

estado-providência

ESTUDOS DO SÉCULO

XX

número 13 • 2013

A “PORTA DA MEMÓRIA”: (PÓS?)
CONSTITUCIONALISMO, ESTADO (PÓS?)
SOCIAL, (PÓS?) DEMOCRACIA E (PÓS?)
CAPITALISMO. CONTRIBUTOS PARA UMA
“DOGMÁTICA DA ESCASSEZ”

João Carlos Loureiro

João Carlos Loureiro, Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: loureiro62@gmail.com.

I – Introdução

Num número dos *Estudos do Século XX*, que assume como mote criativo *Estado providência, democracia e capitalismo*, entendemos, enquanto juspublicistas, considerar também um outro adjetivo qualificativo do Estado, *constitucional*, que nos remete para mutações no horizonte de reflexão da constituição e do constitucionalismo.

Numa das obras de direito público mais relevantes nos últimos cinquenta anos em Portugal – *Direito Público e sociedade técnica* –, Rogério Soares começa o seu relato de uma impressionante forma. Escreve:

“Se fosse possível a um jurista particularmente interessado pelas coisas do direito público entrar no sono da princesa da fábula, não precisaria de deixar correr os cem anos para descobrir atônito que à sua volta tudo mudou. Bastava-lhe ter esperado pelo desencanto dos últimos vinte anos e verificaria que o seu castelo de construções e os seus servidores estavam irremediavelmente submersos nos silvados duma nova realidade, perante o qual se encontravam indefesos”¹.

Publicado em 1969, este texto não é menos atual, quando se revive um mal-estar civilizacional², um mal-estar da democracia³, um mal-estar constitucional⁴, e muitos experimentam, após a narrativa do bem-estar, a experiência dramática de um mal-estar por ausência de condições materiais para uma existência condigna. Não precisamos de entrar na pele da princesa, bastando pensar nos cerca de trinta anos que medeiam entre o nosso atravessar a Porta Férrea, no princípio da década de 80, nas vestes de primeiranista, e a atual circunstância, para nos apercebermos de diferenças significativas na discussão, quer na orbe, quer no país. Nesta “porta da memória” – na minha juventude, ao contrário de Tony Judt⁵ na sua infância, não experimentei um chalé [suíço] – recordo-me de um conjunto de discussões de um país que, em grande parte, procurava entrar no “tempo comum” depois da efervescência revolucionária, habitada pela utopia, experimenta(n)do o “tempo (re)constituente extraordinário”⁶, vazado primeiro na Constituição de 1976 e especialmente na revisão de 1982, no que toca à constituição política, e, mais tarde (1989), no que se refere à constituição económica.

Se uma parte da doutrina se batia pelo Estado social, outra apontava para o Estado socialista, segundo o modelo das então designadas democracias populares. A teoria

¹ SOARES, Rogério Ehrhardt – *Direito público e sociedade técnica*. 2ª ed. Coimbra: Tenacitas, 2008. 164p. ISBN 9789728758189. p. 23. Por imperativos de espaço, há, no artigo, uma inequívoca redução ao nível bibliográfico, que nos impede de dar conta de outros textos com que nos cruz(á)(a)mos.

² FREUD, Sigmund – *O mal-estar na civilização*. Lisboa: Relógio d’Água, 2008. 163 p. ISBN 9789727089529.

³ GALLI, Carlo – *Il disagio della democrazia*, Torino: Einaudi, 2011. 93 p. ISBN 978-88-06-20430-3.

⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes – “Mal estar da Constituição e pessimismo pós-moderno”. *Vértice*. Lisboa. N.º 7 (1988). p. 9-12.

⁵ *O chalet da memória*. Lisboa: Edições 70, 2011. 223 p. ISBN 9789724416632. p. 11-12.

⁶ ACKERMANN, Bruce – *We the people*. Cambridge; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1993. 252 p. ISBN 0674948416.

dominante defendia um Estado constitucional ocidental, nos seus conteúdos, que não só na geografia da nossa meridional finisterra. Estado constitucional marcado pela divisão de poderes, não apenas no plano organizacional e funcional, mas também social, no quadro de uma realidade constitucional que via o povo como entidade plural, mas também pela garantia dos direitos fundamentais, “geracionalmente” enriquecidos. Ou seja, não apenas os tradicionais direitos de defesa do Estado liberal compreendido como “cão de guarda da propriedade”⁷ e os direitos políticos, mas também os direitos económicos, sociais e culturais, a que foram sendo acrescentadas novas “gerações” de direitos (quarta ou mesmo quinta).

Face ao descrédito da fórmula Estado social – que o marcelismo, enquanto expressão seródia da ditadura revestida de uma fragrância primaveril, adotara – e às pretensões de rutura com a “conceção liberal-burguesa do Estado de direito” que alimentava outros⁸, preferiu-se falar de democracia económica, social e cultural.

No plano da *democracia*, a convergência no termo não afastava fortes dissensos no que toca a conteúdos, assistindo-se, não raro, à contraposição entre democracia representativa e democracia participativa, democracia burguesa e democracia socialista, democracia formal e democracia material.

Limitando-nos à primeira contraposição, o problema não estava no facto de, a par da consagração da democracia representativa na Constituição de 76, não se desconhecem também elementos de democracia participativa no mesmo texto, mas antes na utilização da última para deslegitimar a primeira, reconduzida, muitas vezes, a uma democracia formal, liberal-burguesa. Esta menorização da democracia representativa agitada por forças incapazes de obter maiorias parlamentares mereceu, entre nós, uma magistral refutação de Baptista Machado⁹, em termos que não podemos desenvolver.

No terreno económico, o *capitalismo* aparecia, para a esmagadora maioria, como uma espécie de bombo da luta, incapaz de ter direito de cidade. Ao nível da linguagem, capitalista integrava o rol de insultos, concorrendo com fascista na deslegitimação do adversário. A CRP estabelecia, logo na preambular entrada, um “caminho para uma sociedade socialista”, que fazia de Portugal, como se lia no artigo primogénito do texto, uma “República soberana (...) empenhada na sua transformação numa sociedade sem classes”. No comentário de Gomes Canotilho e Vital Moreira, haveria dois sentidos do termo sociedade sem classes: 1) socialista (“prevalentemente marxista”), assente na coletivização da propriedade; 2) conceção “pequeno-burguesa”, baseada na difusão da propriedade. Ambos teriam em comum a “abolição da separação entre detentores e não detentores dos meios de produção”¹⁰. Embora não o digam expressamente, essa conceção, que designam de “pequeno-

⁷ PIRES, Francisco Lucas – *O problema da constituição*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade, 1970. 98 p. Sep. de “Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra”. Vol.17.

⁸ MOREIRA, Vital – *Constituição e revisão constitucional*. Lisboa: Ed. Caminho, 1980. 137 p. p. 19.

⁹ *Participação e descentralização, democratização e neutralidade na Constituição de 76*. Coimbra: Livraria Almedina, 1982. 155 p.

¹⁰ *Constituição da República Portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 1980. 619 p., p. 32; mais desenvolvidamente, MIRANDA, Jorge – *A Constituição de 1976: formação, estrutura, princípios fundamentais*. Lisboa: Livraria Petrony, 1978. 566 p.

-burguesa”, poderia ilustrar-se nas posições do constitucionalista democrata-cristão Francisco Lucas Pires, que afirmava: “Alargar a propriedade a todos os cidadãos é a passagem da cidadania política e formal à cidadania material e económica”¹¹.

Em termos constitucionais, o debate era também agitado: um enorme consenso no sentido da aprovação do texto (só quebrado pelos 16 deputados do CDS) não disfarçava as profundas feridas hermenêuticas que os festejos da aprovação, depois de um controvertido e cercado procedimento constituinte, que levou alguns¹² a questionar a própria legitimação da lei fundamental, não eliminaram. Aliás, a questão constitucional assumiu um lugar central nos anos que se seguiram, merecendo especial atenção um conjunto de problemas como a questão dos chamados limites materiais de revisão (cláusula pétrea, como refere a doutrina com sotaque brasileiro), previstos no então art. 290.º da CRP (agora 288.º). Assinalem-se também as discussões em matéria de direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos económicos, sociais e culturais¹³.

Discutir hoje a trilogia proposta – Estado providência, melhor, Estado social, democracia e capitalismo – obriga a uma breve genealogia dos conceitos e à sua precisão, dando conta de novos adjetivos do Estado (regulador, precetor, garantidor ou de garantia), que integraram o debate académico, ao mesmo tempo que, em sede constitucional, passou-se a falar de interconstitucionalidade, constitucionalismo societário, neoconstitucionalismo(s) e pós-constitucionalismo.

Atentas a limitações de espaço e tempo, procuraremos, de uma forma breve, percorrer as seguintes etapas:

a) precisar os conceitos-mote da investigação e deixar algumas pistas de articulação. Acrescenta-se, num tempo de crises – económico-financeira, mas também social e cultural –, uma alusão aos candidatos que pretendem desempenhar uma função de superação de conceitos como Estado social (entendemos que a fórmula Estado-providência designa uma patologia do Estado social), democracia, capitalismo e constitucionalismo;

b) num plano mais dogmático, procuraremos tomar a sério a especial escassez de meios, articulando texto constitucional e realidade, considerando em que medida o chamado estado de emergência económico-financeira tem, ou pode ter, tradução doutrinária, justificando soluções que não seriam admissíveis em tempos de “normalidade”.

II – Os termos do debate

A trilogia proposta – Estado Providência, democracia e capitalismo –, a que somamos o constitucionalismo, exige uma clarificação e um elenco de algumas das mudanças testemunhadas.

¹¹ *Uma constituição para Portugal*. Coimbra: [Imprensa de Coimbra], 1975. 175 p. p. 60.

¹² Sobre este argumento, criticamente, CANOTILHO, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1522. p. 202.

¹³ Paradigmaticamente, na Escola de Coimbra, a controvérsia entre Gomes Canotilho e Vieira de Andrade.

1. Constitucionalismo e constituição: entre o neo- e o pós-constitucionalismo

Em relação ao constitucionalismo, assistimos a um conjunto de processos, a saber:

a) reforço da vinculação internacional do Estado e, no caso português, adesão às Comunidades, agora expressa na pertença à União Europeia, num quadro marcado pela globalização, sendo esta, não raro, reduzida essencialmente à sua dimensão económica (“globalismo”¹⁴);

b) articulação de uma normatividade em rede, que, para quem admita constituições não estatais, passa por um processo de interconstitucionalidade;

c) discussão, caso se defenda um constitucionalismo global, da admissibilidade do chamado constitucionalismo societário¹⁵, destinado a regular, por meios não estatais, toda uma série de campos;

d) aprofundamento de uma teoria dos bens públicos globais e de mecanismos de regulação pós-vestefalianos, num quadro de bem comum numa “sociedade mundial de risco”¹⁶;

e) efetiva importância dos mecanismos de justiça constitucional, especialmente depois da criação do Tribunal Constitucional, que se tornaram, como agora se diz, incontornáveis, sendo extremamente significativa a relevância da CRP para a conformação de toda a ordem jurídica.

Sem prejuízo do relevo dos direitos económicos, sociais e culturais na jurisprudência do Tribunal Constitucional, também é certo que continuamos aqui num território de conflito quanto ao seu alcance. É verdade que a doutrina não os reduz a meros votos, mais ou menos pios. Acontece, no entanto, que cada vez se tem de tomar mais a sério o quadro económico-financeiro: em áreas como a saúde, a par da racionalização, fala-se agora de racionamento. Mais recentemente, na sequência da “segunda grande contração” (Reinhart/ Rogoff), pergunta-se se a crise é um *topos* com impacto em sede de avaliação constitucional das normas que concretizam políticas públicas.

Passou-se a falar de neoconstitucionalismo(s) e de pós-constitucionalismos. Os primeiros têm sido especialmente importantes em matéria de direitos económicos, sociais e culturais¹⁷. A partir de uma leitura dirigente da Constituição, fazendo dos juízes os seus profetas, temos assistido a um ativismo judiciário forte, que toca no princípio da divisão de poderes. O caso brasileiro é, a este propósito, paradigmático.

¹⁴ BECK, Ulrich – *Qué es la globalización?: falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona [etc.]: Paidós, 1998. 224 p. ISBN 8449305284.

¹⁵ Entre nós, sobre a construção de Teubner, vd., por todos, CANOTILHO, J.J. Gomes – “Brançosos” e *interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006. 345 p.

¹⁶ BECK, Ulrich – *Weltrisikogesellschaft: auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Frankfurt, M.: Suhrkamp, 2007. 439 p. ISBN 978-3-518-41425-5.

¹⁷ Deixamos de lado aqui o *new constitutionalism* americano: cf., para uma síntese, BARBERIS, Mauro – *Stato costituzionale: sul nuovo costituzionalismo*. Modena: Mucchi Editore, 2012. 80 p. ISSN 978-88-7000-558-5, esp. p. 18-22.

Já para o pós-constitucionalismo¹⁸, que transparece, por exemplo, no chamado “constitucionalismo débil”, em sede de constituição social, a intervenção judicial seria bastante limitada.

2. Estado social: entre o adeus e a adequação

Em vez da fórmula proposta – Estado providência –, preferimos falar de Estado social, por várias ordens de razões:

a) em primeiro lugar, porque no campo jurídico, num país, como Portugal, em que o doutrina alemã é marca constitutiva da dogmática, a figura a usar é a de Estado social, sem prejuízo da ausência da expressão na CRP, sendo as designações Estado de bem-estar e de Estado-providência mais reservadas para o campo da análise sociológica;

b) em segundo lugar, no plano da história, entendemos que o Estado-providência corresponde a uma patologia do Estado social, que se traduziu, às vezes, numa “colonização do mundo-da-vida” (Habermas). Dito de outra forma: o Estado-providência, interpretado nesta acepção, correspondeu apenas a uma fase do Estado social, que surge no quadrante germânico alemão ainda no século XIX, num tempo marcado pela questão social, operária ou dos trabalhadores.

Economizando etapas, diremos que Estado social é aquele em que, sem prejuízo do reconhecimento do papel essencial da economia de mercado, assume como tarefa garantir condições materiais para uma existência humana condigna, afirmando um conjunto de prestações, produzidas ou não pelo Estado, com a marca da deverosidade jurídica, hoje especialmente, mas não exclusivamente, na veste de direitos fundamentais, que respondem, a partir de mecanismos de solidariedade, fraca ou forte, a necessidades que se conectionam com bens básicos ou fundamentais (*v.g.*, saúde, segurança social) cujo acesso não deve estar dependente da capacidade de poder pagar, ou não, um preço¹⁹.

Estado que é visto, crescentemente, não tanto como prestador, mas como garantidor (*Gewährleistungsstaat*), ao ponto de haver vozes que já falam de um Estado pós-social²⁰. Um outro rosto é agora o de Estado ativador ou de ativação, promotor de emprego e de qualificação, podendo o apoio social depender do cumprimento um conjunto de obrigações por parte dos beneficiários.

¹⁸ Para mais desenvolvimentos, vd. LOUREIRO – “Leões, melhoramento(s) e constituição”. In MIRANDA, Jorge [et al.] – *Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. 1. Coimbra: Almedina, 2012. ISBN 9789724049885. p. 545-573. p. 561-564.

¹⁹ Para a explicitação desta noção, vd. LOUREIRO, João Carlos – *Adeus ao estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal; Coimbra Editora, 2010. 309 p. ISBN 9789723218602. p. 73-77.

²⁰ Para estes desenvolvimentos, com as pertinentes indicações bibliográficas, vd. LOUREIRO, João Carlos – *Adeus...*, p. 90-98.

3. O *kratos* e o *demos*: pós-democracia ou relendo Brecht

A democracia é um conceito com uma história longa, sendo vista como uma invenção helénica. Abreviando um longo percurso, refira-se que Barbosa de Melo sustenta uma aproximação tridimensional à democracia: a) uma “dimensão material ou ideológica” (“ideal”); b) uma “dimensão moral ou prática” (virtude); c) uma “dimensão formal ou organizacional” (forma)²¹, em termos que não podemos desenvolver.

Tem-se vindo a falar de democracia constitucional por contraposição à democracia parlamentar²². Chegou mesmo a considerar-se que o constitucionalismo era uma ilegítima limitação da democracia, que o “adjetivo (...) poderia ser suspeito de negar o substantivo: a democracia constitucional não seria mais uma democracia”²³.

A grande interrogação prende-se com saber se passámos, ou não, a uma pós-democracia que não é, sublinhe-se, o pós-democracia²⁴. Não se trata de um retorno pré-democrático: as regras formais, organizacionais e procedimentais (nomeadamente eleitorais) mantém-se. Mas assistimos a uma erosão da democracia, à sua “entropia”²⁵, à opacidade, desempenhando um papel fundamental a “empresa global”²⁶, que reflete a intersecção entre pós-democracia e capitalismo. Na provocante formulação de Brecht, “[o] poder do Estado vem do Povo. – Mas pra onde vai?”²⁷.

A democracia cruza-se, de várias formas, com o Estado social. Para dar apenas alguns exemplos: a) entende-se que uma verdadeira democracia não pode ignorar a tutela da socialidade; b) sustenta-se que o Estado social é instrumento de legitimação da democracia (embora não se ignore a sua mobilização por regimes autoritários). Também da sua conjugação com sociedades capitalistas avançadas resultou, não raro, que a democracia foi vista como ameaça ao futuro, pelo que também por aqui se discute a sua “capacidade de futuro”²⁸. Recordem-se, por exemplo, as considerações de Hans Jonas²⁹ sobre o mundo vindouro (*Nachwelt*) e a necessidade de uma “ética da distância” (*Fernethik*). A ideia de “democracia sustentada”³⁰ deve ser pensada não apenas em termos ecológicos, mas também sociais e económico-financeiros.

²¹ MELO, António Barbosa de – *Democracia e utopia: reflexões*. Porto :[s.n.],1980. 57 p. p. 16.

²² BARBERIS, Mauro – *Stato...*, p. 33-4, 49-50.

²³ BARBERIS, Mauro – *Stato...*, p. 49.

²⁴ Para outras indicações, LOUREIRO, João Carlos – Leões..., esp. p. 566-572.

²⁵ CROUCH, Colin – *Post-democracy*. Cambridge; Malden, MA: Polity, 2004. 135 p. ISBN 978-0-7456-3315-2. p. 104.

²⁶ CROUCH, Colin – *Post-democracy...*, p. 31.

²⁷ “Três parágrafos da Constituição de Weimar”. In “Poemas de Bertold Brecht em versão portuguesa de Paulo Quintela”. *Vértice*. Coimbra. Nº 382-383 (Nov.-Dez. 1975) p. 678-683. p. 678.

²⁸ HÖFFE, Otfried – *Ist die Demokratie zukunftsfähig?: über moderne Politik*. München: Beck, 2009. 334 p. ISBN 978-3-406-58717-7.

²⁹ *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Frankfurt am Main: Insel-Verlag, 1979. 426 p.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes – “Estado Constitucional ecológico e democracia sustentada”. *RevCEDOUA*. Coimbra. ISSN 0874-1093. N.º 2 (2001) p. 9-16.

O aprofundamento da globalização fez da questão da democracia para além dos limites do Estado uma questão-chave, não sendo possível examinar aqui as várias respostas, desde o Estado mundial à “governança global” (*global governance*), centrada numa “técnica de governo”³¹, passando pela república mundial (*v.g.*, Otfried Höffe) e pela democracia cosmopolita ou global (*v.g.*, Anthony Giddens, David Held e Ulrich Beck³²).

4. Capitalismo(s)

O terceiro termo do convite à reflexão proposta neste número centra-se no capitalismo que, verdadeiramente se diz no plural. Com efeito, ao primeiro capitalismo – comercial ou mercantil – acresce um capitalismo industrial e financeiro (que se, podem, aliás, distinguir) e um “terceiro capitalismo”³³, que marcaria as sociedades de conhecimento. Nos últimos anos, assistimos a uma ultrafinanceirização da economia com enorme impacto na vida do comum dos mortais.

No quadro português, o modelo constitucional estabelecido, com forte peso das nacionalizações, consagrando a CRP o princípio da irreversibilidade, deu lugar a uma constituição económica nuclearmente europeia.

Em geral, no Estado Constitucional de matriz alemã, o modelo era, paradigmaticamente, o da economia social de mercado do pós-guerra, que mergulha as suas raízes no chamado capitalismo renano (contraposto ao chamado capitalismo manchesteriano), e no chamado ordoliberalismo desenvolvido pela Escola de Freiburg, que correspondia à designação própria do neoliberalismo, termo que as últimas décadas abastardaram, revestindo hoje um sentido que é o reverso da sua acepção originária.

Não podendo aprofundar aqui a história dos conceitos, assumo como proposição a ideia de que mercado não é sinónimo de capitalismo, ao contrário do que, não raro, surge nos discursos a partir de um paradigma assente na sobreposição total dos termos. Verdadeiramente, é o nascimento do capitalismo financeiro – que não deve ser confundido com os instrumentos financeiros, que nasceram muito antes – que significa uma *mudança essencial (de “natureza”) no capitalismo*³⁴, que passa a estar desligado da economia real e que se tem vindo a expressar, crescentemente, num conjunto de “produtos” com tradução jurídica. Se, nos anos 60 e 70, o discurso estava centrado na Nova Ordem Económica Internacional (NOEI), mais recentemente assentou nas falhas de uma “governança global”.

³¹ OTTMANN, Henning – *Geschichte des politischen Denkens: Band. 4: Das 20. Jahrhundert, Teilband 2: Von der Kritischen Theorie bis zur Globalisierung*, Stuttgart/ Weimar, 2012. 418p. ISBN 978-3-476-02334-6, p. 388.

³² Para uma síntese, com as pertinentes indicações bibliográficas, vd. OTTMANN, Henning – *Geschichte...*, p. 379-399.

³³ MOULIER-BOUTANG, Yann – “Marx in Kalifornien: der dritte Kapitalismus und die alte politische Ökonomie”. *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Bonn: Bundeszentrale für Politische Bildung. ISSN 0479-611 X. (B 52-53/2001) p. 29-37.

³⁴ BRUNI, Luigino – “La crisi e le sue sfide in sette parole”. In BAGGIO, Antonio Maria; BRUNI, Luigino; CODA, Piero – *La crisi economica: appello a una nuova responsabilità*. Roma: Città nuova, 2009. 91 p. ISBN 978-88-311-0221-6. p. 39-65, p. 58-59.

Os resultados do “capitalismo ultrafinanceiro” estão à vista: ao privilegiar o curto prazo sobre o tempo longo, põe em causa o “princípio sustentabilidade”³⁵, nas suas várias dimensões (económico-financeira, social e ambiental) – a sustentabilidade é um “conceito-federador”³⁶–, sendo também afetada a solidariedade intra- e intergeracional.

O seu controlo tem-se revelado difícil, quando nos confrontamos com processos de *shadow banking* que desafiam a regulação e a supervisão nacionais e que mostram os seus limites, não apenas no plano interno, mas sobretudo na disciplina de fluxos internacionais que não podem ser deixados à auto-regulação dos envolvidos. Na síntese de Daniel Innerarity³⁷, seriam cinco os pontos a considerar, a saber: 1) melhoria dos instrumentos de regulação; 2) consideração dos chamados riscos sistémicos, sublinhando-se o relevo da “ignorância sistémica”; 3) reforço dos procedimentos cognitivos indispensáveis à “boa governança”, num quadro de complexidade crescente; 4) tomar a sério a proteção do futuro, nomeadamente aspectos como a responsabilidade, a sustentabilidade e a precaução; 5) papel da política passa também por “*promover a coerência do todo social*”, particularmente importante num tempo em que o “capitalismo (...) perdeu o seu sentido de pertença a uma sociedade, a sua inserção num contexto social e as suas obrigações para com ela”³⁸.

Quanto ao pós-capitalismo, conceitualmente tem sido utilizado para designar uma pluralidade unida apenas pela rejeição do capitalismo, desde o distributivismo de Belloc e Chesterton³⁹ até à defesa de uma pós-escassez agitada por parte dos defensores do pós-(trans) humanismo⁴⁰.

III – Escassez(es): uma “escassez de dogmática”?

Neste ponto, depois de termos visto que cerca de trinta anos não deixaram incólume um conjunto de aspetos da constituição, do Estado social, da política e da economia, centramo-nos no problema das condições materiais de possibilidade dos direitos, nomeadamente dos direitos económicos, sociais e culturais.

Propomo-nos, de uma forma necessariamente breve, apresentar algumas linhas de problematização, a saber:

a) que a dogmática dominante dos direitos sociais não tem tomado a sério os limites decorrentes do desfasamento crescente entre, por exemplo, as condições de possibilidade

³⁵ EKARDT, Felix – *Das Prinzip Nachhaltigkeit: Generationengerechtigkeit und globale Gerechtigkeit*. München: Beck, 2005. 237 p. ISBN 3-406-52798-1.

³⁶ KAHL, Wolfgang (Hrsg.) – *Nachhaltigkeit als Verbundbegriff*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. 686 p. ISBN 978-3-16-149573-1; CANOTILHO, J.J. Gomes – “Sustentabilidade: um romance de cultura e de ciência para reforçar a sustentabilidade democrática”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: FDUC. ISSN 0303-9773. Vol. 88, tomo I (2012) p. 1-11.

³⁷ INNERARITY, Daniel – *Un mundo de todos y de nadie: Piratas, riesgos y redes en el nuevo desorden global*. Barcelona; Buenos Aires; México: Paidós, 2013. 190 p. ISBN 978-84-493-2847-3. p. 151-155.

³⁸ INNERARITY, Daniel – *Un mundo...*, 154-155.

³⁹ CHESTERTON, G. K. – “The outline of sanity (1926)”. In *The Collected Works of G. K. Chesterton* V. San Francisco: Ignatius Press, 1987. ISBN 978-0-89870-170-8. p. 35-209.

⁴⁰ Em geral, vd., HANSELL, Gregory R.; GRASSIE, William (ed.) – *H±: transhumanism and its critics*. Philadelphia, PA: Metanexus Institute, 2011. 278 p. ISBN 978-1-4568-1565-3.

técnicas – o domínio da tecnociência – e os meios económico-financeiros do Estado, nomeadamente num contexto de “crise fiscal do Estado”, em parte resultante da globalização;

b) que se impõe uma “dogmática da escassez” que responda a este problema que é prévio às especiais condições de crise económico-financeira no quadro de Estados altamente endividados⁴¹ e com soberania fortemente condicionada, como é o caso português;

c) que se pergunte se o argumento da emergência económico-financeira pode, e em que termos, ser integrado no quadro dogmático constitucional, sem que se traduza numa determinação dos direitos “pelos índices Down Jones ou Nasdaq” ou na degradação dos “princípios constitucionais”, que veriam a sua “notação [cortada] para lixo”⁴².

1. Direitos sociais e realidade: euforia dogmática e “metanarrativa emancipatória”

Um dos saltos importantes na história passou pela ideia de que há um conjunto de bens que devem ser assegurados a todos independentemente da capacidade de pagamento ou do mérito dos beneficiários⁴³. A resposta institucional foi o Estado social e, em termos jusfundamentais, traduziu-se no recorte, mais ou menos alargado, de direitos sociais.

Não se tratou apenas de garantir “um mínimo *para* uma existência condigna”⁴⁴. Com efeito, assumiu-se uma metanarrativa emancipatória (Lyotard), que dava corpo a palavras-chave da modernidade como progresso e emancipação⁴⁵, e que fez da exigência de bem-estar um elemento de um discurso constitucional traduzido em formulações como constituição dirigente⁴⁶ e proibição do retrocesso social (ou da evolução social reacionária). Ou seja: atingido um certo grau de concretização dos direitos sociais (por exemplo, subsídio de desemprego), não seria possível fazer marcha atrás, reduzindo o seu montante. Esta versão dura ou rígida veio

⁴¹ Sobre o *Schuldenstaat*, vd., na doutrina alemã, KIRCHHOF, Paul – *Deutschland im Schuldensoig: der Weg vom Bürgen zurück zum Bürger*. München: Beck, 2012. 309 p. ISBN 978-3-406-64043-8.

⁴² MACHADO, Jónatas – “Palavras proferidas na “última” lição do Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho: Um aristocrata republicano da virtude e do talento”. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: FDUC. ISSN 0303-9773. Vol. 87 (2011) p. 995-1009, p. 1008.

⁴³ WALZER, Michael – *As esferas da justiça: bem defesa do pluralismo e da igualdade*. Lisboa: Editorial Presença, 1999. 319 p. ISBN 9722325213.

⁴⁴ Sobre a fórmula, cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de – “O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/02”. *Jurisprudência Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora. ISSN 1645-9938. N.º 1 (2004) p. 21-29, p. 29.

⁴⁵ Desenvolvidamente, PEREIRA, Miguel Baptista – *Modernidade e tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Minerva, 1990. 239 p. ISBN 9729316163.

⁴⁶ Sobre as mutações do pensamento de Canotilho quanto a este ponto, vd. o Prefácio à 2.ª edição da sua dissertação de doutoramento (*Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. 539 p. ISBN 9723209969), considerando-se também a tese da deslocação do dirigismo para o plano da União (“Da Constituição dirigente ao direito comunitário dirigente”, agora publicado In: Idem, “Brançosos”...; mais recentemente, recusando a tese da morte da constituição dirigente, vd. MARTINS, Rui Cunha – “Interconstitucionalidade e historicidade”. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos (Org.) – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723220537. Vol. III, p. 499-513, p. 502.

a ser temperada por formulações mais moderadas. Não é possível aqui seguir o elucidativo rasto dos textos de Gomes Canotilho no arco temporal em análise. Diga-se apenas que, como observador atento, não deixou de ter em atenção as mudanças, localizando o princípio da proibição do retrocesso para o domínio do princípio da proteção da confiança na esfera respeitante aos direitos económicos, sociais e culturais⁴⁷ e admitindo passos atrás, desde que justificados por outros valores constitucionais. Com esta formulação fraca, reduziu-se significativamente o confronto com outras posições⁴⁸.

2. Tomando a sério a realidade constitucional: entre tentações e ambiguidades

Na tensão entre normatividade e realidade, há, desde logo, duas tentações que importa evitar: por um lado, seguir Lassalle, para reduzir a constituição a uma “mera folha de papel”, expressão de um “agnosticismo da normatividade”⁴⁹; por outro, deixar-se seduzir pelo positivismo normativista (“norma-introvertido”⁵⁰) de Hans Kelsen, na defesa de uma pureza normativa que não se quer contaminada pelo mundo do ser.

A expressão realidade traz uma ambiguidade essencial, podendo ser captada por contraposição, por exemplo, entre real e ideal, ou, no que nos importa, entre texto e contexto, sendo a realidade constitucional (entendida num sentido amplo⁵¹) a palavra síntese para dar conta do ambiente da sua realização.

Repare-se que há uma longa memória da realidade: para além da ideia de constituição mista enquanto expressão de uma pluralidade de fatores de poder, recorde-se, de uma forma mais geral, a abordagem sociológica por Montesquieu do direito e da sua dependência de um conjunto de fatores. Conhecemos também, a acrescer a Lassalle, a ideia de constituição material como constituição real de parte da doutrina (*v.g.*, Mortati) ou, com um modelo que, no nosso tempo de estudantes ainda mobilizava muita atenção, a trilogia de constituições (normativas, nominais e semânticas) de Karl Loewenstein⁵². Este momento de realidade aparecia, essencialmente⁵³, quer em sede de poder constituinte (originário ou derivado, isto é, de criação ou revisão das normas constitucionais), quer, e é o que agora nos importa, no território da interpretação das normas constitucionais, a pressupor uma certa

⁴⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes – *Direito constitucional...*, p. 339.

⁴⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais...*, p. 381, n. 75.

⁴⁹ ISENSEE, Josef – “Grundrechtsvoraussetzungen und Verfassungserwartungen an die Grundrechtsausübung”. In ISENSEE, Josef; KIRCHHOF, Paul (Hrsg.) – *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. 9. *Allgemeine Grundrechtslehren*. 3ª ed. Heidelberg: Müller, 2011. 1366 p. ISBN 978-3-8114-9992-8. p. 265-411, p. 312.

⁵⁰ ISENSEE, Josef – *Grundrechtsvoraussetzungen...*, p. 312.

⁵¹ Numa aceção mais restrita: *vd.*, por exemplo, ISENSEE, Josef – *Grundrechtsvoraussetzungen...*, p. 312-313, que, louvando-se precisamente nessa ambiguidade distingue entre realidade constitucional e pressupostos constitucionais.

⁵² LOEWENSTEIN, Karl – *Teoría de la constitución*. 2ª ed., 1ª reimp. Barcelona [etc.]: Ariel, 1979. 619 p. ISBN 84-344-1792-8. p. 216-222.

⁵³ Para uma abordagem quadripartida e não inteiramente coincidente, VAZ, Manuel Afonso – *Teoria da Constituição. O que é a Constituição, hoje?*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. 182 p. ISBN 978-972-32-2089-6. p. 112-114.

compreensão da norma (que não a reduz ao texto⁵⁴) e a enfrentar o problema das mutações constitucionais resultantes da dinâmica de uma “constituição viva” (*living constitution*), de uma constituição vida⁵⁵.

Realidade constitucional que não se limita a dimensões materiais, mas abre-se a dimensões culturais⁵⁶, interessando-nos aqui fundamentalmente a questão da escassez (especialmente, de meios económico-financeiros).

3. Escassez: memória, tipologia e noção

Antes de prosseguirmos a nossa análise, importa proceder a uma clarificação em torno do conceito de escassez. Há muito central na economia – recorde-se a formulação de Lionel Robbins⁵⁷ –, a escassez tem merecido alguma atenção, por exemplo, no direito da saúde, (*v.g.*, escassez de órgãos, racionamento). Considerada como traço das sociedades humanas, a escassez assumiu um novo sentido na modernidade (*v.g.*, Hobbes, Hume, Smith), num quadro marcado por desejos e necessidades que não se podem limitar à mera sobrevivência⁵⁸. Na economia deste escrito, não é possível, mas também não é absolutamente necessário, entrar, por exemplo, em diálogo com Rawls e a ideia de “escassez moderada”⁵⁹. Resta-nos sublinhar que, numa *leitura relacional da escassez*, o aumento exponencial do horizonte de *possibilidades fácticas* contrasta com a *diminuição da capacidade do Estado* para obter os meios necessários para fazer face ao acréscimo de pretensões, enunciadas em termos de direitos. Para a doutrina, a novidade residiria nas dimensões dos desafios da escassez e nos limites absolutos em termos naturais⁶⁰.

De uma forma necessariamente breve, numa tipologia da escassez, podemos distinguir:

a) entre escassez absoluta e escassez relativa: a primeira refere-se a uma absoluta carência, a segunda a uma mera insuficiência, em função da incapacidade dos meios

⁵⁴ Paradigmaticamente, vd. MÜLLER, Friedrich; CHRISTENSEN, Ralph – *Juristische Methodik, Bd. I, Grundlagen Öffentliches Recht*. 9ª ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2004. 639 p. ISBN 3-428-11545-7.

⁵⁵ Falando de uma práxis constitucional, HESSE, Konrad – *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. 112 p. ISBN 84-259-0695-4. p. 73.

⁵⁶ Vd., sobre este ponto, no quadro de uma teoria dos pressupostos constitucionais, com outras indicações bibliográficas, LOUREIRO, João Carlos – *Leões...*, p. 557-560.

⁵⁷ *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*. London: Macmillan, 1932, p. 15: “the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses”.

⁵⁸ Para uma síntese, vd. XENOS, Nicholas – “Liberalism and the postulate of scarcity”. *Political theory*. Sage Publications. ISSN 0090-5917. Vol. 15, Nº 2 (1987) p. 225-243.

⁵⁹ Para a sua aplicação no campo dos direitos sociais, vd. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010. 414. ISBN 978-972-32-1805-3. p. 89.

⁶⁰ MARTINI, Mario – *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung: Möglichkeiten und Grenzen einer marktgesteuerten staatlichen Verwaltung des Mangels*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. 912p. ISBN 978-3-16-149332-4. p. 1.

disponíveis responderem à procura⁶¹; b) entre escassez natural e escassez artificial⁶² ou voluntária⁶³.

A escassez é definida como uma “discrepância entre os bens desejados e os bens disponíveis”⁶⁴, sendo um problema fundamental para o Estado social e para o Estado ambiental. Tem, indubitavelmente, tradução numa teoria da responsabilidade, nomeadamente para com as futuras gerações, quer em termos financeiros (o domínio clássico da dívida pública), quer ambiental.

4. Relevância constitucional da escassez: a questão da “reserva do possível”

Traduzida dogmaticamente, temos de ter presente que a escassez operou, na doutrina e jurisprudência alemãs, e, por via de exportação, noutras, entre as quais a portuguesa e brasileira, através da fórmula “reserva do possível”. No que ora nos importa, sublinha-se que a realização dos direitos e o seu nível de concretização está dependente dos meios financeiros disponíveis numa comunidade. É verdade que os custos dos direitos não se limitam aos direitos económicos, sociais e culturais, tocando, desde logo, nos direitos, liberdades e garantias⁶⁵, mas reconhece-se a especial relevância da questão quanto aos primeiros⁶⁶.

Economizando argumentos, não retiramos daqui qualquer estatuto de menoridade dos direitos sociais. Para quem tome a sério uma conceção não mutilada da dignidade da pessoa humana é irrecusável a sua relevância constitucional, não podendo, pois, aceitar-se, socorrendo-nos da explicitação quadripartida de Gomes Canotilho⁶⁷, as tentativas de “total desvinculação do legislador” ou “uma “tendência para o zero” da eficácia destas normas”. Já nos merece outra consideração a ideia de gradualidade na sua realização, desde que: a) não se admita um “grau zero” de efetivação; b) não se toque na garantia do “mínimo para uma existência condigna”; c) não se pretenda que não pode haver diminuição do grau de realização dos direitos, nomeadamente do seu montante.

⁶¹ MARTINI, Mario – *Der Markt...*, cit., p. 2.

⁶² De acordo com um critério das causas de escassez: cf. MALAVIYA, Nina – *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren: zur staatlichen Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. 292 p. 978-3-16-150128-9. p. 58.

⁶³ Cf., entre nós, alicerçando-se na doutrina germânica, GONÇALVES, Pedro – “Liberdade de produção de electricidade e administração da escassez dos recursos”. In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M.; LOUREIRO, João Carlos – *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. ISBN 9789723220544. Vol. IV, p. 253-282, p. 265, n. 33, texto com outros elementos sobre a administração da escassez).

⁶⁴ KINGREEN, Thorsten – *Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund: gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003. 659 p. ISBN 3-16-147962-9. p. 187.

⁶⁵ HOLMES, Stephen Holmes; SUNSTEIN, Cass R. – *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W.Norton 1999. 255 p. ISBN 0393320332; NABAIS, José Casalta – “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”. In Idem – *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. ISBN 978-972-32-1467-3. p. 163-196.

⁶⁶ Sublinhando a diferente relevância, ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2012. 393 p. ISBN 978-972-40-4669-3. p. 179.

⁶⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes – *Estudos sobre direitos fundamentais*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. 273 p. ISBN 9789723215939. p. 107

A “reserva do possível” é, pois, o reconhecimento de que o grau de realização dos direitos não é indiferente e insensível à conjuntura. No Estado constitucional ocidental, há, em matéria de acesso aos bens sociais fundamentais, uma zona de indisponibilidade, em que, em regra, não vale a reserva do possível, devendo ser assegurado o conteúdo mínimo desses direitos. Registe-se que, nesta zona de *indisponíveis*, falamos da garantia das condições materiais para uma existência condigna e não da mera sobrevivência (apesar de, no direito internacional dos direitos do homem, nos aparecer um direito com esta designação, que tem de ser ductilmente entendida). Estamos perante um conceito sócio-cultural.

Neste plano básico, estão em jogo bens fundamentais como a vida, a saúde e um conjunto de prestações essenciais que se reconduzem à segurança social. Mas o conteúdo mínimo do direito à proteção da saúde não cobre todas as medidas necessárias à sua conservação. Com efeito, a par de uma provisão básica de cuidados de saúde que não podem ser denegados no Estado Constitucional com a sua marca de socialidade, há doenças cujos custos de tratamento são tão desproporcionalmente elevados que, apesar do carácter trágico da não garantia do acesso aos cuidados médicos e medicamentosos, as pessoas não têm direito à sua disponibilização. Noutros casos, está apenas em causa aceder, ou não, a um medicamento de última geração, considerado, depois dos necessários ensaios clínicos, mais eficiente. A reserva do possível exclui, desde logo, que no nível de afetação personalizada de recursos todos os tratamentos tenham de ser disponibilizados, pois, ao contrário da máxima, a saúde tem custos, aliás crescentemente elevados.

5. Para além dos mínimos: bem-estar e justiça material

O Estado Constitucional não é, em matéria de socialidade, um Estado de mínimos, antes assume um conjunto de obrigações de realização da igualdade material e de redução das desigualdades sociais. Por outras palavras, em termos de direitos sociais, recusa-se uma *teoria minimalista da sua relevância*⁶⁸, apontando-se para uma importância diferenciada, em que, a par da tutela de um indisponível, acresce uma tutela ou proteção relativa fundada no direito social. Na impossibilidade, por constrições inultrapassáveis de espaço, de proceder ao aprofundamento do *topos*, refira-se que o direito fundamental social, verificada a concretização legal do direito, impede: a) quanto à *existência*, a pura e simples revogação, sem substituição, do quadro normativo; b) quanto à *extensão*, que uma eventual diminuição do direito legalmente concretizado seja feita de forma arbitrária.

6. Escassez e princípios: sustentabilidade e justiça intergeracional

Impõe-se uma breve referência ao modo de relevância da escassez em sede constitucional em geral e jusfundamental em especial. Sem prejuízo de uma análise com outros desenvolvimentos, diremos que a escassez de recursos não é um mero elemento fáctico jurídico-constitucionalmente irrelevante. Numa análise que procurasse ser exaustiva, importaria ver os seus *modi operandi*: mero pressuposto constitucional⁶⁹

⁶⁸ Criticamente, NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Wolters Kluwer: Coimbra Editora, 2010. 414. ISBN 978-972-32-1805-3. p. 191.

⁶⁹ Sobre a figura, vd. agora UHLE, Arnd – “Verfassungsvoraussetzungen”. In *Leitgedanken des Rechts: Paul Kirchhof zum 70. Geburtstag*. Bd. 1. Heidelberg: Müller, 2013. ISBN 978-3-8114-3915-3. p. 149-157.

(jusfundamental); elemento interno à constituição (reportando-se, *v.g.*, ao *conteúdo* do direito ou atuando nas vestes de um *limite* – externo – ao direito).

Em termos principiais, a sustentabilidade, que se expressa em termos transversais e transtemporais⁷⁰, é fundamental na discussão sobre a escassez, sem prejuízo de esta poder operar por meio de outros princípios. Com tradução em sede de direito constitucional ambiental, o princípio encontra outros alicerces na CRP⁷¹.

Esta ideia de sustentabilidade tem repercussões quer ao nível dos direitos em formação, quer em relação aos chamados direitos adquiridos. No caso das pensões do sistema previdencial, após a concessão, nos termos de lei conforme à Constituição, de uma pensão, teríamos um direito adquirido, que tem subjacente uma ideia de confiança. Simplesmente, dado que se trata de um direito a prestações com um potencial tempo longo de duração e que os recursos que o suportam dependem, num sistema de repartição, das contribuições das pessoas ativas, o montante da prestação não está imunizado para todo o sempre. Se quiséssemos, socorrendo-nos de fórmulas da doutrina alemã: o direito à pensão gozaria de uma proteção plena da confiança, mas não o seu montante em relação a prestações vincendas. Neste último caso, teríamos, no que respeita ao seu montante, uma proteção aberta da confiança⁷². Pelo que, num quadro onde se apontou para um sistema retributivo de cálculo das pensões de velhice/ aposentação, ou seja, o montante era determinado pela média dos melhores anos da parte final da carreira⁷³, com um afastamento grosseiro do princípio da equivalência, não há imunização (no sentido da proibição da redução) do seu montante. Aqui, a alteração, por exemplo, do pressuposto demográfico, não pode deixar de relevar num sistema dinâmico, sem prejuízo de a diminuição não poder ser arbitrária, tendo de tomar em consideração um conjunto de princípios, como a proteção da confiança.

7. Crise(s) e emergência económico-financeira: a especial escassez e a dogmática constitucional

Dando mais um passo, importa averiguar agora se e, em caso afirmativo, de que modo, pode e deve ser tomado em consideração o argumento da emergência económico-financeira⁷⁴, em Estados profundamente endividados. Parto da tese de que não colhe, como resulta do que dissemos, a *teoria da irrelevância*: a crise seria um elemento do fáctico que não pode ter efeitos no procedimento hermenêutico-normativo.

⁷⁰ KAHL, Wolfgang (Hrsg.) – *Nachhaltigkeit...*; CANOTILHO, J.J. Gomes – *Sustentabilidade...*

⁷¹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes – “O princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do Direito Constitucional”. *Tékhnē Revista de Estudos Politécnicos/ Polytechnical Studies Review*. Barcelos. ISSN 1645-9911 Nº 13 (2010) p. 7-18.

⁷² Sintetizando as linhas de força desta posição da doutrina tedesca, DIAS, José Figueiredo – *A reinvenção da autorização administrativa no novo modelo do direito do ambiente*. Coimbra: [s.n.], 2011. 888 p. p. 343.

⁷³ Cf., para a distinção entre sistema contributivo e retributivo de cálculo, CINELLI, Maurizio – *Diritto della previdenza sociale*. 10ª ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012. 701 p. ISBN 978-88-348-2572-3. p. 192-193.

⁷⁴ Na doutrina, *vd.*, entre nós, NABAIS, José Casalta; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.) – *Sustentabilidade fiscal em tempos de crise*. Coimbra: Almedina, 2011. 253 p. ISBN 9789724046648 ; em Itália, ANGELINI, Francesca; BENVENUTI, Marco – *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*. Napoli: Jovene Editore, 2012. ISBN 978-88-243-2147-1, nomeadamente, *inter alia*, os capítulos assinados por CIOLLI, Ines – “I diritti sociali”, p. 83-114, e por BENVENUTI, Marco – “La Corte costituzionale”, p. 375-419

Considero dois modelos argumentativos típicos:

- a) a tentativa de legitimar a especial ingerência por via dos preceitos constitucionais referentes ao *estado de exceção* (no caso da CRP, o lugar central seria conferido ao art. 19.º);
- b) a solução, que propugno, de entender que o argumento da emergência económico-financeira pode operar por via do reforço do peso, no procedimento de ponderação, do interesse público, ou mesmo pela internalização, em sede hermenêutica, do elemento da realidade, por via, por exemplo, do princípio da proteção da confiança ou de um direito.

7.1. Discurso da “austeridade” e estado de exceção

O argumento da emergência – de acordo com a velha *máxima salus populi suprema lex est* – é mobilizado para sustentar a tese de que estaríamos perante uma situação reconduzível ao estado de exceção, a justificar uma “dogmática da exceção” ou uma exceção dogmática em relação à normalidade constitucional. Agamben recorda que, efetivamente, entre as duas guerras mundiais se assistiu, comentando o caso francês, a uma “implícita assimilação entre guerra e economia”⁷⁵. Não podendo proceder a uma análise pormenorizada do estado de exceção em geral e da sua concretização constitucional, sempre reafirmarei que a situação em causa não é suscetível de ser reconduzida à *fattispecie* do art. 19.º, nem expressa, nem implicitamente. Com efeito, a constitucionalização do estado de exceção corresponde e correspondeu a um conjunto de pressupostos estritos com assento constitucional, que não compreendem as situações de emergência económico-financeira. Mais: esta leitura é desnecessária e desadequada, desde logo porque não estamos perante uma situação de suspensão de direitos, e porque uma dogmática da escassez, que mobilize, de uma forma apropriada, princípios como a proteção da confiança e a proporcionalidade, é perfeitamente capaz de dar conta do recado.

7.2. A “normalização da exceção”: “austeridade duradoura” ou relendo Agamben

Uma das teorias que foi sustentada recorrentemente no espaço público entre nós foi a de que um conjunto de medidas só seriam legítimas a *título excecional e transitório*, durante o período relativamente curto do ajustamento. Encontra tradução, por exemplo, na jurisprudência do Tribunal Constitucional português, que refere a “conjuntura de absoluta excecionalidade” (Ac. TC n.º 396/2011), permitindo, assim, uma maior margem de ingerência constitucionalmente defensável.

Esta teoria revela fragilidades a dois níveis:

- a) por um lado, mesmo sem a especial urgência de uma estado de emergência económico-financeira, certos graus de concretização dos direitos revelaram-se não apenas insustentáveis a médio e a longo prazo, mas claramente violadores de uma justiça intergeracional (ou seja, a (a)normalidade dos regimes consagrados tendo em conta o tempo de longa duração);

⁷⁵ AGAMBEN, Giorgio – *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, 2010. 140 p. ISBN 9789724416106. p. 28.

b) por outro, ao contrário da ideia inicialmente transmitida de um ajustamento de curta duração, entramos no que a doutrina já designou como a “idade da austeridade”, o que pressupõe um tempo de longa duração e a “normalização da exceção”.

Mesmo que não se adote toda a construção de Agamben, sempre se reconhecerá que, *lato sensu*, se assiste à normalização da exceção e que o direito, sem cair de joelhos perante a força do fáctico, não pode ignorar a realidade, incluindo as dimensões económicas. Também é verdade que, no limite, um “troikoconstitucionalismo” e, em geral, o peso dos poderes económico-financeiros, está a limitar fortemente o jogo de possibilidades constitutivo da política e da escolha democrática.

Assim, a utilização do argumento da emergência económico-financeira não é um expediente de economia de argumentos (ainda que revestido de tons de *a(r)gruramento*), mas elemento indispensável de tomada em consideração da realidade em vista da imprescindível sustentabilidade.

IV – Em ritmo de conclusão

Apertados pelo colete de forças do espaço, terminamos abrindo para continuidades, que não ignoram prequelas e sequelas. Por um lado, por exemplo, o diagnóstico sobre o Estado social e a sua defesa, face às teorias do pós-social, pressupõem um aprofundamento da sua genealogia e dos diferentes tipos (por exemplo, o Estado social nórdico *versus* o Estado social dos países do Sul); por outro, ideias como a “comunidade de bem-estar” (*welfare community*) e os problemas teóricos em termos de leituras sociológicas e políticas exigem percorrer caminhos que não podem ser explicitados nesta apertada síntese.

Esta “porta da memória”, que nos remeteu para um arco temporal centrado em pouco mais de trinta anos, revela um mundo onde nos deparamos com uma verdadeira obsessão pelos pós (os do título são mera amostra), funcionando o prefixo como um misto de pós mágicos e sedutores na sua frequente indeterminação e de poeiras que impedem a clareza analítica. De um ponto de vista jurídico-constitucional, a necessidade de tomar a sério a realidade – não apenas na versão clássica das correlações de poder –, no quadro de crises que revelaram pés-de-barro de uma certa e tradicional tranquilidade teórica e dogmática, comprova que urge desenvolver uma “dogmática da (especial) escassez”, num horizonte em que a exceção tende a a normalizar-se, face à persistência das contrações e, em geral, das mudanças. No centro da tempestade, entre um *Fiat constitutio, pereat mundus*, e um (neo)anticonstitucionalismo que, ciclicamente, faz da constituição o bode expiatório, deparamo-nos com uma certa “escassez de (adequada) dogmática”. Importa evitar que os tempos de crise se convertam em acentuado declínio do tipo Estado Constitucional (Häberle), antes sejam oportunidade de refundadora crítica. Não tendo a visão profética de Ezequiel, perante a incerteza de um futuro e de uma história permanentemente (em) (re)aberto(s) e crescentemente complexos, resta-nos agir e lembrar, esperançosamente, Hölderlin⁷⁶: “(...) onde há perigo, cresce também o que salva”.

⁷⁶ HÖLDERLIN – *Poemas*. Lisboa: Instituto de Cultura Alemã de Lisboa, 1945.