/images/pdf/Report_Nils_Muiznieks_Portugal_2012.pdf

proporcionalidade e a proteção da confiança.⁵⁴

4. Conclusão

Retomamos a pergunta do título deste texto: em tempos de crise e de austeridade, o que valem os direitos sociais?

Vimos que no contexto da recente crise, e no quadro do programa de assistência financeira a Portugal, o TC levou em linha de conta a situação financeira do país e a necessidade de reduzir o défice público para justificar medidas restritivas de direitos constitucionais, como aconteceu em 2011 com os cortes salariais na função pública. Vimos ainda que em anos subsequentes o TC entendeu que os sacrifícios impostos, em particular, aos funcionários públicos deveriam ter limites no tempo e no grau. Ponderando os interesses e valores em presença, o TC aplicou doutrina estabelecida no sentido de que as restrições a direitos fundamentais (no caso, o direito ao salário ou à pensão) devem ser apoiadas na demonstração da sua necessidade (considerando possíveis alternativas de redução do défice público menos lesivas daqueles direitos) e da sua proporcionalidade relativamente aos objectivos de interesse público prosseguidos.

O TC expôs, assim, a importância da sua intervenção na defesa dos direitos constitucionalmente garantidos. Mas, como se observou também, esta intervenção incidu de um modo geral sobre direitos (como a retribuição pelo trabalho ou a pensão de reforma ou aposentação) que para lá do seu enunciado na Constituição, se materializam numa base de natureza contratual ou sinalagmática e foi fundamentada em larga medida em princípios gerais do Estado de direito. Ficaram patentes as limitações da jurisprudência constitucional quando estejam em causa direitos sociais (económicos, sociais ou culturais) que não se traduzam em obrigações de prestação imediata pelo Estado. Ora, as medidas de austeridade adoptadas no contexto da recente crise económica e financeira em Portugal, na medida em que se traduziram em diminuição do investimento público em áreas como a educação, a saúde ou a habitação, são de molde a configurar eventual desrespeito das obrigações

⁵⁴ Novais, cit. p. 28.

constitucionais do Estado. Pronunciaram-se nesse sentido quer a Agência dos Direitos Fundamentais, quer o próprio TJUE, quer o Comissário dos Direitos Humanos do Conselho da Europa.

Concluimos que faltou no contexto da crise em Portugal a oportunidade de expor juridicamente o Estado português a um controlo judicial das suas responsabilidades de promoção dos direitos económicos, sociais ou culturais porque faltou, pura e simplesmente, quem tomasse uma iniciativa nesse sentido. Terá prevalecido inclusive na sociedade portuguesa a convicção quanto à natureza não diretamente vinculativa dos direitos sociais (*lato sensu*), tendo-se perdido paradoxalmente uma boa ocasião de obter dos tribunais, precisamente, o reconhecimento a estes direitos da força vinculativa que lhes é devida enquanto direitos fundamentais.

A Constituição e a Segurança no Emprego

Glória Rebelo,

DINÂMIA-CET-IUL

1. Introdução: o direito do trabalho marcado por uma dimensão social

Analisar o tema “Constituição e Segurança no Emprego” quando se assinalam os 40 Anos da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, implica contextualizar as mudanças no Direito do Trabalho em particular no que respeita ao princípio da segurança no emprego no ordenamento constitucional português. No que se refere à centralidade do princípio da segurança no emprego – plasmado no artigo 53.º CRP – é preciso realçar que este engloba quer o princípio da estabilidade contratual quer a proibição dos despedimentos sem justa causa.

Ao longo da sua vigência, a Constituição de 1976 – num contexto de respeito pelos direitos fundamentais – afirmou, acima de tudo, o propósito de promover uma sociedade justa e solidária, tendo por valor primordial a dignidade da pessoa humana. E, assim, neste texto fundamental a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como central na medida em que é a referência axial de todo o sistema de direitos fundamentais (Miranda e Medeiros, 2010, p. 82) e as pessoas devem ser reconhecidas como o fim de um Estado de Direito Democrático (Miranda, e Medeiros, 2010, pp. 78-81), sendo este propósito crucial para a afirmação de Justiça Social, pois se há valor cuja prossecução não pode ser confiada ao mercado, esse valor é a dignidade da pessoa humana. Aliás, como realça Paulo Ferreira da Cunha, sendo a Constituição “uma questão dos homens e das suas sociedades” (Ferreira da Cunha, 2012, p. 148), “o constitucionalismo de hoje orgulha-se dos direitos da pessoa e dos direitos concretos do constitucionalismo mais antigo” (Ferreira da Cunha, 2012, p. 143), e é preciso perceber que é este valor humanista, orientador da nossa Constituição e do conjunto dos seus direitos fundamentais, que aos olhos da opinião pública, se apresenta como a face mais próxima dos cidadãos.

Depois, dado que o Direito é uma “ciência do social, as concretizações jurídicas e os factos que merecem tratamento jurídico são acompanhados por (...) ‘outros

saberes”, numa perspectiva interdisciplinar (Sousa Pinheiro, 2015, pp. 55-56), também por esta razão será pertinente questionar sobre a actualidade social da Constituição. Desde logo, porque toda a história do nosso país, ao longo destes 40 anos de vigência, tem enfrentado sucessivos desafios no sentido de tornar o país mais justo do ponto de vista social.

E uma vez que a Constituição deve ser – designadamente nos termos enunciados no seu artigo 1º (República Portuguesa), em que se realça a dignidade da pessoa humana e a vontade popular e do nº 1 do artigo 13º (Princípio da igualdade), afirmando a todos os cidadãos a mesma dignidade social e igualdade perante a lei – expressão da Liberdade, da Justiça e da Solidariedade, o grande desafio colocado ao nível político⁵⁵, também no plano da denominada “Constituição Laboral”, será o de assegurar um país mais justo. Até porque a defesa dos mais frágeis deve ser uma das principais funções – se não mesmo a principal – de um Estado de Direito Democrático, em consonância com os ideais humanistas, particularmente na sociedade desigual em que vivemos (Abrantes, 2015, p. 20) ⁵⁶.

Desde o início da crise financeira internacional de 2007/2008, que a pobreza e as desigualdades sociais têm aumentado em vários países europeus. Aliás, em 2008 a OIT – num documento que apresentou intitulado *World of Work Report 2008: Income inequalities in the age of financial globalization* – alertou para a evolução da distribuição de rendimentos em diversos países do mundo. Neste estudo sobre o alargamento do fosso dos rendimentos – particularmente visível na Hungria, na Polónia, em Portugal e nos EUA – defendia-se ainda que estas desigualdades resultam de um processo de globalização financeira e da consequente liberalização internacional dos fluxos de capitais que, desde a década de 1990, têm propiciado um aumento das crises do sistema bancário mundial e, consequentemente, maior instabilidade económica, com fortes repercussões no mercado de trabalho. Também neste sentido, Joseph Stiglitz, na sua obra *O Preço da Desigualdade*, veio alertar para o facto de a economia se ter tornado profundamente desigual, sendo que esta

⁵⁵ Tanto mais que a política é um domínio que suscita também, no plano social e económico, “verdadeiras questões filosóficas”, como realça Hannah Arendt (Arendt, 2001, p. 329).

⁵⁶ Tanto mais que o texto da CRP deve continuar adequado a responder aos problemas reais do país (Ferreira da Cunha, 2012, p. 32)

situação pode comprometer a necessidade de garantir uma igualdade de oportunidades para futuras gerações.

No que se refere especialmente às matérias laborais, é preciso referir que o Direito do Trabalho é um ramo do Direito que tem como crucial a afirmação da dignidade social do trabalhador na empresa. Nesta medida, desde o final do século XIX que a noção de subordinação jurídica confere especificidade ao Direito do Trabalho, ramo de direito desde sempre profundamente marcado por uma dimensão social, de protecção do trabalhador enquanto parte contratual mais frágil.

Como salienta Monteiro Fernandes, além da função de protecção, o Direito do Trabalho tem também a função de promover a realização “no domínio das relações laborais, de valores e interesses reconhecidos como fundamentais na ordem jurídica global” (Monteiro Fernandes, 2010, p. 27). Foi assim que o Direito do Trabalho se edificou em torno da noção de contrato de trabalho, definindo um conjunto de direitos que se aplicam uniformemente e contribuindo para a emergência do trabalho assalariado (trabalho por conta de outrem). A forma de vincular o trabalho por conta de outrem (mediante o contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo completo) oferecia à quase totalidade dos trabalhadores o máximo de estabilidade e segurança, sendo que a mensualização dos salários veio consolidar esta segurança, assegurando uma regularidade (e continuidade) do salário, com tudo o que isso significa em termos sociais.

Daí que a Constituição – fonte das fontes, “norma primária sobre a produção de normas” (Leal Amado, 2015, p. 36) – tenha consagrado, no seu artigo 53º, o princípio da segurança no emprego, garantindo estabilidade aos trabalhadores. Por outro lado, ao exigir o conceito de justa causa, o legislador proíbe os despedimentos discricionários e, por força do disposto neste artigo, a invocação de “justa causa” é condição de validade do despedimento na ordem jurídica portuguesa.

Ora, o modelo clássico da relação laboral de subordinação jurídica do trabalhador ao empregador assenta, justamente, neste princípio constitucional e – como refere Menezes Leitão – na “importância preponderante dos contratos de trabalho ditos “normalizados” (o contrato por tempo indeterminado e a tempo completo) “em que o empregador recebe um elevado nível de subordinação e controlo disciplinar, mas

ao mesmo tempo é obrigado a assegurar (...) um elevado nível de estabilidade e de prestações sociais para o trabalhador”.⁵⁷

Em síntese, o direito fundamental à segurança no emprego – entre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores – é aquele que a Constituição enuncia em primeiro lugar, para além de proscrever causas de despedimento que não sejam constitucionalmente justas, postula também que o Estado atue emanando regras procedimentais adequadas à proteção do trabalhador. E aqui cabe realçar que o princípio constitucionalmente consagrado da segurança no emprego (tal como, aliás, sucede noutros países europeus) procura proporcionar – ante a assimetria da subordinação jurídica – um modelo normativo que confere uma tutela eficaz aos trabalhadores.

2. Da flexibilização do Direito do Trabalho

Como é sabido, as crises económicas e financeiras, que nas últimas quatro décadas abalaram o mundo, têm colocado na ordem do dia a questão do trabalho (Rebelo, 2002a). E a verdade é que ao nível das condições de trabalho, nas últimas décadas assistiu-se ao acentuar de um processo de individualização social que, ao nível do mercado de trabalho, se traduziu numa flexibilização da legislação laboral e no desenvolvimento de um individualismo crescente com repercussões importantes no mundo do trabalho⁵⁸.

Com a globalização e a intensificação da circulação de capitais e a centralidade da actividade financeira, a prioridade não tem sido a de construir capacidades de produção a prazo mas sim a de “ganhar dinheiro a curto prazo”, perdendo o trabalho o seu papel central na criação de riqueza. E, ante estes propósitos, o trabalho tem sido entendido como uma variável de ajustamento (Rebelo, 2006). Daí

⁵⁷ Como refere este autor “(...) Há assim que reconhecer que o modelo clássico da relação laboral se funda na estabilidade do emprego e no reconhecimento de garantias ao trabalhador” (Menezes Leitão, 2015, pp. 455-456).

⁵⁸ Individualismo esse que foi problematizado por Lipovetsky (Lipovetsky, 1983). Este contexto de desenvolvimento do individualismo e, simultaneamente de feminização e de terciarização de emprego convida os investigadores sociais a repensar o conceito de “trabalho” a partir de uma tripla abordagem: articulação entre os processos de individualização e de organização colectiva; através das escolhas diferenciadas articuladas sobre os colectivos de trabalho; finalmente, pelas modalidades de regulação colectiva de escolhas individuais (Morin, 1996, p. 110).

que se fale frequentemente da necessidade de flexibilizar a dita “rigidez do mercado de trabalho”, considerando factores como, por exemplo, o peso dos salários (e encargos fiscais e da segurança social) ou, ainda, a regulação em matéria de despedimentos (Richevaux, 2000, pp. 33- 50).

Em Portugal muitas vezes se tem defendido que a “rigidez” do nosso Direito do Trabalho se deve, alegadamente, à consagração ao nível constitucional de matérias com uma acentuada intenção garantística, sendo por essa razão necessária “uma flexibilização do Direito do Trabalho”(Rebelo, 2004, pp. 23-32)⁵⁹. E, entre outras matérias, designadamente o debate sobre a flexibilização dos tempos de trabalho e os limites da noção de “justa causa de despedimento” vêm sendo suscitados desde o final da década de 1980.

A respeito deste último, atente-se no teor do Acórdão TC n.º 107/88, de 31 de Maio. Como realçou este Acórdão, embora o conceito de justa causa possa ser entendido com uma certa margem de liberdade, em caso algum poderia o legislador “transfigurar o conceito, de modo a fazer com que ele cubra dimensões essenciais e qualitativamente distintas daquelas que caracterizam a sua intenção jurídico-normativa”, considerando-se que o alargamento a “circunstâncias objectivas”, alheias ao comportamento culposo do trabalhador, implicaria uma “transmutação substancial da noção constitucional”⁶⁰ Como se lia neste Acórdão: “importa acentuar que a Constituição garante, em geral, o direito à segurança no emprego e garante, em especial, o direito a não ser despedido sem justa causa, constituindo este uma expressão qualificada daquele no que respeita ao despedimento individual (o conceito de justa causa, com o seu sentido típico, apenas neste despedimento tem relevância).” Como refere o Acórdão, a Constituição não se limitou a garantir a segurança no emprego pela proibição dos despedimentos sem justa causa,

⁵⁹ Também sobre este tema, particularmente no que respeita aos direitos sociais, Ferreira da Cunha, 2014, p. 79.

⁶⁰ Este acórdão, quanto aos despedimentos colectivos, entendia:” O regime legal do despedimento colectivo (artigos 13º a 23º do Decreto-Lei n.º 372-A/75) impõe a existência de diversos requisitos objectivos condicionadores da sua validade e eficácia e cuja verificação externa, através de um processo administrativo especial, compete ao Ministério do Trabalho, que poderá, nomeadamente, proibir a cessação dos contratos de trabalho, quando a fundamentação invocada pelo empregador se revelar inconsistente.” Sobre este Acórdão, Rebelo, 1999, pp. 113-115 e, ainda, Furtado Martins, 2012, pp. 162-163.

especificando, independentemente daquela proibição, desde logo, a garantia da estabilidade da posição do trabalhador na relação de trabalho e de emprego. E, como se enfatiza no Acórdão, “esta verificação não pode deixar de interpenetrar o verdadeiro sentido da justa causa para despedimento e a avaliação constitucional que sobre ela se empreenda.”

Este entendimento resulta, desde logo, da ideia de é preciso perceber que a estabilidade é um importante valor na sociedade do conhecimento pois se – para lá das mudanças técnicas – as empresas devem estar organizadas no sentido de reagir com rapidez à concorrência, exigindo-se para tanto, cada vez mais, uma cultura de compromisso entre empregadores e trabalhadores no sentido de reforçar as novas exigências de competências⁶¹; por outras palavras, uma cultura da continuidade no trabalho (Rebelo, 2005, pp. 503-514).

Acresce que assegurar um desenvolvimento sustentado do emprego implica, indiscutivelmente, medidas que favoreçam a melhoria da competitividade das empresas mas que sejam, igualmente, capazes de manter e criar emprego. E não de destruir emprego.

É então que se é lógico que o conjunto normativo laboral se deve, naturalmente, adaptar às evoluções do mercado de trabalho, o legislador deve também discernir as evoluções irreversíveis que originam verdadeiras modificações nas condições de trabalho e seu exercício⁶², acautelando não só a defesa da dignidade no trabalho e o bem-estar social, como o próprio desenvolvimento sustentado do emprego, assegurando, simultaneamente, a manutenção e a criação de emprego (Rebelo, 2012b, pp. 106-115). De facto, só um emprego assente na estabilidade contratual, que permita um consequente investimento contínuo na formação profissional e no desenvolvimento de competências dos trabalhadores, propiciará estes resultados (Rebelo, 2011, p. 148).

⁶¹ Sobre a importância da estabilidade contratual, cfr. Rebelo, 2003a, pp. 79-141.

⁶² Acerca das mudanças no estatuto do trabalho, daqueles que não têm trabalho e daqueles que têm trabalho em excesso, Supiot, 1998, pp. 1-12.

Mas a verdade é que, desde os anos 1990, se tem acentuado a precarização dos vínculos laborais (Rebelo, 2002 b, e Rebelo, 2007)⁶³, ou seja, tem aumentado o número de trabalhadores contratados a termo, assim como aumenta o trabalho independente (sobre o aumento do recurso ao trabalho independente em Portugal, Rebelo, 2003b). E em nome do objectivo da “competitividade e criação de emprego”, procurando soluções que envolvam redução do custo da mão-de-obra, no nosso país tem sido promovida a regulação de novos tipos de contratos de trabalho que se afastam do modelo típico de emprego: o contrato por tempo indeterminado e a tempo completo⁶⁴. Estes novos tipos contratuais afastam uma parte cada vez mais significativa de trabalhadores da tutela laboral própria destes contratos, acentuando a segmentação do mercado de trabalho. E a verdade é que a nossa história legislativa em matéria laboral nas últimas décadas, vem acompanhando uma tendência de mudança no que toca à protecção da estabilidade dos trabalhadores, partindo da ideia de que a estabilidade contratual é prejudicial à competitividade das empresas (Rudolph, 2000, p. 234)⁶⁵. Deste modo, afirma-se progressivamente uma tendência de “esboroamento da condição salarial” marcada pela desestabilização dos vínculos laborais e pelo aumento de uma “vulnerabilidade” contratual” (Castel, 1995).

Nos tempos actuais, o que se verifica é que o recurso ao contrato de trabalho a termo, ao trabalho temporário e ao contrato de trabalho a tempo parcial se tornou um modo de gestão entendido como adaptado a uma preocupação em reduzir custos salariais. E o que se constata é um aumento do recurso a este tipo de contratos, incrementando a precariedade laboral e, em consequência, acentuando desigualdades sociais.

⁶³ Como referia Monteiro Fernandes: “Desde o início da década de 90 (...) têm-se multiplicado as medidas de ‘flexibilização’ das regras laborais. O impacto económico (positivo) dessas medidas parece mais que duvidoso. Os seus reflexos na natureza das relações de trabalho reais, mais que modestos. Mas é possível um diagnóstico parcial: a qualidade do emprego em Portugal, condição de produtividade e competitividade, é das piores da Europa, e não fez senão agravar-se ao longo destes anos” (Monteiro Fernandes, 2012b, pp. 50-51).

⁶⁴ Iniciado em 1989 com a consagração do regime jurídico do contrato a termo (DL n.º 64-A/89, de 27-02) e posteriormente, nomeadamente com a introdução de novos contratos como o contrato de trabalho a tempo parcial, o contrato de teletrabalho, o contrato de trabalho intermitente ou o contrato de muito curta duração. Ainda sobre este assunto, Rebelo, 2003b, pp. 92-139.

⁶⁵ Também analisando este tema, Rebelo, 2006, pp. 191-201.

Como refere José João Abrantes, a evolução recente dos sistemas juslaborais tem sido “marcada por uma inflexão significativa no domínio da afirmação e salvaguarda das liberdades individuais no quadro da prestação de trabalho subordinado” pelo que – como também sublinha este autor – “se torna necessária uma mudança de atitude, com vista a uma adequada tutela daquele que é, sem quaisquer dúvidas, o valor principal do ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana (...)” (Abrantes, 1999, p. 109).

Daí que, em particular nas relações individuais de Direito do Trabalho, o modelo contratual assente no princípio constitucionalmente consagrado da segurança no emprego – que dominou nas últimas décadas a relação individual de trabalho proporcionou uma tutela aos trabalhadores possibilitando estabilidade de emprego – se encontre em franco recuo.

As mudanças das leis laborais – para, alegadamente, aumentar a “competitividade da economia” portuguesa – têm sido realizadas à custa do enfraquecimento dos direitos individuais e coletivos dos trabalhadores e o seu impacto social, originando transformações sociais significativas. E esta situação tem-se revelado controversa. Podemos distinguir, de um lado, os defensores de um regresso às políticas de compressão salarial, ideia que procura introduzir no mercado de trabalho uma nova combinação entre a dimensão económica e a dimensão social, baseando-se em princípios que se dirigem predominantemente à salvaguarda dos interesses financeiros das empresas e, do outro lado, aqueles que defendem o repensar das actuais condições de cidadania no trabalho.

No sentido de responder a estes novos desafios sociais, não pode deixar de se apelar a respostas jurídicas que procurem a protecção legal na relação de trabalho, salvaguardando o peso do factor humano. É preciso recordar que muitas transformações têm sido feitas ao arrepio destas ideias – por exemplo, a promoção do trabalho independente ou o recurso a novas modalidades de flexibilidade laboral (ao nível da contratação, do tempo de trabalho e da cessação), acompanhados de exigências de crescente desregulamentação da relação individual de trabalho. Esta situação acentua a segmentação do trabalho, agravando os problemas de desigualdade entre, por um lado, aqueles têm emprego estável e trabalham em

excesso e aqueles que ou têm vínculos precários ou não têm trabalho. A verdade é que cada vez menos pessoas parecem poder beneficiar de um contrato por tempo indeterminado regularmente retribuído, considerando a flexibilização crescente quer ao nível da contratação quer da cessação.

As novas formas de enquadrar a actividade laboral fizeram emergir as designadas “novas formas de trabalho” (Supiot, 1999, p. 245) ⁶⁶ a partir de meados dos anos 1980. E, desde então, em Portugal, diversas políticas de flexibilização começaram a ser implementadas colocando em causa a forma tradicional de contrato individual, o que veio repercutir-se na estabilidade do emprego (neste sentido, Trépos, 2000, pp. 77-80⁶⁷), com um crescimento do emprego a termo (e temporário) generalizado a todos os sectores de actividade económica.

A crítica ao princípio da segurança no emprego feita por certas correntes de pensamento – caracterizadas essencialmente pelas suas posições defensoras do mercado como único regulador da vida económica e social – fez-se sentir no nosso país, sobretudo, desde a adesão à CEE em 1986, tendo o processo de flexibilização iniciado com as leis de 1989⁶⁸ e prosseguido ao longo da década seguinte, em resultado do Acordo Económico e Social de 1990 e, mais tarde, em 1996, com o Acordo de Concertação Social de Curto Prazo.

Inserido nesta tendência de flexibilização, o modelo tradicional de contratação individual – contrato de trabalho por tempo indeterminado e a tempo completo – vem cedendo espaço aos contratos de trabalho provisórios (contratos a termo e contratos de trabalho temporário), e a tempo parcial, assim como ao trabalho independente, formas de contratação que possibilitam a redução dos custos salariais (Rebelo, 2014b, pp. 82-84).

Das reformas operadas ao longo das últimas décadas resultou uma segmentação do mercado de trabalho, dividindo-se esse mercado entre, por um lado, aqueles têm emprego seguro e bem remunerado, e por outro, aqueles que têm uma situação

⁶⁶ Sobre a emergência de novas formas de trabalho, Rebelo, 2002b.

⁶⁷ Aqui o autor distingue “os altos empregos”, “os baixos empregos”, “os quase-empregos”, os “não-empregos” ou os “proto-empregos”.

⁶⁸ Com a introdução da LCCT (DL n.º 64-A/89, de 27-02) que estabelece o regime de cessação dos contratos de trabalho e da contratação a termo.

precária. Sendo que, cada vez mais pessoas tendem a ser contratadas por via destes contratos. Acresce que o efeito da emergência destes contratos sobre o emprego, além de aumentar a instabilidade do emprego (uma vez que os percursos profissionais passam a estar marcados por sucessivas passagens por períodos de desemprego), é o de pressionar a sustentabilidade financeira do sistema previdencial da Segurança Social (Rebelo, 2015, pp. 101-115).

3. Das recentes alterações ao Código do Trabalho

Atentemos nalgumas das recentes alterações ao Código de Trabalho em matéria de cessação de contrato de trabalho, sobretudo no plano dos despedimentos.

Em Portugal, na sequência da crise financeira internacional de 2007/2008, e em especial desde 2011, a reforma laboral implementada teve um impacto enorme no emprego, uma vez que o propósito central foi o de reduzir custos salariais, reconfigurando o mercado de trabalho. Uma reforma considerada fundamental para aumentar a competitividade em Portugal, ou em países como a Grécia e Espanha, países que hoje têm dos mais acentuados níveis de desigualdade social da OCDE⁶⁹.

No nosso país – na sequência do *Memorando de Entendimento sobre as Condiionalidades de Política Económica*, de Maio de 2011 e do Compromisso para o Crescimento, Competitividade e Emprego, de 2012 – foram adoptadas medidas de política laboral no sentido de diminuir os custos laborais (Abrantes, 2015, p. 3). Além da Lei n.º 53/2011, de 14 de Outubro, outras leis procederam a alterações ao Código do Trabalho, sendo de realçar as introduzidas pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho e pela Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio.

Resultou dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 23/2012, que a mesma se destinava a dar resposta às exigências em matéria de legislação laboral decorrentes dos compromissos assumidos no quadro do *Memorando de Entendimento de 2011*, tendo

⁶⁹ Cfr. “A austeridade tornou-se palavra de ordem, e não somente em Portugal como noutros países da Europa estão a ser levadas a cabo reformas com o intuito de estabilizar os mercados através do cumprimento dos défices orçamentais previstos. em comum, as várias reformas adotaram a máxima flexibilização quanto aos direitos sociais e laborais, com o intuito de facilitar a criação de empregos e aumentar a competitividade. (...) várias reformas em curso (...) coincidem na redução dos custos laborais, na redução das indemnizações por despedimento, na flexibilidade de horários, em restrições à negociação colectiva, etc.” (Casimiro Ferreira, 2012, p. 29).

em vista o aumento da competitividade das empresas, a criação de emprego e o combate à segmentação do mercado de trabalho. As medidas concretamente aprovadas no âmbito deste diploma foram, em particular, de flexibilização dos despedimentos, tendo em vista a contenção salarial, especialmente a modificação dos regimes do despedimento por inadaptação e do despedimento por extinção do posto de trabalho.

Das alterações ao regime do despedimento por inadaptação resultou a introdução de um novo tipo de inadaptação no qual, independentemente de terem ocorrido alterações no posto de trabalho, há uma modificação substancial da prestação do trabalhador, nomeadamente, uma redução continuada de produtividade ou de qualidade (n.º 2 do artigo 375.º CT). Ou seja, à dualidade já existente em 2012, foi acrescentada outra, distinguindo a inadaptação em que tenha havido modificação do posto de trabalho daquela em que tal modificação não ocorreu, resultando a inadaptação de uma quebra da produtividade ou qualidade (sobre este assunto, Romano Martinez, et al., 2013, p. 789 e, ainda, Palma Ramalho, 2012, pp. 1074-1075). E esta foi uma alteração significativa para o panorama jurídico do despedimento por inadaptação pois a nova modalidade de inadaptação passa a exigir, como requisito, “a modificação substancial da prestação de trabalho”. Trata-se aqui de um conceito indeterminado (Romano Martinez, et al., 2013, p. 793). As dúvidas que se colocam assentam em perceber se o despedimento corresponde aqui a uma modificação da prestação do trabalhador imputável ao próprio. E, se assim é, se as razões que servem para fundamentar este despedimento não estão já cobertas pelo próprio instituto do despedimento com justa causa (subjativa). Acresce que sendo este um conceito indeterminado, importará saber se o regime agora consagrado contém salvaguardas elementares para o trabalhador⁷⁰. Aliás, este novo regime de inadaptação passa a abranger, além da verdadeira inadaptação⁷¹, os casos “qualitativamente distintos” da inaptidão. O que leva autores como Leal Amado a

⁷⁰ Como já o defendemos na Conferência “Direitos, Liberdades e Garantias à luz da mais recente Legislação Laboral”, inserida nas Comemorações 2014 do Dia do Advogado, organizada pelo Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados, realizada a 20 de maio de 2014. Também sobre este assunto, Palma Ramalho, 2012, pp. 1074-1075.

⁷¹ Sobre o impacto prático da observância cumulativa dos requisitos, Palma Ramalho, 2012, p. 1082.

defender que se “transitou de um verdadeiro e próprio despedimento por inadaptação, baseado em causas objectivas e radicado na prévia introdução de modificações no posto de trabalho (...) para um despedimento por inaptidão profissional (...) baseado em causas subjectivas (...)” (Leal Amado, 2015, pp. 342-343).

Outra alteração prende-se com o regime do despedimento por extinção de posto de trabalho⁷². De forma diferente do que acontecia na anterior ordem de critérios que acompanhava este despedimento – que priorizava a salvaguarda dos trabalhadores mais antigos na empresa – a ordem de critérios introduzida em 2012 passou a priorizar a “redução dos custos salariais” na empresa.

E, em 2014, na sequência do Acórdão TC n.º 602/2013, de 26 de Setembro, que declarou a inconstitucionalidade das normas dos n.ºs 2 e 4 do artigo 368.º CT, com a redação dada pela Lei n.º 23/2012, de 25 de Junho, por violação da proibição de despedimentos sem justa causa consagrada na Constituição – procedeu-se a uma alteração ao disposto nessas duas normas do artigo 368.º CT. Mas a Lei n.º 27/2014, de 8 de Maio, reafirma como critérios relevantes por esta ordem: “pior avaliação de desempenho”, “menores habilitações académicas e profissionais” e, ainda, “maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa”. Vejamos o primeiro critério – “pior avaliação de desempenho”. Este pressupõe que as empresas em Portugal (incluindo a grande maioria do tecido empresarial, ou seja, as microempresas) promovam um sistema de avaliação de desempenho, situação que, como se sabe, não acontece. Depois, e como a expressão utilizada é “pior”, um termo comparativo, importa saber em relação a quê. À sua última avaliação? À avaliação de outros colegas? Além disso, a lei é omissa em relação à exigência de um

⁷² Diga-se que, a este propósito, entre 1988 e 1991, a apreciação do conceito constitucional de justa causa para despedimento foi objecto de dois importantes Acórdãos do Tribunal Constitucional – o Acórdão n.º 107/88, de 31 de Maio, e o Acórdão n.º 64/91, de 4 de Abril. Posteriormente, no Acórdão TC n.º 581/95, de 31 de Outubro, afirmou-se o seguinte entendimento: “manifestamente, a Constituição não quis afastar as hipóteses de desvinculação do trabalhador naquelas situações em que a relação de trabalho não tem viabilidade de subsistência e que não são imputáveis à livre vontade do empregador”.

juízo de apreciação do historial de avaliação de desempenho do trabalhador na empresa⁷³.

Quanto ao critério “menores habilitações académicas e profissionais”, daqui não resulta a prevalência das habilitações académicas ou das profissionais, pois pode o trabalhador possuir relevante experiência profissional e menos habilitações académicas, sendo este mais um critério que deixa a sua escolha à discricionariedade do empregador. Estamos pois ante dois critérios que são conceitos indeterminados e que – salvo melhor opinião – dificilmente cumprem a exigência da objetividade no despedimento e de uma clara apreciação em sede de impugnação da ilicitude do mesmo⁷⁴. Assim, e restando como objectivo o critério da maior onerosidade pela manutenção do vínculo laboral do trabalhador para a empresa (ou seja o salário mais elevado), estima-se que muitas empresas optem por fazer cessar contratos de trabalho com os trabalhadores mais antigos (remunerados não só ao nível das retribuições-base mas também, por exemplo, de diuturnidades) e por contratar trabalhadores mais jovens remunerando-os com salários muito mais baixos.

Ora, ante este conjunto de conceitos indeterminados e vagos, introduzidos pelas alterações de 2012 e 2014, que permitem deixar a sua escolha na disponibilidade do empregador, importa aquilatar das consequências destas alterações à lei do trabalho portuguesa, quer no plano jurídico quer ao nível social.

No plano jurídico porque o enfraquecimento do sistema legal de garantias que rodeiam a admissibilidade do despedimento por extinção do posto de trabalho, pode por em causa a admissibilidade constitucional desta forma de despedimento, na medida em que permitirá a realização de despedimentos baseados na mera conveniência da empresa, e absolutamente vedados pela Constituição. Ao nível social, atendendo ainda à grave dimensão do Desemprego, em especial do Desemprego de Longa Duração. Como se sabe, se são vários os problemas do

⁷³ Sobre a relevância deste historial, assim como o conjunto das competências detidas e a desenvolver, Rebelo, 2003a, pp. 69-78.

⁷⁴ Acresce que é preciso que – tal como na legislação de 1989, no CT2003 e no CT2009 – o legislador seja mais exigente no despedimento por extinção do posto de trabalho, não conferindo prevalência ao critério empresarial, e à conveniência da empresa .

emprego em Portugal: para lá da destruição de emprego e do aumento do emprego precário, cabe destacar o problema do Desemprego de Longa Duração. A verdade é que, segundo dados do INE, a população desempregada em Longa Duração desde 2012 supera os 60% no total do desemprego, isto é, 6 em cada 10 desempregados encontra-se nessa situação há mais de 12 meses. E este desemprego, de tipo estrutural, atinge mormente as pessoas com 45 ou mais anos (Rebelo, 2012a, pp. 77-82).

Estas alterações – de 2011 a 2014 – ao Código do Trabalho, quer reduzindo o valor das compensações associadas à cessação do contrato de trabalho por despedimento coletivo, despedimento por extinção de posto de trabalho e despedimento por inadaptação, quer liberalizando o regime de despedimentos, tendem a incrementar o recurso a estes despedimentos, com inevitáveis repercussões no desemprego, em particular o Desemprego de Longa Duração (sobre este assunto, Rebelo, 2014a, pp. 27-28).

Assim, será indispensável analisar o impacto jurídico e social do novo regime jurídico dos despedimentos por justa causa objectiva (e não subjectiva ou disciplinar), hoje demasiado facilitados e com grande impacto social.

Neste aspecto é particularmente preocupante o aumento do recurso aos despedimentos coletivos e despedimentos por extinção de posto de trabalho. Como se sabe, nestes despedimentos a justa causa – o motivo que fundamenta a cessação do contrato – não está associada ao comportamento do trabalhador, mas sim a razões de mercado, tecnológicas ou estruturais. Ou seja, para além do despedimento individual (baseado em justa causa disciplinar e, por conseguinte, em procedimento disciplinar), o empregador dispõe de uma outra forma de despedimentos que não atendem a razões alusivas ao comportamento dos trabalhadores (de carácter subjetivo) mas apenas a motivos inerentes à organização económica em que estes se inserem.

Além do mais, nesta sede, a decisão de apreciação dos fundamentos por parte dos tribunais torna-se difícil, pois repousam, em geral, em pré-decisões de natureza económica relacionadas com expectativas ou previsões dos próprios empregadores. Nestas decisões, em especial sob pretexto de salvaguarda da competitividade das

empresas, um dos critérios invocados para justificar a supressão de emprego será o de prevenir dificuldades económicas ligadas à evolução da empresa, sem que estejam subordinadas à existência de reais dificuldades económicas à data do despedimento. Veja-se o exemplo: “por motivos de mercado”, um despedimento pode ser fundamentado na “diminuição previsível” da procura de bens ou serviços, redução do volume de negócios que bem pode vir a traduzir-se numa quebra insignificante dos lucros obtidos pela empresa.

Assim, diga-se, o propósito central desta última reforma laboral de 2001 a 2014 foi o de reduzir custos salariais, medida entendida como fundamental para aumentar a competitividade das empresas e do país (como realçámos em Rebelo, 2014c, pp. 96-98). E esta reforma teve um forte impacto na reconfiguração do emprego, sobretudo nos salários e na destruição do emprego permanente e no aumento do emprego precário. No contexto eminentemente dual das sociedades actuais, em que aumentam as desigualdades, confrontamo-nos também com um mercado de trabalho dual, onde aumenta o conjunto de trabalhadores precários (quer ao nível da contratação e das condições quer ao nível salarial), a quem não se permite uma perspectiva profissional de carreira⁷⁵ ou mesmo de vida futura. Acresce que, se a tendência para o aumento do trabalho precário prosseguir, no futuro as pessoas devem preparar-se para trabalhar por períodos cada vez mais curtos de tempo, na medida em que cada vez mais trabalharão em função de “resultados” e não tanto por actividade. Ora, esta situação trará também fortes consequências sociais, pois os trabalhadores não encontrarão um equilíbrio pessoal necessário para suportar as turbulências desta incerteza e executarão a sua actividade encarando o seu emprego como simples meio e instrumento de subsistência sem que equacionem uma perspectiva de compromisso entre as partes. De facto, a grande instabilidade a que se sujeitam estes trabalhadores – na sua maioria acompanhada de baixos salários – tem também outro impacto social: o demográfico. Segundo dados do Eurostat para 2014, os países da UE que registam as mais baixas taxas de natalidade são Portugal

⁷⁵ Acresce que, como refere Monteiro Fernandes, “falta informação estatística credível sobre as vias jurídicas de perda de emprego por parte de muitos dos que, em número de centenas de milhares, recorrem aos Centros de Emprego e se candidatam ao respectivo subsídio. Na verdade, mesmo as formas jurídicas declaradas ocultam realidades muito diversas (Monteiro Fernandes, 2012a, p. 564).

Grécia, Polónia e Espanha. Precisamente os países europeus com maiores níveis de precariedade laboral. E, em Setembro de 2013, um artigo no *The Washington Post* intitulado "Jovens e sem futuro" enfatizava o temor de uma "geração perdida" para milhões de jovens na Europa, salientando que – na Grécia, em Espanha, e Portugal – o desemprego e a contratação precária estão a minar a sociedade, fazendo recuar a natalidade.

4. Considerações finais

Se é certo que a história da democracia portuguesa é uma sucessão de fases de reconstrução, é preciso considerar que – volvidos 40 anos da sua vigência – a Constituição e a sua letra humanista e social apresenta-se decisiva no que se refere à resposta aos problemas reais do país. Atenta a necessária modernização e adequação social, e a ante a envolvente de forte competitividade dos nossos dias, a Constituição – em matéria laboral – deve continuar a assegurar um sã equilíbrio sócio-laboral, que responda também ao desafio da promoção de formas de emprego assentes em vínculos contratuais estáveis que garantam condições do trabalho e motivação aos trabalhadores (Rebelo, 2005a, pp. 1-14).

As repercussões sociais e humanas destas mudanças levam-nos a interrogar sobre o futuro do emprego e das condições de trabalho? A verdade é que estas sucessivas reformas laborais conduziram à emergência de uma lei do trabalho onde a maioria das noções fundamentais associadas ao modelo típico de emprego que acompanharam a génese do Direito do Trabalho se encontram significativamente modificadas. E dado o perigo de um aumento da segmentação de trabalho, num momento em que muito se discutem as desigualdades sociais e o papel do Estado Social – a maior conquista das democracias europeias, que permitiu atingir inéditos patamares de justiça social que possibilitou um percurso verdadeiramente progressista – não deixa de ser premente considerar o conjunto dos principais problemas sociais do país. O desemprego, a precariedade e a segmentação laboral conduzem a desigualdades e ameaçam importantes equilíbrios sociais.

Atente-se em particular ao conjunto das recentes alterações ao Código do Trabalho. Estas alterações colocam o trabalhador numa posição de maior fragilidade perante o empregador e podem contender com relevantes direitos fundamentais, tanto mais que estas alterações não devem deixar de ser entendidas num contexto de um elevado nível de desemprego – que influencia necessariamente a vida dos que ficam a trabalhar, pressionando as condições de trabalho – e em que o grande risco é que se agravem as condições de trabalho. Desde logo, porque o que vai minando o princípio da segurança jurídica – que implica que se saiba aplicar com segurança a lei – são *maxime* os conceitos indeterminados que conduzem a normatividades movediças com repercussão na jurisprudência⁷⁶. Nesta medida, um enfraquecimento do sistema legal de garantias que condicionam a admissibilidade do despedimento poderá permitir a realização de despedimentos judicialmente incontroláveis. Por estas razões importa interrogar se estas alterações redundam na possibilidade, mais ou menos encapotada, de despedimentos com base na mera conveniência da empresa. Tanto mais que, num momento social tão difícil, em que a destruição de emprego estável e razoavelmente remunerado (assente em vínculos por tempo indeterminado e a tempo completo) assume uma forte dimensão em Portugal- importará que se equacione um fortalecimento da ideia de justiça social.

Terminamos, realçando que a nossa Constituição – texto de profundo sentido humanista – consagra um conjunto de relevantes direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores que asseguram justiça social, e se – especialmente no plano social – a Constituição se quer “efectiva e aplicada” (Ferreira da Cunha, 2012, p. 146), é preciso que as normas jurídicas sejam “minimamente claras e precisas” para que os destinatários possam saber do seu sentido a partir do texto legal. Pelo que os conceitos indeterminados, utilizados pelas leis que a ela se subordinam, devem seguir o ideal das normas compatíveis com as exigências dos princípios do Estado de Direito Democrático, da segurança jurídica e da confiança.

⁷⁶ Tanto mais que o “discurso legitimador” do Direito deve ser “portador de segurança e certeza nas relações entre as pessoas, e mais ainda como garante de Justiça” (Ferreira da Cunha, 2014, p. 74).

Referências bibliográficas:

Abrantes, J. J., (2015), “A jurisprudência constitucional recente em matéria laboral (algumas notas)”, in João Reis, *et al.*, *Para Jorge Leite–Escritos Jurídico-Laborais*, vol. 1, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1-20.

Abrantes, J.J. (1999), “Contrato de Trabalho e Direitos Fundamentais”, in *Direito do Trabalho – Memórias, IIº Congresso Nacional*, Coimbra: Livraria Almedina, pp. 105-114.

Casimiro Ferreira, A. (2012), *Sociedade da Austeridade e Direito do Trabalho da Exceção*, Porto: Vida Económica.

Castel, R. (1995), *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, Paris: Fayard.

Ferreira da Cunha, P. (2012), *Constituição & Política*, Lisboa: Quid Juris.

Ferreira da Cunha, P. (2014), *Desvendar o Direito*, Lisboa: Quid Juris.

Furtado Martins, P. (2012), *Cessação do Contrato de Trabalho*, 3ª ed., Cascais: Principia.

Hannah Arendt (2001), *Compreensão e Política e Outros Ensaios – 1930-1954*, Lisboa: Relógio d’Água.

Leal Amado, J. (2015), *Contrato de Trabalho – Noções Básicas*, Coimbra: Coimbra Editora.

Menezes Leitão, L. (2015), “A precariedade: um novo paradigma laboral ?”, in João Reis, *et al.*, *Para Jorge Leite–Escritos Jurídico-Laborais*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 455-467.

Miranda, J. e Rui Medeiros (2010), *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo I, 2.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.

Monteiro Fernandes, A. (2010), *Direito do Trabalho*, 15.^a ed., Coimbra: Almedina.

Monteiro Fernandes, A. (2012a), "A 'Reforma Laboral' de 2012. Observações em torno da Lei n.º 23/2012", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, abr./set. 2012, pp. 545-573.

Monteiro Fernandes, A. (2012b), "Reforma Laboral", entrevista à revista *Pessoal*, Março de 2012, pp. 50-51.

Morin, P. (1996), *La grande mutation du travail et de l'emploi*, Paris: Les Éditions d'Organisation.

Palma Ramalho, M. R (2012), *Tratado de Direito do Trabalho - Situações Laborais Individuais, Parte II*, 4.^a ed., Coimbra: Almedina.

Rebelo, G. (1999), *A (In)Adaptação no Trabalho - Uma Perspectiva Sociorganizacional e Jurídica*, Oeiras: Celta.

Rebelo, G. (2002a), *Breves Reflexões Acerca da Reorganização Laboral na Década de 1990*, Lisboa: Working Paper Departamento de Economia e Gestão/ULHT.

Rebelo, G. (2002b), *Nova Cultura do Trabalho e do Emprego - Que Desafios para os Actores Sociais?*, Lisboa: Working Paper Dinâmia/ISCTE n.º 23, ISCTE-IUL.

Rebelo, G. (2003a), "As qualificações dos mais idosos no mercado de trabalho", *Sociedade e Trabalho* n.º 14/15, MTSS, pp. 69-78.

Rebelo, G. (2003b), *Emprego e Contratação Laboral em Portugal*, Lisboa: Editora RH.

Rebelo, G. (2003c), *Trabalho Independente em Portugal: Empreendimento ou Risco?*, Lisboa: Working Paper Dinâmia/ISCTE n.º 32, ISCTE -IUL.

Rebelo, G. (2004), *Flexibilidade e Precariedade no Trabalho*, Lisboa, ed./autor, pp. 23-32.

Rebelo, G. (2005a), "Para uma organização qualificante: da importância dos conceitos de actividade e de mobilidade funcional no Código do Trabalho", *Questões Laborais*, n.º 25, Coimbra: Almedina, pp. 1-14.

Rebelo, G. (2005b), "Do conceito de actividade no Código do Trabalho", *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 65, II, pp. 503-514.

Rebelo, G. (2006), "Alternativas à precariedade laboral: propostas para uma flexibilidade tendencialmente qualificante", *Sociologia*, Porto: Faculdade de Letras da Universidade do Porto, pp. 191-201.

Rebelo, G. (2007), *Flexibilidade e Diversidade Laboral em Portugal*, Working Paper Dinâmia/ISCTE n.º 50, ISCTE-IUL, Lisboa.

Rebelo, G. (2011), "Os desafios da competência para o Direito do Trabalho", in *A Era da Competência – Um Novo Paradigma para a Gestão de Recursos Humanos e o Direito do Trabalho*, 2ª ed., Lisboa: Editora RH.

Rebelo, G. (2012a), "Crise e Tendências do Desemprego de Longa Duração", in *Trabalho e Emprego – Atualidade e Prospetiva*, vol. 2, Lisboa: Sílabo, pp. 77-82.

Rebelo, G. (2012b), "Crise, Austeridade e Criação de Emprego", in *Trabalho e Emprego – Atualidade e Prospetiva*, vol. 2, Lisboa: Sílabo, pp. 105-115.

Rebelo, G. (2014a), "Das Alterações ao Código do Trabalho", in *Estado Social e Austeridade – Textos do Tempo da Austeridade*, Lisboa: Sílabo, pp. 27-28.

Rebelo, G. (2014b), "Crise e Contratação Precária", in *Estado Social e Austeridade – Textos do Tempo da Austeridade*, Lisboa: Sílabo, pp. 82-84.

Rebelo, G. (2014c), “Por uma Sociedade Decente: O Problema dos Trabalhadores Pobres”, in *Estado Social e Austeridade – Textos do Tempo da Austeridade*, Lisboa: Sílabo, pp. 96-98.

Rebelo, G. (2015), “Trabalho, Demografia e Segurança Social”, in *Trabalho e Segurança Social*, Lisboa: Sílabo, pp. 101-115.

Richevaux, M. (2000), “Le Droit du Travail face à dérégulation de l’emploi privé”, in Lestrade, B. e Boutillier, S. (org.), *Les mutations du travail en Europe*, Paris: Harmattan, pp. 33-50.

Romano Martinez, P., et al. (2013), *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Coimbra: Almedina.

Rudolph, H. (2000), “La normalisation de l’emploi atypique? Une discussion sur la dérégulation en Allemagne”, in Lestrade, B. e Boutillier, S. (org.) (2000), *Les mutations du Travail en Europe*, Paris: Harmattan, pp. 233-251.

Sousa Pinheiro, A. (2015), *Privacy e Protecção de Dados Pessoais: a construção dogmática do direito à identidade informacional*, Lisboa: AAFDL.

Stiglitz J. (2013), *O Preço da Desigualdade*, Lisboa: Bertrand.

Supiot, A. (1998), “Le travail en perspectives”, *Librarie générale de droit et de jurisprudence*, pp. 1- 12.

Supiot, A. (dir.) (1999), *Au-delà d’emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Paris: Flammarion.

Trépos, J. Y. (2000), “L’intervention sociale, emplois, nouveaux emplois, quasi-emplois, non-emplois, proto-emplois et idéologies professionnelles”, in Lestrade, B. e Boutillier, S. (org.), *Les mutations du travail en Europe*, Harmattan, Paris, pp. 77-80.

A Constituição, a Regionalização e os Desafios da Governança Territorial: Retrospectiva e Ideias para Debate

Raul Lopes,

ISCTE-IUL

1. Introdução

Com consciência da dificuldade do exercício, ensaia-se aqui uma interpretação do entendimento conceptual de Desenvolvimento consagrado na Constituição da República Portuguesa (CRP). Para tal compara-se o articulado da versão atual da CRP (2005) com a versão original aprovada em abril de 1976. Desta análise três conclusões sobressaem: i. os deputados constituintes entendiam o Desenvolvimento como um processo multidimensional, refletindo uma visão paradigmática alinhada com o seu tempo histórico;

ii. o Território ocupa um lugar central, ainda que subordinado, no modelo de desenvolvimento preconizado pela CRP;

iii. a arquitetura constitucional do desenvolvimento territorial manteve-se no essencial constante nestas quatro décadas, o que revela o seu grau de assertividade inicial.

A resiliência e a assertividade das opções constitucionais neste domínio levaram-nos a questionar as razões subjacentes. Para além de a gravidade dos problemas territoriais de desenvolvimento que a Democracia herdou ter inspirado as opções tomadas, julga-se que o enunciado de vários normativos constitucionais terá sido influenciado pelo acervo de conhecimentos e pela experiência de planeamento anterior ao 25 de Abril, onde a influência externa foi recorrente, pese embora o fechamento do país ao mundo. Recordam-se aqui alguns nomes e factos que nos ajudam a compreender o pano de fundo da Assembleia Constituinte no que respeita à problemática do desenvolvimento regional. Ilustram-se ainda alguns dos problemas de desenvolvimento existentes e chama-se a atenção para o

extraordinário papel das autarquias locais na melhoria das condições de vida no Portugal democrático.

De entre as soluções preconizadas pela Constituição para a promoção do desenvolvimento sobressai a Regionalização, justamente o normativo que de forma mais evidente ficou por cumprir. Aproveita-se este ensaio para refletir sobre a pertinência atual do processo de regionalização e enuncia-se um conjunto de ideias que se julga corresponderem aos atuais desafios do desenvolvimento territorial em Portugal, particularmente no que se reporta ao figurino institucional da governança territorial e à participação cívica em que desejavelmente deve ancorar-se o Desenvolvimento.

Conclui-se que os atuais desafios que se colocam nos planos do Desenvolvimento, da Governança e da Cidadania estão muito para além da Regionalização, colocando-nos perante a necessidade de reinventar o sistema de governança territorial, ainda que tal não reclame uma revisão constitucional.

2. Do território ao desenvolvimento territorial: uma clarificação conceptual que se impõe

Completar quatro décadas de regime constitucional democrático é um bom pretexto para refletir sobre a evolução temporal dos normativos constitucionais, nomeadamente no que se refere ao Território. O problema é que na CRP existem várias acepções de Território (Ferrão, 2016), ora refletindo a tradição ligada ao ordenamento biofísico, ora a experiência portuguesa de planeamento urbanístico, ora ainda a experiência do planeamento económico que viria a influenciar a visão do desenvolvimento e do planeamento regional. Acresce que a leitura do texto constitucional a partir da visão que se tem atualmente da problemática do desenvolvimento territorial nos obriga a algum esforço de “descodificação” conceptual. Desde logo, porque ao tempo da redação da Constituição o conceito de desenvolvimento territorial ainda não se encontrava cunhado pela bibliografia académica.

Importa ter presente que *desenvolvimento territorial* nos remete para uma visão integradora no plano disciplinar e de parceria no domínio institucional. Ora, na bibliografia académica do início dos anos 70, assim como na prática política europeia, o que havia era uma visão fragmentada da problemática territorial. No caso português (Campos & Ferrão, 2015), o *ordenamento do território* estava profundamente associado ao investimento em “obras públicas”, sendo a dimensão agro-florestal confiada aos agrónomos e paisagistas, enquanto aos militares e aos geógrafos cabia a abordagem da dimensão geoestratégica e o desenho das infraestruturas estruturantes do espaço físico. Já o *desenvolvimento local* era assimilado a ordenamento urbano e, sob a tutela dos arquitetos e engenheiros-urbanistas, remetido para o âmbito do *planeamento urbanístico*. Pelo meio, os economistas preocupavam-se em entender as dinâmicas económicas subjacentes ao *desenvolvimento regional* e entregavam-se ao desenho de políticas urbano-industriais tendo como enquadramento conceptual o *planeamento (económico) regional*. A esta fragmentação disciplinar juntava-se, ao nível da implementação das políticas territoriais, uma compartimentação institucional, ora definida por sectores, ora por escalas geográficas de intervenção. O conceito de governança multinível só surgiria muito mais tarde.

Em síntese, no plano normativo e operacional a abordagem espacial da Economia assentava nos conceitos de *desenvolvimento regional* e de *planeamento regional*, forma instrumental de o Estado os promover nas regiões menos desenvolvidas. O conceito de *desenvolvimento territorial* é em grande medida tributário do contributo de outras áreas disciplinares, o que atualmente nos remete para um entendimento pluridisciplinar de desenvolvimento e, na dimensão espacial, não apenas para a escala da *região*, mas também para a escala do *rural*, do *urbano* e do *intraurbano*. Assim sendo, embora utilizemos aqui o conceito de *desenvolvimento territorial*, importa sublinhar que ele se não encontra inscrito na CRP, pois à data os conceitos que pontificavam na bibliografia eram os de desenvolvimento regional, de desenvolvimento rural e de urbanismo. Note-se também que quando na CRP se fala em desenvolvimento económico (seja em termos espaciais, seja regionais) sistematicamente associa-se o económico ao social. O desenvolvimento regional é

visto essencialmente em termos de condições de vida e estas como resultado das condições económicas e sociais. Cremos que esta associação não é fruto do acaso, antes refletindo a vontade dos constituintes de vincarem a ruptura com o entendimento de desenvolvimento consagrado nos Planos de Fomento, que no essencial assimilavam desenvolvimento a crescimento económico.

Não obstante a entropia conceptual provocada pelo olhar temporalmente desfasado, parece-nos útil ensaiar uma leitura da arquitetura do *desenvolvimento territorial* consagrada na Constituição, entendida como uma visão de conjunto integradora de duas dimensões analíticas complementares: por um lado, os normativos conceptuais inscritos na CRP que exprimem um entendimento conceptual do desenvolvimento, em linha com o que atualmente entendemos por desenvolvimento territorial; por outro lado, o desenho das estruturas institucionais de suporte às políticas de desenvolvimento territorial, o que nos coloca no domínio da *governança territorial*, outro conceito inexistente à data da aprovação da CRP de 1976.

2. Que caminhos para o desenvolvimento territorial apontava a CRP?

Quando se comparam os “Princípios Fundamentais” da versão atual da CRP (2005) com a versão aprovada pela Assembleia Constituinte em 1976, de imediato percebemos a amplitude das mudanças ideológico-doutrinárias que ocorreram nas últimas quatro décadas. Por exemplo, no artigo 9.º da atual CRP estabelece como tarefa fundamental do Estado “incentivar a participação democrática dos cidadãos”, onde em 1976 se postulava incumbir prioritariamente ao Estado “assegurar a participação organizada do povo”. Da mesma forma, igualmente no artigo 9.º, incumbia a CRP76 ao Estado a tarefa de “socializar os meios de produção e a riqueza... e abolir a exploração e a opressão do homem pelo homem”, preocupações que foram substituídas pela incumbência de “promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional”. Ou seja, os “cidadãos” tomam o lugar do “povo” e a preocupação com o “território” o lugar do combate à “exploração”. Numa leitura apressada dir-se-ia que houve uma mudança radical na ordem constitucional e que, além do mais, a preocupação com o desenvolvimento territorial estava

ausente da mente dos deputados constituintes. Tal leitura, salvaguardadas as diferenças de nomenclatura conceptual já assinaladas, está longe de corresponder à verdade.

Com efeito, a primeira ideia a reter da leitura da Constituição, da versão atual ou da original, é que a preocupação com a harmonia territorial do desenvolvimento se interpenetra com o modelo de desenvolvimento social, sendo mesmo um dos seus pilares de suporte. Porém, as preocupações com o Território surgem na CRP numa posição subalterna face a outras políticas, especialmente à política de ambiente e à política de habitação.

A leitura do Capítulo dos “Direitos e Deveres Sociais” revela que o direito ao “ambiente e qualidade de vida” (art.º 66.º) se encontra ao mesmo nível do “direito à segurança social” (art.º 63.º), do “direito à proteção na saúde” (art.º 64.º) e do “direito à habitação” (art.º 65.º). É neste contexto que o *Território* aparece inscrito entre os “direitos sociais”, mas numa posição subalterna, como dimensão instrumental do ambiente, da qualidade de vida e da política de habitação. Com efeito, o n.º 2 do art.º 65.º (que reproduz o texto de 1976) estabelece que “para assegurar o direito à habitação, incumbe ao Estado” definir “uma política de habitação inserida em planos de ordenamento geral do território e apoiada em planos de urbanização que garantam a existência de uma rede adequada de transportes e de equipamento social”. Por sua vez, o art.º 66.º define como incumbência do Estado “ordenar e promover o ordenamento do território, tendo em vista uma correta localização das atividades, um equilibrado desenvolvimento socioeconómico e a valorização da paisagem”, servindo aqui o ordenamento do território exclusivamente o papel instrumental de assegurar o “direito ao ambiente”, conforme decorre do N.º 2 do art.º 66.º. A segunda ideia a reter é que na versão original da CRP (e na atual!), as preocupações com a equidade social se entrecruzam com as preocupações quanto aos desequilíbrios regionais. No desenho da organização económica do país, os deputados constituintes definiram como incumbências prioritárias do Estado (art.º 81.º):

a) Promover o aumento do bem-estar social e económico do povo, em especial das classes mais desfavorecidas;

- c) Promover a igualdade entre os cidadãos, através da transformação das estruturas económico-sociais;
- d) Operar as necessárias correções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento;
- e) **Orientar o desenvolvimento económico e social no sentido de um crescimento equilibrado de todos os sectores e regiões;**
- h) Realizar a reforma agrária;
- i) **Eliminar progressivamente as diferenças sociais e económicas entre a cidade e o campo;**

Como se vê, segundo o texto original, incumbe ao Estado promover o desenvolvimento económico de forma socialmente equitativa... mas atribui-se-lhe também a incumbência, com a mesma prioridade, de corrigir as assimetrias regionais de desenvolvimento entendidas como diferenças de crescimento entre “regiões”, mas também como diferenças entre “a cidade” e “o campo”. A estas dimensões acrescenta-se na versão atual a preocupação com os desequilíbrios entre o “Litoral” e o “Interior” (art.º 81.º d)). Ou seja, do ponto de vista económico, a CRP tem como ambição a promoção de um modelo de desenvolvimento regional equilibrado, seja na relação litoral/interior, seja na relação cidade/campo ou ainda ao nível inter-regional.

A terceira ideia a reter é que a CRP não se limita a apontar para um modelo de desenvolvimento regional equilibrado. Faz corresponder a este objetivo normativo uma estrutura organizacional de suporte à sua concretização. De acordo com a arquitetura constitucional, a correção das assimetrias regionais de desenvolvimento pressupõe: i. um sistema de planeamento regional com “órgãos de planificação regional”;

ii. uma organização político-administrativa do Estado descentralizada. E já assim era há 40 anos!

Na versão constitucional de 1976, “a organização económica e social do país deve ser orientada, coordenada e disciplinada pelo Plano”, tendo em vista “a construção de uma economia socialista” (art.º 91.º). Era precisamente o Plano que deveria “garantir o desenvolvimento harmonioso dos sectores e regiões, a eficiente

utilização das forças produtivas, a justa repartição individual e regional do produto nacional, a coordenação da política económica com a política social, educacional e cultural, a preservação do equilíbrio ecológico, a defesa do ambiente e a qualidade de vida do povo português.” (art.º 91.º 2.). Para tanto estabelecia o art.º 95.º que “o país será dividido em Regiões Plano com base nas potencialidades e nas características geográficas, naturais, sociais e humanas do território nacional, com vista ao seu equilibrado desenvolvimento e tendo em conta as carências e os interesses das populações”.

Na versão atual da Constituição, o desígnio da “economia socialista” cedeu lugar à consagração da “economia mista”, mas continua a preconizar-se (art.º 80.º) o “planeamento democrático do desenvolvimento económico e social”, por forma a promover o “desenvolvimento harmonioso e integrado de sectores e regiões”... e “a defesa do mundo rural e a preservação do equilíbrio ecológico”.

Subjacente ao processo de planeamento previsto está a existência de um sistema de organização político-administrativa descentralizado, na base do qual se encontram as regiões autónomas (Título VII) e três tipos de autarquias locais: as Freguesias, os Municípios e as Regiões Administrativas (art.º 237.º e art.º 238.º da CRP76). Aí se previa também a possibilidade de adotar outras formas de “organização territorial autárquica” nas áreas metropolitanas, assunto só agora retomado pelo Programa do XXI Governo constitucional. Desde 1976 (Título VIII) que as Autarquias Locais são entendidas como entidades coletivas de base territorial, dotadas de atribuições e competências próprias, bem como de autonomia financeira e patrimonial. Para tal dispõem de órgãos de governo, cuja legitimidade emana do sufrágio territorial e cujos limites de atuação são definidos por lei. Ou seja, as Autarquias Locais são independentes da Administração Central, que sobre elas apenas exerce a tutela (*a posteriori*), cabendo ao sistema judicial o julgamento das eventuais infrações.

Esta configuração da organização político-administrativa do Estado representou, como é sobejamente conhecido, uma profunda ruptura com a situação vigente durante o Estado Novo. É precisamente desta inovação que decorre o principal impulso para o desenvolvimento regional no Portugal democrático. Particularmente no que às condições de vida se reporta, a instituição das Autarquias Locais e a

consequente “Lei das Finanças Locais” (Lei n.º 1/79) foram, sem dúvida, os principais instrumentos da política de desenvolvimento regional em Portugal nas últimas décadas.

Em síntese, nestas quatro décadas, a CRP descartou a simbologia ideológica inerente à ambição de construir em Portugal uma sociedade socialista, tendo, em consequência, redesenhado os princípios de organização económica e social do país, mas manteve no essencial a arquitetura do desenvolvimento territorial. Os pilares desta arquitetura são, conceptualmente, a inequívoca preocupação com a correção dos desequilíbrios regionais, e, institucionalmente, um sistema de planeamento regional complementar de uma organização político-administrativa descentralizada.

A visão conceptual encontra-se em sintonia com o entendimento paradigmático da política regional prevalecente na bibliografia europeia da época, visão aliás acolhida por outros documentos e estudos de planeamento que se vinham realizando em Portugal desde o final dos anos 60 (nomeadamente, PC, 1969). Em todo o caso, a consideração pluridimensional das assimetrias regionais na CRP autoriza-nos a que as definamos atualmente como assimetrias territoriais. Com efeito a principal lacuna é a dimensão das assimetrias intraurbanas.

O sistema de planeamento regional evoluiu ao longo destes anos para um sistema complexo que envolve as escalas nacional, regional e local. Mas mais do que por ser um sistema multinível, tornou-se num sistema complexo pelas preocupações temáticas que se entrecruzam em qualquer daquelas escalas geográficas. O planeamento do Ordenamento do Território é disso expressão emblemática, sobretudo após a aprovação da Lei de Bases da Política de Ordenamento do Território e do Urbanismo (Lei N.º 48/98). O processo de planeamento territorial subjacente às políticas enquadradas pelo Portugal 2020 é outro exemplo desta complexidade do sistema territorial de planeamento.

É na vertente da organização político-administrativa que o edifício constitucional mais inacabado se encontra, haja em vista a não implementação das regiões administrativas. Mas é também neste domínio que o figurino constitucional se revelou mais ousado e mais contribuiu para o desenvolvimento regional e local. A

instituição das regiões autónomas e das autarquias locais constitui um legado histórico que os deputados constituintes ofereceram ao país.

4. Revolução de Abril: rupturas e continuidades ou o peso da história no texto constitucional?

A CRP foi elaborada pela Assembleia Constituinte saída das primeiras eleições livres com sufrágio universal realizadas em Portugal. É, portanto, uma Assembleia que marca uma ruptura com um longo passado obscurantista em que a ditadura do Estado Novo mergulhou o país. Nesse tempo, o acesso à educação constituía privilégio de uma elite e mesmo esta era prisioneira do isolamento internacional a que o regime político condenara Portugal. Não havia liberdade nem direito de opinião, havia censura política ao que se dizia e escrevia e o ensino era vigiado de perto pela polícia política. Conteúdos programáticos e bibliografia passavam por um estreito crivo, não fosse o ensino das ciências sociais (da história à filosofia e à sociologia, passando pela economia) inspirar ideias que o regime considerava subversivas.

Neste contexto, uma questão se impõe: como explicar a arquitetura do desenvolvimento regional consagrada na Constituição de 1976, especialmente quanto à sensibilidade social e à sintonia com as ideias norteadoras da política regional na Europa? Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, formula-se de seguida um primeiro contributo para responder à pergunta.

Desde logo, recorde-se, o conceito de *desenvolvimento* que transparece da CRP76 está ancorado no direito à segurança social, à proteção da saúde e à habitação, mas também nas condições territoriais que mais diretamente se refletem na qualidade ambiental e nas condições de vida, de que o Ordenamento do Território se apresenta meramente como instrumento. Mas o texto constitucional vai mais longe ao integrar no conceito de desenvolvimento quer as preocupações com a equidade social, quer as preocupações com o equilíbrio espacial do desenvolvimento económico e social. Dir-se-ia, atualmente, preocupações com a coesão social e territorial. De resto, estas seriam preocupações centrais do Plano de Médio Prazo 77-80 (DCP 1977) elaborado ao mesmo tempo que a CRP. Curiosamente, na versão

constitucional de 1976 os desequilíbrios espaciais eram vistos como dicotomia “cidade-campo”, a que nas revisões posteriores se vem juntar a oposição “urbano-rural” e a dicotomia “Litoral” versus “Interior”. Ora, na bibliografia portuguesa a visão recorrente dos desequilíbrios de desenvolvimento tende a acentuar as diferenças entre as condições da faixa litoral do país e as do interior, pelo que seria de esperar que fosse este o entendimento conceptual retido pela Assembleia Constituinte. Acontece que os estudos sobre a realidade territorial portuguesa à data da revolução de 1974 eram muito escassos, pelo que não deve surpreender o facto de os deputados terem veiculado para o texto constitucional os conceitos à época prevalecentes na bibliografia internacional, sobretudo na francesa (por exemplo, Aydalot, 1971, 1976 e 1985; Armstrong & Taylor, 2000; Boudeville, 1972, Perroux, 1961).

A sintonia dos protagonistas da Assembleia Constituinte com a problemática europeia do desenvolvimento regional não se revela apenas nos conceitos vertidos no texto constitucional. Acompanhando aquelas que eram as grandes tendências de mudança paradigmática na Europa dos anos 60-70, os nossos deputados constituintes introduziram em Portugal um novo desenho de organização político-administrativa que, por um lado, se viria a revelar como uma das componentes com maior estabilidade ao longo do tempo inerente às sucessivas revisões constitucionais e, por outro, se evidenciou como o principal instrumento do desenvolvimento regional em Portugal. Desenvolvimento que na visão constitucional era e é, em síntese, um conceito tripartido: o desenvolvimento é visto como tendo na equidade social um dos seus pilares; mas esta equidade é indissociável da correção das assimetrias regionais de desenvolvimento económico; finalmente, a descentralização surge-nos como o terceiro pilar, como o garante da prossecução do Desenvolvimento. Se este entendimento de desenvolvimento é ainda atual, no contexto histórico em que foi formulado, para mais num quadro de decisão coletiva fraturante como era o da Assembleia, é sem dúvida uma obra que merece reconhecimento pela sua pertinência e coerência.

Ora, se a ausência de uma tradição académica em Portugal nesta matéria explica a utilização do referencial europeu, fica por explicar como foi possível num país

fechado sobre si mesmo adotar uma visão paradigmática da problemática do desenvolvimento e do desenvolvimento regional, em particular, tão atual face à bibliografia internacional contemporânea. Tendemos a achar que a resposta nos remete para a conjugação de fatores de ordem pessoal e de ordem socioeconómica. Começando pelos aspetos que nos remetem para as “redes sociais” da época: é certo que matérias como o desenvolvimento e, por maioria de razão, o desenvolvimento regional, estavam completamente ausentes dos *curricula* universitários portugueses de então. Mas também é sabido que havia na Assembleia Constituinte pessoas com a lucidez e a ousadia de furar o cerco obscurantista do regime, mantendo ligações com o acervo cultural do centro da Europa⁷⁷; e não apenas na Assembleia da República, mas também na Administração. Ao longo da história portuguesa, sobretudo do século XX, é possível referenciar pessoas com relevantes funções na administração pública que fizeram parte da sua formação no estrangeiro.

Atestam esta “ligação” ao exterior o debate que se vinha realizando desde os anos 60 nalguns círculos restritos sobre o urbanismo e a política de habitação⁷⁸. A esta dinâmica específica devemos ainda acrescentar o papel das organizações políticas (clandestinas) e dos movimentos religiosos, sobretudo do movimento operário católico, em ambos os casos com fortes relações com organizações similares estrangeiras. Muitas das pessoas que viriam a integrar a Assembleia Constituinte e os diretórios partidários do pós-25 de Abril foram politicamente “formados” neste contexto.

Para além destas “redes sociais” de debate e difusão de ideias, um outro *fórum* anterior ao 25 de Abril merece ser destacado. Tendo como pano de fundo as tarefas do planeamento de médio prazo, o Governo criara em 1960 a Junta de Planeamento Económico Regional. Seis anos volvidos, no âmbito do Secretariado Técnico da

⁷⁷ Infelizmente nem o site da AR nem o da CNE apresentam a lista dos deputados eleitos para a Assembleia Constituinte. Deixa-se aqui a lista dos nomes a partir da Wikipédia: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Assembleia_Constituinte_\(Portugal\)#Resultados_eleitorais_e_deputados_eleitos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assembleia_Constituinte_(Portugal)#Resultados_eleitorais_e_deputados_eleitos)

⁷⁸ Merece aqui destaque o papel dos Arquitetos Gonçalo Ribeiro Telles e Nuno Teotónio Pereira (ambos ligados ao movimento católico), bem como o protagonismo de Nuno Portas nos anos 60 e 70 no Laboratório Nacional de Engenharia Civil (LNEC), onde surgiria o Núcleo de Arquitetura e Urbanismo (NAU) que viria a evoluir para o atual Núcleo de Estudos Urbanos e Territoriais.

Presidência do Conselho (STPC), foi instituída a Divisão de Planeamento Regional, e em 1969 instituídas as Comissões de Planeamento Regional. Estas comissões haveriam de ser convertidas, em 1979, nas CCR-Comissões de Coordenação Regional, antecessoras das atuais CCDR. Pelo meio, em 1971, foi criado o Gabinete da Área de Sines (DL Nº 270/71, de 19 Junho), introduzindo na agenda a reflexão sobre o planeamento do desenvolvimento regional.

As tarefas e decisões inerentes a esta orgânica de planeamento regional aglutinaram um conjunto de pessoas e geraram ideias que viriam a marcar o debate regional nas décadas que se seguiram ao 25 de Abril. Aliás, a par das CCDR (e suas antecessoras) o STPC viria a revelar-se a “grande escola” técnico-política de planeamento em Portugal, daqui tendo emergido vários membros dos governos do PSD e do PS. Nestas “escolas” sempre existiram portas de comunicação entre a Universidade, o estrangeiro (ligação a universidades e à Administração) e a experiência técnico-política de planeamento regional, anterior e posterior ao 25 de Abril. Neste legado histórico merecem destaque:

- O papel de vários académicos que foram protagonistas da reflexão sobre a organização regional do país, a “regionalização”. Depois de, nos anos 30, Amorim Girão ter mapeado a divisão provincial e definido a sua iconografia, Marcelo Caetano integrou as províncias no Código Administrativo de 1936. Em 1957 Orlando Ribeiro escreve “A Geografia e a divisão regional do país”, dando maior visibilidade às propostas que já constavam do seu livro de 1945, “Portugal, o Atlântico e o Mediterrâneo”. Em 1966, Eugénio Castro Caldas publica na Gulbenkian o livro “Regiões homogéneas no Continente”. Pouco depois, 1967, Francisco Pereira de Moura divulga o seu “Esboço de Divisão Regional” e em 1973 (DN de 20 março), Freitas do Amaral esgrime argumentos “Em prol do Desenvolvimento Regional”, pondo a tónica na estrutura administrativa.
- Paralelamente ia sendo construída a visão das assimetrias regionais em Portugal, cuja principal referência é o artigo de Sedas Nunes (1964): “Portugal, sociedade dualista em evolução” publicado na *Análise Social*. Merecem aqui igualmente destaque “As Assimetrias Espaciais de Crescimento no Continente

Português” de M. Santos Loureiro e vários estudos dos anos 50-70 realizados no Centro de Estudos Agrários da F.C. Gulbenkian, nomeadamente os de Henrique de Barros e de Eugénio Castro Caldas.

- O próprio governo de então não foi indiferente ao debate, tendo a estruturação regional da administração criado fricções internas, fricções bem visíveis na troca epistolar estabelecida em 1972 entre os ministros Gonçalves Rapazote e Mota Campos (vd. Cartas publicadas em Melo, 2009). Marcelo Caetano, que antes de ser Primeiro-Ministro teve a seu cargo a tutela do planeamento, tinha ideias claras sobre a questão, expressas num discurso de 1967: *“Mas do que tenho a certeza é de que será mais difícil promover o desenvolvimento de regiões sem instituições e estruturas administrativas próprias do que naquelas que as tenham. Como não se me afigura provável que o legislador ressuscite províncias ou crie regiões administrativas condizentes com as regiões económicas a desenvolver, teremos pois de nos contentar com simples comissões coordenadoras e executivas onde, na ordem regional, estejam representados os diversos serviços e entidades locais que devam participar na acção de fomento”* (Melo, 2009, p.23).

- Como pano de fundo deste debate estão os estudos realizados no âmbito do STPC ligados aos Planos de Fomento. Na sua génese evidenciaram-se nomes como o do então jovem economista João Salgueiro, que chegou a integrar o governo de Marcelo Caetano com a pasta do planeamento, João Cravinho, Sedas Nunes e Francisco Pereira de Moura. Curiosamente, mas certamente não por acaso, todos militantes do movimento católico, onde se deverão acrescentar, pelo menos outros dois destacados economistas, os professores Simões Lopes e Manuela Silva. Nos trabalhos do STPC merecem destaque os estudos económicos preparatórios do III Plano de Fomento (1968-73). Em especial impõe-se aqui referir o relatório (PC, 1969) *Política de Ordenamento do Território* onde pela primeira vez em Portugal se ensaia em sede de planeamento regional uma abordagem económica do ordenamento do território. Mais, este estudo constitui uma aplicação ao caso português da teoria dos polos de crescimento regional de François Perroux, um economista francês que não era estudado nas nossas universidades.

Enquanto por cá se gerava este legado cognitivo recebido pela Assembleia Constituinte, em países como França, Itália e Reino Unido, por esta altura, a Política Regional era uma prioridade da política de desenvolvimento (Vanhove, 1999; Lacour, 2003). Tratava-se de uma política que, no essencial, visava proceder à redistribuição espacial do crescimento económico, transferindo recursos económicos das regiões mais ricas para as mais pobres (Faini & Fabio, 1987). Esta política, que vinha sendo experimentada desde os anos 50, enfrentava nos anos 70 o desafio da descentralização, com a criação regional de estruturas orgânicas da Administração dotadas de autonomia (Mèny-1982). A experiência francesa e a instituição das Regiões em Itália (Cammelli-1990) polarizavam o debate sobre esta questão ao tempo em que em Lisboa se redigia a Constituição. Ao contrário do que acontece no já referido Relatório sobre o Ordenamento do Território, no texto constitucional não é perceptível a influência da Teoria dos Polos de Crescimento regional de François Perroux (Perroux-1961; Boudeville-1972). Não obstante, a Constituição de 1976 parece acolher aquela visão paradigmática da Política Regional, repetidamente preconizando a correção das assimetrias Litoral/Interior e Urbano/Rural, deixando implícita a ideia de que era necessário proceder à discriminação positiva a favor dos espaços menos desenvolvidos, isto é, redistribuir regionalmente o crescimento económico. Acresce que, como se viu, a Assembleia Constituinte revelou-se particularmente atenta ao debate então existente na Europa, tendo adotado um figurino orgânico para a Administração Pública de natureza inequivocamente descentralizada (Graham-1985). Em contraste com o legado do Estado Novo, sob vários aspetos as Autarquias Locais portuguesas são, ainda hoje, um exemplo sem paralelo na UE relativamente ao grau de descentralização de que dispõem (Galès-1998)⁷⁹. Aliás, ao nível da UE as preocupações com a descentralização das políticas públicas só se viriam a manifestar com efetividade nos anos 90, na sequência da reforma dos fundos estruturais de 1989 (vd. Balme-1995).

⁷⁹ É verdade que a despesa pública gerida pelas Autarquias Locais é pouco mais de 1/10 do total, mas os poderes (regulamentares, de planeamento e de investimento) das autarquias portuguesas são mais amplos do que os das congéneres europeias.

A quem devemos tributar o mérito de ter veiculado para o texto constitucional este legado histórico? Segundo o testemunho recebido de Helena Roseta⁸⁰, Aquilino Ribeiro Machado, pelo PS, e Álvaro Veiga de Oliveira, pelo PCP, foram dos deputados da Assembleia Constituinte que mais se empenharam na discussão da temática que vimos referindo: duas pessoas com forte ligação ao Interior de Portugal, que viveram no estrangeiro e cuja história de vida os coloca entre a elite social e política portuguesa, ambos politicamente engajados nas organizações político-sociais do seu tempo⁸¹.

3. O contexto socioeconómico da elaboração da CRP76

Pese embora a importância dos fatores “pessoais” e do legado institucional anterior ao 25 de Abril no acertar do passo com as orientações paradigmáticas da política regional na Europa, certamente que eles não teriam sido suficientes para gerar o alargado entendimento comum que se exprimiu em vários dos artigos da CRP de 1976 relativamente à problemática do desenvolvimento regional. Cremos que para tal contribuiu também a pesada herança de subdesenvolvimento que o regime democrático recebeu do regime fascista, sendo por demais evidentes os problemas de desenvolvimento e premente a sua resolução (DCP, 1977). Esta realidade socioeconómica não poderia ter deixado de influenciar o pensamento dos deputados, dando expressão quer à consciência social que emergiu com o 25 de Abril, quer ao conhecimento gerado na Administração durante as décadas anteriores. Desenvolver o país era agora uma prioridade absoluta. Ora as assimetrias regionais em termos de condições de vida eram evidentes, pelo que, inevitavelmente, Desenvolvimento teria que significar intrinsecamente Desenvolvimento Regional (como Simões Lopes repetidamente afirmava nas suas intervenções).

⁸⁰ A quem publicamente agradeço.

⁸¹ Aquilino Machado nasceu no meio literário (em Paris), tinha ligações à Beira Interior, era neto de um dos primeiros Presidentes da República, foi figura de destaque na maçonaria e o primeiro presidente eleito da Câmara de Lisboa. Já Veiga de Oliveira era originário de São João da Pesqueira, licenciado em engenharia e com um longo período de militância política na clandestinidade, que o levaria ao exílio e à prisão. Depois da revolução ocupou vários cargos ministeriais, tendo sido igualmente vereador na Câmara de Cascais.

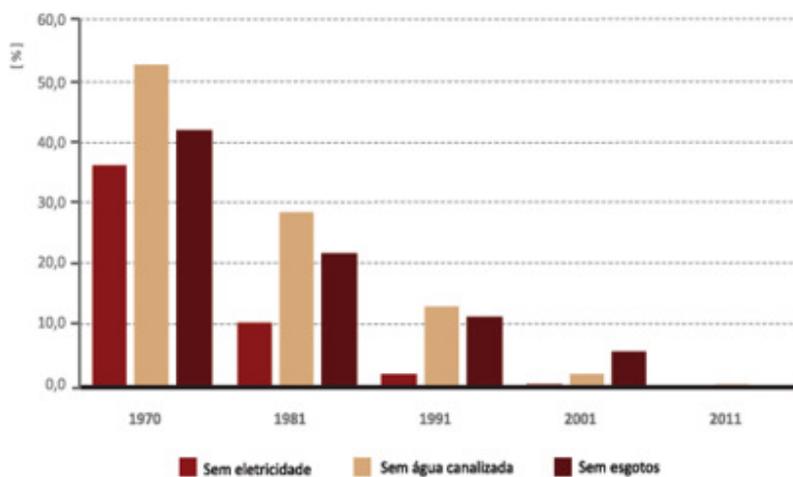
Quando se olha para a realidade socioeconómica portuguesa atual, pese embora os problemas que persistem e os que o século XXI nos trouxe de novo, é difícil imaginar o que era o país quando os deputados se reuniram na Assembleia da República para elaborar a Constituição.

Hoje cerca de $\frac{3}{4}$ do emprego é assegurado pelos Serviços, mas no início dos anos 70 este sector não representava mais de $\frac{1}{3}$ do emprego, pouco mais do que o emprego assegurado pelo sector Primário (mesmo sem considerar totalmente o subemprego da agricultura familiar). No atual contexto geo-económico, Portugal destaca-se por ser o país da UE28 com piores níveis de qualificação académica. Um indicador disso é o facto de cerca de $\frac{2}{3}$ da população empregada ter no máximo o Ensino Secundário. Mais impressionante ainda é recordar que em 1981 cerca de 70% da população ativa tinha no máximo o 1.º ciclo, a velha 4.ª classe. E o que dizer de um país onde menos de uma em cada cinco mulheres em idade ativa estava empregada? Pois, mas era precisamente isso o que acontecia em Portugal em 1970 (INE-2015).

Resumidamente, a revolução democrática de 1974 herda um país com uma base económica arcaica, recursos humanos desqualificados, e com as mulheres fora do mercado de trabalho, com tudo o que isso significa não apenas no plano económico, mas também ao nível social. Portanto, os desafios que se colocavam ao desenvolvimento eram enormes, não devendo surpreender que alguns deles ainda hoje integrem a agenda da política de desenvolvimento. Mas impõe-se reconhecer aqui que no plano das condições de vida os problemas de desenvolvimento territorial seriam incomensuravelmente maiores na atualidade se a CRP de 1976 não tivesse instituído as Autarquias Locais.

Alguns indicadores da forma como as autarquias locais mudaram a configuração espacial do país.

Proporção de alojamentos familiares sem infra-estruturas básicas



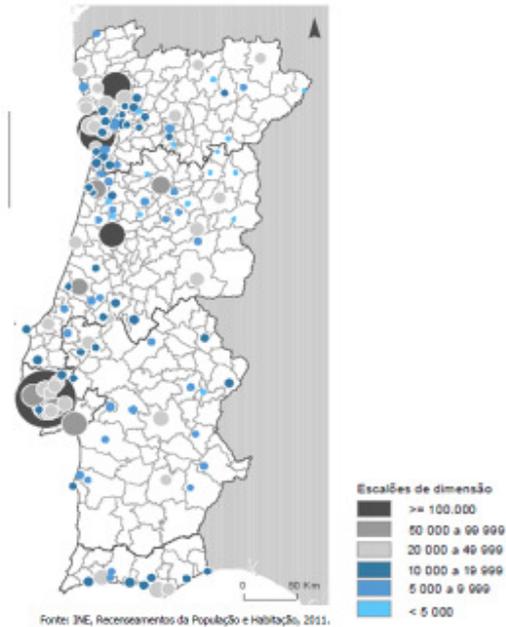
Fonte: INE, I.P., Recenseamentos da População e da Habitação.

O gráfico anterior resume bem as condições habitacionais do país herdadas pela Democracia. Mais de 1/3 das casas não dispunha de energia elétrica, mais de 40% não estava conectada à rede de esgotos e mais de metade não dispunha de água canalizada. E estes números escondem as grandes assimetrias territoriais existentes no país, até por exprimirem, sobretudo, a realidade dos meios urbanos⁸².

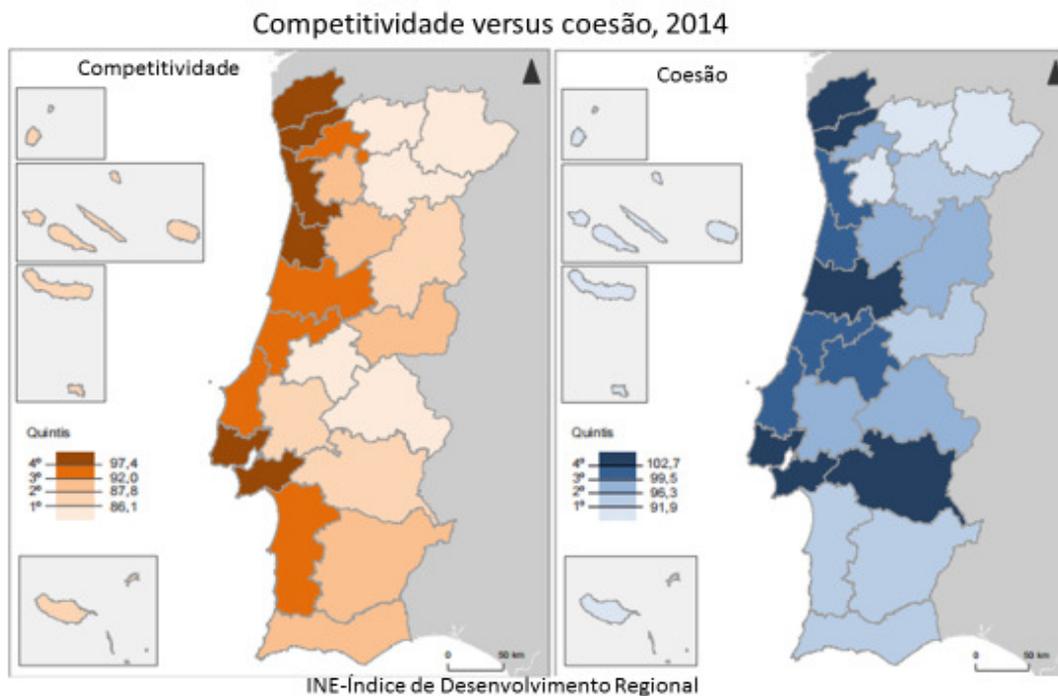
Claro que continuamos a ser um país marcado por fortes assimetrias, com uma estrutura urbana desequilibrada (onde faltam cidades de dimensão média e com as principais cidades a localizarem-se no litoral), a que acresce um elevado contraste urbano-rural. Por exemplo, em Portugal os espaços urbanos ocupam dez vezes menos área do que os espaços rurais, mas possuem o dobro da população e geram o triplo da riqueza.

⁸² Note-se que segundo o estudo de Sedas Nunes já referido, em 1960 quase metade da população urbana residia no distrito de Lisboa, onde as condições de vida eram claramente superiores às do resto do país.

População residente em cidades estatísticas



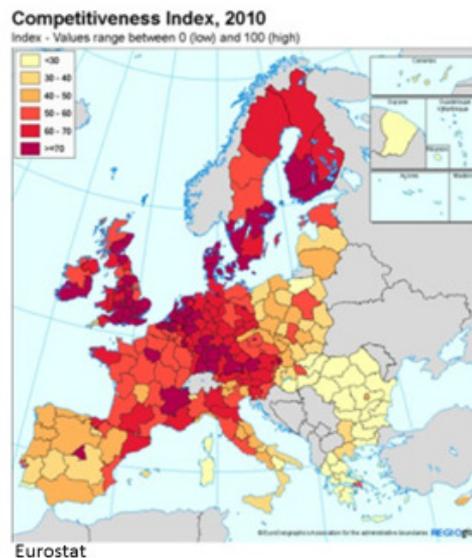
Poderiam arrolar-se aqui muitos mais indicadores que nos tornariam evidente duas coisas: i. em grande medida por força da intervenção das Autarquias Locais, houve uma convergência das condições de vida no; ii. atualmente, as principais assimetrias regionais não se exprimem ao nível das condições de vida mas da competitividade regional, tendo como pano de fundo um enorme *handicap* competitivo do país. O que não invalida que tenham entretanto surgido novas assimetrias territoriais intraurbanas, exprimindo graves desigualdades sociais.



Os atuais desafios da competitividade regional sobrepõem-se aos problemas decorrentes dos desequilíbrios regionais, o que é indissociável da situação do país no respetivo contexto geoeconómico.

Com efeito, no plano internacional, Portugal apresenta um baixo padrão de competitividade. Ilustram-no, sumariamente:

- O facto de nos últimos dez anos a economia portuguesa ter estagnado. Acresce que o crescimento económico em Portugal se tem situado sistematicamente abaixo da média da UE28, tendo inclusive o país “descolado” de Espanha desde a viragem do século.
- A produtividade por hora de trabalho em Portugal é menos de metade da média da zona euro, superando apenas o valor de seis países do Leste, não aderentes ao euro.



Esta vulnerabilidade é acentuada no plano interno pelo facto de apenas a Área Metropolitana de Lisboa se aproximar das regiões mais competitivas do centro da Europa.

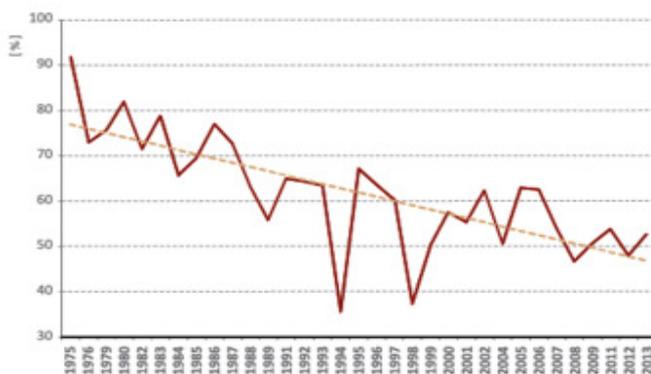
Nestas condições, a adoção de uma estratégia sistémica de desenvolvimento territorial em Portugal é um imperativo que se justifica antes de mais pelo interesse nacional. Mas isto representa um desafio ao nível da governança territorial, o que nos trás de regresso à Constituição.

4. Regionalização: falta cumprir a Constituição ou falta reinventar a Governança Territorial?

O gráfico seguinte deixa bem claro que ao longo dos quarenta anos de democracia tem havido uma inequívoca tendência para a diminuição do grau de participação eleitoral em Portugal.

Haverá razões várias para isso, mas, pese embora este seja apenas um dos indicadores possíveis, tal indicia que a democracia tem vindo a cavar um hiato entre os cidadãos e o poder político. Ora justamente a participação e o exercício da cidadania ativa devem ser vistos como um requisito da materialização do desenvolvimento em democracia.

Participação média em atos eleitorais



Fonte: Ministério da Administração Interna, Direção-geral de Administração Interna



Assim sendo, a descentralização administrativa tem vindo a impor-se como um requisito do desenvolvimento, tanto no país como na UE. Mas não se julgue que este é um caminho fácil. Por exemplo, hoje em dia as políticas de base local (*place based policies*) são uma orientação adquirida na UE. Mas só na reforma de 1989 é que ficou consagrado o princípio da subsidiariedade, apesar de já uma década antes (1988) o então Presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors (citado por Blame-1995), considerar que a criação de um espaço político europeu não poderia ser feita sem que os representantes das autoridades locais e regionais ascendessem à condição de "mediadores naturais entre as autoridades nacionais e os cidadãos".

Este era, de resto, o caminho já apontado pela CRP76, como vimos. Com o tempo, em Portugal a descentralização quase se tem vindo a tornar sinónimo de Regionalização. Faltará cumprir este desígnio constitucional, pois a Regionalização é a solução para os problemas do desenvolvimento territorial? Não cremos que assim seja.

Em Portugal, a regionalização foi defendida e tentada a sua implementação em contextos temporais, políticos e económicos muito distintos... mas, invariavelmente, o processo fracassou. Tal deveria ser o bastante para concluirmos que se trata de

uma ideia politicamente inviável. E o país precisa de soluções operacionalizáveis no contexto político existente.

A redução da participação eleitoral supra evidenciada acontece tanto nas eleições nacionais como nas locais. Sugerindo que o problema é mais amplo e que a participação cívica que precisamos não se esgota na eleição de órgãos de governo (nacionais, regionais ou locais). Precisamos sobretudo de maior envolvimento dos atores no desenvolvimento territorial. Mas não é claro que a Regionalização o assegure, pois não traria formas de relacionamento administração-cidadãos radicalmente diferentes. De resto a CRP não associa participação cívica a regionalização.

Em síntese, parece claro que o desafio que se coloca hoje ao desenvolvimento regional é bem mais complexo do que o existente quando os deputados constituintes vislumbraram na Regionalização a solução do problema. Com efeito, estamos hoje perante o desafio de grande amplitude que é reinventar o sistema de governança territorial português⁸³. Para tal, precisamos de três coisas que estão muito para além da Regionalização. Poderá, aliás, dizer-se que a Regionalização não é condição nem necessária nem suficiente para atingir estes desideratos.

- Precisamos, antes de mais, de uma estratégia de Desenvolvimento Regional de âmbito nacional que deixe claro para onde queremos ir e como lá chegar. Uma estratégia que seja sistémica, articulando as dinâmicas territoriais de todos os espaços territoriais nacionais, resistindo à tentação das abordagens dicotómicas Litoral-Interior, Rural-Urbano, Porto-Lisboa, etc.
- Precisamos de mudar as prioridades da política de desenvolvimento territorial e de aumentar a eficácia da gestão dos fundos da UE, no sentido de promover de forma mais assertiva o desenvolvimento regional e local. Muito mais do que investir em infraestruturas e equipamentos locais de apoio às condições de vida, precisamos agora de investir nos fatores imateriais do desenvolvimento e,

⁸³ “A governança territorial é um conceito global que caracteriza a forma como as várias políticas públicas territorialmente relevantes, consideradas conjuntamente, são aplicadas. A governança territorial é avaliada em função do seu contributo para a concretização dos objetivos das políticas de desenvolvimento territorial. Resulta da qualidade das relações multinível e trans-setoriais estabelecidas no contexto das políticas públicas” CE, 2011, p. 16.

especialmente, no fortalecimento das dinâmicas regionais de competitividade. Ora a Regionalização faria sentido enquanto suporte instrumental de uma estratégia de repartição espacial de recursos, no sentido de capacitar as regiões mais frágeis para disputarem às regiões metropolitanas a sua fatia do “bolo”. O problema é que agora não há “bolo” para repartir. Em vez disso enfrentamos o desafio de aumentar a capacidade de gestão estratégica dos processos territoriais de desenvolvimento. Não se trata de transferir recursos das regiões ricas para as pobres. Agora trata-se de mobilizar os atores e as potencialidades de todas e cada uma das regiões. Mais do que competição entre regiões, precisamos de parcerias interregionais que valorizem as sinergias da sua complementaridade económica (cuja configuração geográfica não se justapõe necessariamente à das regiões administrativas).

- Finalmente, precisamos de uma maneira diferente de executar as políticas territoriais. Precisamos de promover o *networking*, de gerir as várias zonas de fricção da governança territorial multinível e multiescala, de aumentar a capacidade de mobilização e de participação dos atores territoriais, enfim, de melhorar a eficiência das políticas de desenvolvimento territorial. Promover a cidadania, a participação, o *networking* dos atores e a integração territorial das políticas públicas é, sem dúvida, um desafio de monta com que atualmente nos confrontamos, que está muito para além do alcance da Regionalização.

Concordando-se com a bondade destas ideias, então reinventar a governança territorial deverá, nomeadamente, passar por duas ordens de medidas: i. medidas de reestruturação da organização territorial da Administração, no sentido de, por um lado, reforçar as competências de planeamento estratégico ao nível regional e, por outro, aumentar a capacidade de execução política à escala supramunicipal, sim, mas infrarregional; ii. medidas de promoção da inovação societal, da participação e da aproximação dos cidadãos aos decisores.

No sentido de contribuir para a discussão dessas medidas, que aliás o Programa do XXI Governo colocou na agenda política, avançam-se de seguida algumas ideias para debate.

O reforço da capacidade organizacional da Administração na escala intermédia à Administração Central e às Autarquias Locais poderá passar por:

- Manter as Comissões de Coordenação do Desenvolvimento Regional (CCDR) como administração desconcentrada, mas dotá-las de efetivas competências de planeamento estratégico e de coordenação territorial de políticas nacionais/sectoriais e regionais. Tal deveria passar, nomeadamente, por criar algum mecanismo de legitimação política indireta do órgão executivo das CCDR, bem como pela criação de um órgão consultivo de âmbito regional onde os atores políticos, empresariais, intelectuais e cívicos tivessem voz ativa.
- Criar um novo órgão de governo à escala das Áreas Metropolitanas, cujas competências não sejam uma emanção das competências municipais, mas antes uma plataforma de organização da cooperação intermunicipal dotada de competências próprias, de uma agenda de desenvolvimento territorial e de uma liderança clara e legitimada pelo sufrágio direto.
- Instituir uma estrutura técnico-política supramunicipal com a responsabilidade de promover a coerência dos sistemas urbano-rurais e de gerir o investimento nas infraestruturas e nos equipamentos de relevância supramunicipal. Esta estrutura, dotada de órgãos de governo com autonomia face às Autarquias Locais, deveria todavia emanar das Autarquias Locais acolhendo as competências que estas entendessem transferir-lhe, mas sem reproduzir os equívocos do modelo de gestão das Associações de Municípios e das Comunidades Intermunicipais (que neste quadro seriam extintas).

Por sua vez, a promoção da cidadania ativa e da inovação societal, bem como o reforço da identidade dos cidadãos com os protagonistas das políticas territoriais, muito beneficiaria de medidas como as que seguidamente se sugerem:

- Eliminar o Distrito enquanto círculo eleitoral e repensar os círculos eleitorais ajustando-os à configuração geográfica da nova orgânica administrativa resultante do figurino supra enunciado.

- Criação de um círculo eleitoral nacional nas eleições para a Assembleia da República, articulada com a criação de círculos uninominais de candidaturas independentes.
- Repensar o processo de votação, introduzindo a votação eletrónica via internet.
- Permitir que nas eleições autárquicas os eleitores votem não apenas no concelho de residência, mas também naquele onde exercem a sua atividade profissional.
- Repensar o sistema eleitoral dos Municípios, aumentando o poder de controlo pluripartidário das Assembleias Municipais e introduzindo no poder executivo uma componente que reforce a capacidade técnico-política de gestão autárquica em detrimento da mera representação partidária. Uma via para isso poderá ser a introdução nos municípios de um processo de eleição do órgão executivo semelhante ao existente nas Freguesias. Por exemplo, poderá instituir-se como Presidente e como Vice-Presidente da Câmara os dois primeiros nomes da lista mais votada para a Assembleia Municipal, cabendo a esta assembleia a cooptação, sob proposta do Presidente, dos restantes autarcas com funções executivas. Tal cooptação não deveria ser limitada aos membros eleitos da Assembleia Municipal.
- Promover a inovação societal que valorize o envolvimento dos cidadãos na gestão das políticas públicas territoriais, nomeadamente com recurso às tecnologias digitais de comunicação (fóruns digitais de cidadania, mecanismos de auscultação e de avaliação de decisões...). No mínimo poderia pensar-se na definição de barómetros territoriais de satisfação face às políticas públicas.
- Criar um Observatório nacional do Desenvolvimento Regional centrado na Universidade, mas envolvendo representantes dos atores económicos, culturais e políticos emanados das organizações territoriais.

- Finalmente, mas não menos importante, especialmente nos espaços rurais, precisamos de repensar a lógica de organização setorial dos serviços públicos, substituindo-a por uma lógica matricial de diversificação integrada. Usando uma metáfora clínica, trata-se de substituir a organização dos serviços hospitalares segmentados por tipo de doença por uma lógica de cuidados de saúde centrados no doente em função das suas patologias concretas. Tal poderá passar pela instituição de equipas itinerantes de serviço público, dotadas de polivalência funcional.

5. Conclusão

Na CRP, a preocupação com a harmonia territorial do desenvolvimento foi cunhada logo em 1976 e desde então a dimensão territorial surge como suporte do modelo de desenvolvimento social preconizado para o país.

As preocupações territoriais da Assembleia Constituinte exprimiam uma visão teoricamente atualizada e assertiva face aos problemas de desenvolvimento dos anos 70. A instituição do Poder Local revelar-se-ia mesmo o principal contributo para o desenvolvimento regional em Portugal. Entretanto, o caminho da Regionalização revelou-se inviável e, por outro lado, a problemática do desenvolvimento regional alterou-se. Os atuais desafios do Desenvolvimento, da Governança e da Cidadania estão muito para além da Regionalização, ainda que não reclamem uma revisão constitucional.

Atualmente, enfrentamos o desafio de reinventar a governança territorial a vários níveis, nomeadamente regional e local. No plano regional, precisamos de preencher o vazio existente e de dotar a Administração de capacidade organizativa para lidar com os desafios que se colocam ao desenvolvimento territorial. Um caminho para isso é a revisão do estatuto das CCDR e a instituição das Regiões Metropolitanas com governo próprio. No plano local, precisamos de introduzir maior eficácia na intervenção com impacto supramunicipal bem como de um novo fôlego nas apostas estratégicas e de novos protagonistas para o fazer. Para isso é preciso reforçar a democracia local e a cidadania, mas também a capacidade técnica de gestão e o

modelo de governança intermunicipal. Na secção anterior enunciaram-se várias medidas que podem contribuir para este desiderato.

Bem sabemos que não se pode mudar tudo ao mesmo tempo, mas bom seria que alguma coisa mudasse. Passos nesse sentido serão o reforço do papel das CCDR e a criação de uma nova estrutura metropolitana com legitimação direta. Outros apontam em direcção diversa do que aqui sugiro, seja no que se reporta às autarquias locais ou à participação cívica. Discutir a questão é um começo e em si mesmo uma mudança de atitude.

Bibliografia

AR (1976) *Constituição da República Portuguesa*; Assembleia da República.

AR (1979) Lei 1/79-Lei das Finanças Locais; Assembleia da República.

AR (2005) *Constituição da República Portuguesa*; Assembleia da República.

Armstrong, Harvey & Jim Taylor (2009) *Regional Economics and Policy*; Wiley.

Aydalot, Philippe (1971) *Essai sur la théorie du développement*, Éditions Cujas.

Aydalot, Philippe (1976) *Dynamique spatiale et développement inégal*; Économica

Aydalot, Philippe (1985) *Economie régionale et urbaine*; Économica

Balme Richard, Jouve Bernard (1995) *L'Europe en région : les fonds structurels et la régionalisation de l'action publique en France métropolitaine*. In: *Politiques et management public*, vol. 13, n° 2, 1995. Cahier 1. pp. 35-58;

Boudeville, Jacques-Raoul (1972) *Aménagement du territoire et polarisation*. Éditions M.-Th. Génin,

Cammelli, Marco (1990) *Regioni e rappresentanza degli interessi: il caso italiano*, in *Stato e Mercato* No. 29 (2) (AGOSTO 1990), pp. 151-199

Campos, Vítor; Ferrão, João (2015): *O ordenamento do Território em Portugal, uma perspetiva genealógica*. WP1 do ICS-Instituto de Ciências Sociais/Universidade de Lisboa.

CE (2011) *Glossário do desenvolvimento territorial*, Territory and Landscape N° 2, Conselho da Europa.

DCP/SEP (1977) *Plano de Médio Prazo 77-80*; 12 Vol. Departamento Central de Planeamento/Secretaria de Estado do Planeamento. INCM

EUROSTAT () Informação estatística vária;
<http://ec.europa.eu/eurostat/data/database>

Faini, Riccardo, and Schiantarelli Fabio (1987) "Incentives and Investment Decisions: The Effectiveness of Regional Policy." *Oxford Economic Papers* ns 39.3 (1987): 516-33.

Ferrão, João (2016), "O território na Constituição da República portuguesa (1976-2005). Dos preceitos fundadores às políticas de território do futuro", *Sociologia. Problemas e Práticas* (no prelo).

Galès, Patrick Le & Christian Lequesne, eds. (1998) *Regions in Europe*, Routledge.

GOV (2015) *Programa do XXI Governo constitucional, 2015-2019* (<http://www.portugal.gov.pt/media/18268168/programa-do-xxi-governo.pdf>)

Graham, Lawrence S. (1985) Administração Pública central e local: continuidade e mudança, in *Análise Social*, vol. XXI (87-88-89), pp.903-924

INE (2015) *25 de Abril, 40 anos: Estatísticas*; Instituto Nacional de Estatística

INE (2016) Índice Sintético de Desenvolvimento Regional

Lacour, C., & Delamarre, A. (2003). *40 ans d'aménagement du territoire*, la Documentation française.

MAOTDR (2007) *PNOT-Programa Nacional da Política de Ordenamento do Território*; Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional

Melo, António (2009) *Memória & Prospectiva: Da Província à Região-Plano*; CCDR Norte.

Mény, Y., & De Witte, B. (Eds.). (1982). *Dix ans de régionalisation en Europe: bilan et perspectives, 1970-1980*, Paris: Editions Cujas.

Nunes, A. Sedas (1964). "Portugal, sociedade dualista em evolução", *Análise Social*, Vol. II, Nº 7-8, pp. 407-462.

PC (1968) *III Plano de Fomento*, Presidência do Conselho, Lisboa: INCM.

PC (1969) *Política de ordenamento do território*, [http://www.dpp.pt/pt/base-de-dados/Arquivo-historico/Documents/III Plano de Fomento/ECPP-](http://www.dpp.pt/pt/base-de-dados/Arquivo-historico/Documents/III_Plano_de_Fomento/ECPP-)

[260_0000_Indice.pdf](#) Secretariado Técnico da Presidência do Conselho (policopiado).

Perroux, François (1961) *Liéconomie du XXème siècle*, Presses universitaires de France

Vanhove, Norbert (1999) *Regional Policy: a European approach*; 3rd ed.; Ashgate.

Wikipédia: Resultados eleitorais e lista de deputados eleitos para a Assembleia Constituinte

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Assembleia_Constituente_\(Portugal\)#Resultados_eleitorais_e_deputados_eleitos](https://pt.wikipedia.org/wiki/Assembleia_Constituente_(Portugal)#Resultados_eleitorais_e_deputados_eleitos)