

Artigos Científicos

Constitucionalismo de exceção, pós democracia e o discurso dos agentes judiciários em Portugal

Constitutionalism of exception, post-democracy and the discourse of judicial agents in Portugal

Luana Paixão Dantas do Rosário 

¹ Universidade Estadual de Santa Cruz , Ilhéus, BA, Brasil

RESUMO

Este trabalho analisa o discurso de entrevistas realizadas com membros do Poder Judicial português, com o objetivo de averiguar se o Judiciário tem ecoado o discurso da crise econômico-financeira e das medidas excepcionais de austeridade, com um corte em matéria laboral. A orientação científica epistemológica do trabalho é a Ecologia dos Saberes, pela qual conjuga-se a Análise do Discurso de linha francesa à filosofia da linguagem de Bakhtin, além das contribuições das Sociologias do Direito e das Ausências. Para tanto, se utiliza das técnicas de entrevista, pesquisa documental e bibliográfica. Nossa hipótese de trabalho é que os membros do Poder Judicial português, como agentes sociais, atravessados pelo discurso da austeridade, enunciam marcas discursivas do Constitucionalismo de Exceção e da Pós-Democracia, corroborando a formação ideológica e simbólica que dá substrato à cosmovisão neoliberal financeira de inexistência de direitos laborais, degradação ontológica de seus titulares, desdiferenciação funcional do Direito e deslegitimação ética.

Palavras-chave: Austeridade; Constitucionalismo de Exceção; Crise Econômico-financeira; Exceção; Pós-Democracia

ABSTRACT

This paper analyzes the discourse of interviews conducted with members of the Portuguese Judiciary, with the objective of verifying whether the Judiciary has echoed the discourse of the economic-financial crisis and of the exceptional measures of austerity, with a cut in labor matters. The epistemological scientific orientation of the work is the Ecology of Knowledge, through which it combines Discourse Analysis of the French line with Bakhtin's philosophy of language, as well as the contributions of Sociologies of Law and Absences. Thus, it uses interview techniques, and documentary and bibliographical research. Our working hypothesis is that the members of the Portuguese Judiciary, as

social agents, crossed by the austerity discourse, enunciate discursive marks of Exceptional Constitutionalism and Post-Democracy, corroborating the ideological and symbolic formation that provides the substrate for the neoliberal financial worldview inexistence of labor rights, ontological degradation of its holders, functional de-differentiation of law, and ethical delegitimization.

Keywords: Austerity; Post-Democracy; Constitutionalism of Exception; Economic and Financial Crisis; Exception

RESUMEN

Este artículo analiza el discurso de entrevistas realizadas a miembros del Poder Judicial portugués, con el objetivo de comprobar si el Poder Judicial ha hecho eco del discurso de la crisis económica y financiera y de las medidas excepcionales de austeridad, con un recorte en materia laboral. La orientación científica epistemológica del trabajo es la Ecología del Conocimiento, que combina el Análisis del Discurso de la línea francesa con la filosofía del lenguaje de Bakhtin, además de los aportes de las Sociologías del Derecho y las Ausencias. Se utilizan técnicas de entrevista, e investigación documental y bibliográfica. Nuestra hipótesis de trabajo es que los miembros del Poder Judicial portugués, como agentes sociales, atravesados por el discurso de la austeridad, enuncian marcas discursivas de Constitucionalismo Excepcional y Posdemocracia, corroborando la formación ideológica y simbólica que da sustrato a la cosmovisión financiera neoliberal de inexistencia de derechos laborales, degradación ontológica de sus titulares, desdiferenciación funcional del derecho y deslegitimación ética.

Palabras-Clave: Austeridad; Constitucionalismo excepcional; Crisis económica y financiera; Excepción; Posdemocracia

1 INTRODUÇÃO

Este é o terceiro trabalho de uma investigação realizada em sede de pós-doutorado no Centro de Estudos Sociais, da Universidade de Coimbra, sobre a adoção do discurso da Crise econômico financeira, os ajustes de austeridade e as normatizações de exceção pelo Poder Judicial e por seus agentes, em Brasil e Portugal, e se isto tem levado a um contexto de Constitucionalismo de Exceção e Pós-Democracia. Neste trabalho específico, investigamos se membros do Poder Judicial português têm ecoado o discurso da crise econômico-financeira, da austeridade e da exceção. Nossa hipótese de trabalho é que os membros do Poder Judicial português, como agentes sociais¹, atravessados pelo discurso da austeridade, enunciam marcas discursivas do Constitucionalismo de Exceção² e da Pós-Democracia³, corroborando a formação

¹ Goffman, Erving. **A apresentação do Eu na vida de todos os dias**. Trad. Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 1993.

² Ferreira, António Casimiro. **Sociologia do Direito: uma abordagem sociopolítica**. Porto: Vida Económica, 2019b.

³ Casara, Rubens. **Estado pós-democrático: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

ideológica e simbólica que dá substrato à cosmovisão neoliberal financeira de inexistência de direitos laborais, degradação ontológica de seus titulares⁴, desdiferenciação funcional do Direito e sua deslegitimação ética.

A orientação científica epistemológica do trabalho é a 'Ecologia dos saberes'⁵, que tem por premissa a diversidade epistemológica do mundo, comprometida com a emancipação humana. Desse modo, conjugará a Análise do Discurso de linha francesa à filosofia da linguagem Bakhtiniana, de matriz marxista, às contribuições da Sociologia do Direito e da Sociologia das Ausências. Em nosso entender, essas tradições teóricas se complementam numa análise plural do fenômeno em estudo. Para tanto, serão necessárias as técnicas de entrevista, pesquisa documental e bibliográfica.

A entrevista⁶ será utilizada como técnica de coleta de dados intersubjetivos, o discurso dos agentes judiciais. Tal metodologia de coleta de dados, amplamente empregada nas ciências sociais, envolve o contato do pesquisador na situação de fala, na relação comunicativa, nas representações, percepções e crenças, para extrair da enunciação do sujeito/agente social aquilo que, subjetivo, se estabelece a partir de uma posição/situação no grupo social do qual faz parte. A entrevista é a técnica de pesquisa que, ao valorizar o uso da palavra, símbolo e signo das relações humanas, fornecerá, nesta pesquisa, à Análise do Discurso, o material necessário para a compreensão de como esses agentes sociais constroem sentido à sua realidade.

Analisar o discurso das decisões judiciais é importante na medida em que o Poder Judicial é uma instituição capaz de transformar ou manter estruturas de dominação de uma sociedade de classes. O Judiciário é a instituição central que participa da disputa de sentidos hegemônicos com seu poder decisório e normativo. Uma vez que discursos significam a partir de um sistema ideológico dominante, no qual o sujeito se constitui e é constituído, são, então, representações das relações

⁴ Santos, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out. 2002. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1285>. DOI: 10.4000/rccs.1285. Acesso em: 03 fev. 2020.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estud.** - CEBRAP, São Paulo, n. 79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33022007000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

⁶ BATISTA, Eraldo Carlos. MATOS, Luís Alberto Lourenço. NASCIMENTO, Alessandra Bertasi. A entrevista como técnica de investigação na pesquisa qualitativa. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**, Blumenau, v. 11, n. 3, jul./set. 2017, p. 23-38.

conflituosas estabelecidas. Portanto, analisar o discurso é necessário para fazer emergir suas formações discursivas. São definidas por Orlandi⁷ “como aquilo que em uma formação ideológica dada determina o que pode e deve ser dito”. Analisar um discurso é se voltar sobre as marcas constitutivas deixadas pelo Outro (Bakhtin), ainda que o enunciador tenha tentado apagá-las. É inquirir como o sujeito histórico interpelado pela ideologia e pelas relações de poder se autorrepresenta no discurso. Neste trabalho, é atentar para a fachada de representação⁸ do agente social, para os silenciamentos⁹, regimes de verdade e interditos¹⁰.

O primeiro tópico irá estabelecer o marco teórico acerca da austeridade, constitucionalismo e normatividade de exceção, com recorte em matéria laboral. O segundo tópico irá realizar a análise do discurso das entrevistas, a partir do marco teórico estabelecido no tópico anterior. Ao que se seguirá a conclusão.

2 AUSTERIDADE, NORMATIVIDADE E CONSTITUCIONALISMO DE EXCEÇÃO

Após a Crise econômico-financeira mundial de 2008, firmou-se um discurso no meio político de que o único enfrentamento possível à Crise seria por meio das legislações de austeridade, exemplos que foram vistos em Portugal, sobretudo após o pedido de ajuda externa à Troika (Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia), que resultaram nos Memorandos de Entendimento, Acordos de Concertação Social e Legislações correlatas. Em matéria laboral, as vastas mudanças de exceção e austeridade vieram por meio da Lei 23/2012¹¹.

Tais legislações de austeridade são impostas por meio de legislação de exceção, de uma lógica fatalista de emergência e de sacrifício. Entretanto, como adverte

⁷ Orlandi, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso**: princípios & procedimentos. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009, p. 43.

⁸ Goffman, Erving. **A apresentação do Eu na vida de todos os dias**. Trad. Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 1993.

⁹ Orlandi, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

¹⁰ Foucault, M. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 2009.

¹¹ Portugal. **Lei 23/2012**. Diário da República, 1.ª série — N.º 121 — 25 de junho de 2012. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/178501/details/maximized>. Acesso em: 01 mar. 2020

Ferreira¹², a adoção do discurso utilitário do sacrifício pelo ultra neoliberalismo financeiro é eticamente perversa, pois oculta que o sacrifício não recairá sobre todos. A austeridade é definida por Antonio Casimiro Ferreira como “o processo de implementação de políticas e de medidas económicas que conduzem à disciplina, ao rigor e à contenção económica, social e cultural”¹³. Desse modo, o neoliberalismo realiza a financeirização do domínio fático da vida. Como expõe Ferreira¹⁴, as medidas legislativas de exceção constitutivas da austeridade conflitam com os direitos fundamentais estabelecidos por uma tradição democrática atrelada às noções de igualdade material, de bem-estar e de justiça social.

Sob o argumento do desenvolvimento econômico, da produtividade, da competitividade e da criação de emprego, a Lei 23/2012¹⁵ precarizou os direitos e garantias do trabalhador, causando impactos na regulamentação do banco de horas individual e grupal, alterações no descanso compensatório e na remuneração por trabalho suplementar, eliminação de feriados obrigatórios, mudanças no regime de férias, redução da compensação por despedimento, mudanças nos requisitos de despedimento por extinção do posto de trabalho e por inadaptação do trabalhador – tudo em prejuízo do trabalhador, porém sobre o que não será possível aprofundar aqui.

Conforme Antonio Manuel Hespanha¹⁶, o neoliberalismo caracterizou-se por propor uma desregulação muito mais radical, tanto em nível de Estado quanto de autorregulação, uma vez que impera o relativismo absoluto de valores, tanto no plano gnosiológico, como no plano axiológico. Lembrando, “o novo mercado não está regulado por qualquer estrutura normativa transcendente às próprias transações”¹⁷.

¹² Ferreira, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, dez. 2011, p. 119-136. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/4417>. DOI: 10.4000/rccs.4417. Acesso em: março 2020.

¹³ Ferreira, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, dez. 2011, p. 119-136. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/4417>. DOI: 10.4000/rccs.4417. Acesso em: março 2020, p. 119.

¹⁴ Ferreira, António Casimiro. **Sociologia do Direito: uma abordagem sociopolítica**. Porto: Vida Económica, 2019b.

¹⁵ Portugal. **Lei 23/2012**. Diário da República, 1.ª série — N.º 121 — 25 de junho de 2012. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/178501/details/maximized>. Acesso em: 01 mar. 2020.

¹⁶ Hespanha, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: crise, direito e argumentação jurídica. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 130, abr./jun. 2012, p. 9-80.

¹⁷ Hespanha, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: crise, direito e argumentação jurídica. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 130, abr./jun. 2012, p. 16.

Deste modo, o Direito deixa de regulamentar a economia e a política; a austeridade e a exceção potencializam a insegurança e promovem a fragilização ontológica dos direitos na sociedade.

Ferreira¹⁸ acrescenta que se instala o exercício de um poder de emergência, discricionário, que fragiliza o poder dos eleitos, age ao abrigo de uma lógica securitária, segundo os interesses do mercado. Segundo o autor, por conta do antagonismo entre as exigências do mercado e da democracia, a instabilidade é convertida em regra e a exceção é normalizada, surgindo um cenário de pós-democracia e de constitucionalismo de exceção.

Nas palavras de Rubens Casara¹⁹, no Estado Pós-Democrático, a democracia perde conteúdo substancial e vinculante, se torna um simulacro, um elemento discursivo apaziguador. Trata-se de um Estado forte, no que toca ao controle social, voltado à realização dos interesses do mercado. Isto é, possivelmente, o Estado menos sujeito a controle desde a criação do Estado Moderno. Nele, o político torna-se o mero espaço da dicotomia amigo e inimigo do mercado. Neste cenário, o inimigo será o indivíduo indesejável, e os direitos fundamentais serão um obstáculo à consecução dos fins do mercado. Nas palavras de Ferreira²⁰, “o excecionalismo da austeridade é um modelo que assenta no princípio geral do esquecimento dos direitos fundamentais”.

Prossegue Rubens Casara²¹ alegando que, na pós-democracia, todos os valores são tratados como mercadorias no grande mercado da democracia de fachada – um estágio do capitalismo sem direitos democráticos, nem resistência, que permite a dominação pelos meios de comunicação de massa, que capturam o imaginário e o simbólico. Garcia dos Santos²² é elucidativo ao enunciar que o mercado precisa de um Estado fraco como instância de decisão e formulação de política, mas forte como dispositivo de controle social, o que faz o estado de exceção uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal.

¹⁸ Ferreira, António Casimiro. **Sociologia do Direito**: uma abordagem sociopolítica. Porto: Vida Económica, 2019b.

¹⁹ Casara, Rubens. **Estado pós-democrático**: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

²⁰ Ferreira, António Casimiro. **Sociologia do Direito**: uma abordagem sociopolítica. Porto: Vida Económica, 2019b, p. 320.

²¹ Casara, Rubens. **Estado pós-democrático**: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

²² Garcia dos Santos, Laymert. Brasil contemporâneo: contemporâneo: estado de exceção?. In: Oliveira, Francisco de; Rizek, Cibele Saliba (coord.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 311.

É importante notar, portanto, que o funcionamento do Constitucionalismo, como limite jurídico-político garantidor dos direitos fundamentais às demais esferas da vida, sobretudo a econômica, se enfraquece diante desta realidade. Para Rui Medeiros²³, o direito da austeridade é manifestação de um fenômeno estrutural de erosão do constitucionalismo. Consoante, Ferreira²⁴ declara que “o Constitucionalismo de Exceção austeritário não democrático produz um apagamento da memória social da constituição e a desqualificação dos objetivos democráticos desejáveis que consigna”. Parafraseando, Antonio Manuel Hespanha²⁵ diz que a decisão judicial se converte, diante da falaciosa inevitabilidade da urgência do discurso econômico hegemônico da solução única, em calcular o custo-benefício do único interesse relevante.

Aqui nos valem de Rubens Casara²⁶ para afirmar que o neoliberalismo financeiro está demandando o fim do Estado Democrático de Direito. Embora não possamos deixar de advertir que este nunca sequer se implantou para determinadas pessoas vulneráveis da sociedade, excluídas faticamente de seu âmbito de proteção – comunidades indígenas, ciganas, imigrantes, refugiados, mulheres, comunidades periféricas, pessoas negras e LGBTQI+. São aqueles a quem Boaventura de Sousa Santos²⁷ designa de degradados ontologicamente. E é essa degradação ontológica que está em curso na produção da ausência de direitos perpetrada pelo projeto da ‘colonialidade do poder do capitalismo’²⁸ - o padrão universal de exploração social, de poder que permeia todas as áreas da existência social e constitui a forma mais profunda e eficaz de dominação social, material e intersubjetiva, que se apresenta agora sob as vestes do Constitucionalismo de Exceção e Pós-Democracia.

²³ Medeiros, Rui. A Jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: Ribeiro, Gonçalo Almeida; Coutinho, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos**. Coimbra: Almedina, 2014, p. 105- 131.

²⁴ Ferreira, António Casimiro. **Sociologia das Constituições**: desafio crítico ao constitucionalismo de exceção. Porto: Vida Económica, 2019a.

²⁵ Hespanha, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do ‘modelo jurídico’: crise, direito e argumentação jurídica. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 130, abr./jun. 2012, p. 9-80.

²⁶ Casara, Rubens. **Estado pós-democrático**: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

²⁷ Santos, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**. A afirmação das epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2018.

²⁸ Quijano, A. Colonialidad del poder y clasificación social, **Journal of World-Systems Research**, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 342-386, 2000.

É, portanto, neste cenário, em que o Constitucionalismo tem adquirido contornos de Exceção, que sua compreensão de guardião de direitos, garantias e ideais de bem estar, liberdades e igualdade, firmado na Constituição, não mais serve a tempos de cosmovisão ultra neoliberal financeira, segundo evidenciam os próprios julgados recentes das Cortes Supremas, que tem referendado as reformas neoliberais. Nesta perspectiva, se intenta entrevistar e analisar o discurso de membros de Poder Judiciário, uma vez que a decisão do Poder Judicial no Acórdão 602/2013²⁹ produziu, discursivamente, a inexistência de direitos laborais. Tomando de empréstimo a expressão de Boaventura de Sousa Santos, são “ausências socialmente construídas”³⁰, que podem ser compreendidas na esteira do projeto de colonialidade do poder³¹. Nas palavras de Agamben³², a exceção possui significado biopolítico. É da estrutura original, o direito de excluir; suspender da incidência de proteção da norma, os biopoliticamente clivados (termo foucaultiano que Agamben utiliza), ou como diria Boaventura de Sousa Santos³³, os degradados ontologicamente, ou ainda, segundo Rubens Casara³⁴, os inimigos do mercado.

3 O DISCURSO DOS ATORES JUDICIÁRIOS ACERCA DA CRISE EM PORTUGAL

Esse tópico visa averiguar o que se desvela da Crise econômico-financeira de 2008 no discurso de membros julgadores do Poder Judiciário português; desvelar o quanto o discurso da Crise está vocalizado pelos agentes do Poder Judicial; se há

²⁹ Portugal. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013**. Processo n.º 531/12. Diário da República, 1.ª série — N.º 206 — 24 de outubro de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/502979/details/maximized>. Acesso em: 02 mar. 2020.

³⁰ Santos, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out. 2002. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1285>. DOI: 10.4000/rccs.1285. Acesso em: 03 fev. 2020.

³¹ Quijano, A. Colonialidad del poder y clasificación social, **Journal of World-Systems Research**, Pittsburgh, v. 6, n. 2, 2000, p. 342-386.

³² Agamben, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

³³ Santos, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**. A afirmação das epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2018.

³⁴ Casara, Rubens. **Estado pós-democrático: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

disputas discursivas entre sentidos hegemônicos e contra-hegemônicos. Em Foucault³⁵, o discurso é o espaço em que saber e poder se articulam, pois quem fala, fala de algum lugar, a partir de regras discursivas reconhecidas institucionalmente, circunscritas às interdições do que pode ser dito, de que forma, quando e por quem. Os tabus e as exclusões de sujeitos constituem os regimes de verdade, do qual o Direito é exemplar, na teoria foucaultiana. O discurso é espaço de luta, não somente pelo que se diz, mas pelo próprio discurso. A fim de disciplinar condutas, no exercício do poder disciplinar do Estado, o Direito tenta apagar vozes dissonantes por meio dos procedimentos autorizados. Desse modo, o Direito é a estrutura, a tecnologia que visa ordenar a complexidade do espaço discursivo, social, político e moral.

Com a finalidade de averiguar o que se desvela da Crise econômico-financeira de 2008 no discurso de membros julgadores do Poder Judiciário português, foram realizadas entrevistas³⁶, compostas de nove perguntas idênticas³⁷, por imposição metodológica, a todos os entrevistados³⁸. Também foram feitas mais algumas perguntas de desdobramento personalizadas a partir das respostas dadas, que serão tratadas à parte e de maneira complementar. Foram entrevistados: um juiz desembargador do Tribunal de Relação de Coimbra, um juiz desembargador do Tribunal de Relação do Porto, um juiz desembargador do Tribunal de Relação de Lisboa, um juiz Conselheiro do Tribunal de Contas de Portugal e um juiz assessor do Tribunal Constitucional, no intuito de conferir alguma pluralidade à amostra.

Os entrevistados, a partir de agora, serão sucessivamente, designados como Entrevistados 1 a 5. Embora não se trate de uma amostra que possibilite resultados

³⁵ Foucault, M. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 2009.

³⁶ À exceção da primeira, foram realizadas via videoconferência, em razão do distanciamento social imposto pela pandemia de Covid 19.

³⁷ 1) Como V. Exa. descreveria o contexto da crise econômico-financeira de 2008 em Portugal (destaque, se puder, os atores relevantes na crise e os seus momentos mais importantes)? 2) Qual o papel da Corte Constitucional no cenário da Crise e como o julgamento do Acórdão 620/12 pelo Tribunal Constitucional reflete este cenário? 3) O contexto da crise econômico-financeira afetou o Direito laboral em Portugal? 4) O contexto da crise econômico-financeira afetou a atuação judicial, em particular do Tribunal em que atua? 5) Como V. Exa. percebe as normas oriundas da Crise num contexto de Estado Social Democrático de Direito? 6) V. Exa. identifica um direito de exceção advindo da Crise? 7) O que V. Exa. tem a dizer sobre a legitimidade do direito da crise, das normas que prescreveram essa redução de direitos? 8) Há alguma tensão imanente entre a normatividade introduzida pelo contexto da crise e a realização de direitos fundamentais, sobretudo em direito laboral? 9) Nesta perspectiva, pensando no futuro, quais impactos a pandemia do Covid19 trariam para o Direito laboral, em Portugal?

³⁸ Todos os entrevistados deram a sua anuência para que as entrevistas fossem utilizadas em pesquisa científica.

determinantes, trata-se de uma útil ferramenta de análise do discurso. Infelizmente, mesmo após reiterados os contatos, não conseguimos entrevistar nenhum Juiz Conselheiro do Tribunal Constitucional. Recebemos respostas de que não têm por hábito comentar assuntos que podem relacionar-se com a atividade do Tribunal e negativas alegando impossibilidade de agenda. Como, do ponto de vista da linguagem, o silêncio comunica, esse silêncio é mais um indicativo da autocontenção da Corte Constitucional portuguesa. As respostas serão analisadas à luz do teórico apresentado até agora, lançando mão da Análise do Discurso de matriz francesa.

Como dito alhures, analisar o discurso dos membros do Poder Judiciário é importante na medida em que esta é uma instituição capaz de transformar ou manter estruturas de dominação de uma sociedade de classes. Há de se considerar que, sendo o ser humano um ser de linguagem, discursos significam a partir de um sistema ideológico dominante, no qual o sujeito se constitui e é constituído. Os signos linguísticos são representações das relações conflituosas estabelecidas entre os agentes sociais. Neste diapasão, democracia é um lócus discursivo onde habitam valores morais em disputa. Não obstante, é dada a ficção de que todos, efetivamente, participariam do diálogo no espaço público, a despeito de que o silenciamento de alguns faça parte da constituição do discurso dominante.

Há que se asseverar que os juízes, enquanto guardiões últimos dos valores normativos da comunidade político jurídica, na simbiose entre direito e moral operada pelo plano constitucional, são os interlocutores que, nesse processo, irão regular o espaço democrático discursivo. Em uma sociedade estratificada, os processos comunicativos no discurso judicial podem viabilizar a abertura da esfera pública para discursos não hegemônicos ou consolidar a perspectiva dominante que resulta das relações de poder.

A Análise do Discurso compreende os discursos como construção social e busca as marcas e evidências do lugar ideológico deixadas pelo enunciador, considerando suas condições de produção. Analisar o discurso é necessário para fazer emergir

formações discursivas, definidas por Orlandi³⁹ como aquilo que, em uma formação ideológica dada, determina o que pode e deve ser dito; é aferir sobre suas ideologias constitutivas; é buscar os Outros⁴⁰ que o habitam. O discurso do Outro⁴¹ deixa marcas, isto é, sempre que habita o discurso do enunciador, mesmo que este se projete como dono do seu dizer e tente dissolvê-lo, há a marca do Outro no discurso. Analisar um discurso é se voltar sobre essa marca, inquirir como o sujeito histórico interpelado pela ideologia⁴², atravessado por regimes de verdade⁴³ e pelas relações de poder, se autorrepresenta no discurso.

Há que se ter atenção aos silêncios. Como leciona Eni Orlandi⁴⁴, quanto mais falta, mais possibilidade de sentidos existe. O silêncio constitutivo indica que, para dizer, é preciso não dizer. Por sua vez, ao dizer algo, apagamos outros sentidos possíveis, mas indesejáveis, em uma situação discursiva dada. O silêncio, do ponto de vista ideológico, converte-se em uma espécie de autocensura, de interdito que regula o dizer e o dizível, proíbe o sujeito de inscrever-se em outros discursos. Do ponto de vista da política, não existe isenção, o não fazer política já é um fazer político. Não é possível sair da linguagem, assim como não é possível se excluir do agir político.

Outra questão imprescindível nos é advertida por Goffman⁴⁵, de que quando um ator assume um papel social estabelecido, geralmente verifica que uma determinada fachada já foi estabelecida para esse papel – considerando fachada como o equipamento expressivo padronizado, intencional ou inconsciente, empregado pelo ator em sua representação.

Embora não concordemos com a integralidade do pensamento de Luhmann⁴⁶, sua aceção de que a sociedade se constitui como um grande sistema social hiper complexo, imprevisível e repleto de possibilidades nos é útil. Destarte, a sociedade é,

³⁹ Orlandi, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso**: princípios & procedimentos. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

⁴⁰ Bakhtin, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

⁴¹ Bakhtin, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

⁴² Bakhtin, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

⁴³ Foucault, M. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 2009.

⁴⁴ Orlandi, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

⁴⁵ Goffman, Erving. **A apresentação do Eu na vida de todos os dias**. Trad. Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 1993.

⁴⁶ Luhmann, N. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

sobretudo, a comunicação entre os sistemas, que se reproduzem, autopoietica e autorreferencialmente, através do entrelaçamento recursivo das comunicações. Em Luhmann, direito, política e economia são subsistemas do sistema social, que lhes reduzem a complexidade e que se distinguem funcionalmente. Sob essa ótica, seria função primária do direito, a estabilização de expectativas de comportamento; a função primária da política, a realização de fins coletivos; e a função primária da economia, a alocação de recursos escassos. Estes são subsistemas autônomos e autopoieticos, que possuem “fechamento operacional” e “abertura cognitiva” às irritações do outro. O sistema jurídico, a partir de seus próprios códigos linguísticos e procedimentos, seleciona conteúdos do sistema político. Assim, os sistemas jurídico e político são interdependentes. O direito é imposto por meio do poder político que, por sua vez, se organiza e se torna imperativo conforme o direito. O sistema econômico, por sua vez, constrói o referencial do sentido das operações econômicas. Os subsistemas reproduzem sentidos a partir das irritações e acoplamentos estruturais que sofrem. Assim também é com a Economia e o Direito. No entanto, se essa ‘internalização’ não se dá a partir dos códigos internos do sistema, ocorre a desdiferenciação dos sistemas.

Ao partir para a análise das entrevistas, de início, apreende-se, do discurso dos atores judiciais, a tônica da inevitabilidade perante a crise. À primeira pergunta, como descreveria o contexto da crise econômico-financeira de 2008 em Portugal, quais os atores relevantes e quais seus momentos mais importantes, respondeu o *Entrevistado 1*: (1) “Foram os ventos que vieram de fora, mas o país não tinha condições para resistir”. De maneira similar, afirma o *Entrevistado 3*: (2) “O contexto da crise portuguesa vai no contexto de uma crise também mais global, na altura, que tinha a ver com alguns mercados financeiros e atingiu a Portugal por via do excessivo endividamento público. Portanto, está ligada às crises das dívidas soberanas”. Por fim, arremata o *Entrevistado 5*:

(3) A realidade tem alguma força, não é verdade? E então a partir do momento em que houve dificuldades na gestão das dívidas soberanas e problemas objetivos de liquidez, o Estado não... nunca cuidei de ajuizar se bem ou mal, se foi uma necessidade que se impôs, precisou de encontrar meios de assegurar essa liquidez.

A assunção de uma perspectiva quase consensual acerca da inevitabilidade da crise, evidenciada pela entrevista, assumirá papel fundamental na construção do discurso judicial acerca das medidas de austeridade. Em um sistema em que as políticas legislativas austeritárias passam pelo crivo judicial da constitucionalidade, no qual a validade destas medidas será construída pelo discurso do Judiciário, assumir a perspectiva econômica da inevitabilidade da crise terá um papel central. A compreensão e efetividade dos direitos estará contingenciada pela permeabilidade do discurso jurídico ao discurso econômico.

(4) De facto, a pressão da crise introduziu nas nossas percepções e no nosso reconhecimento do direito validado em cada situação historicamente situada, introduziu alguma pressão e algumas instruções naquilo que se fazia até então, os limites materiais da Constituição foram todos alterados. Houve interpretações que nós não pensamos que fossem possíveis e foram possíveis nesse contexto. (*Entrevistado 1*).

Desse modo, o discurso jurídico, que estará mais ou menos permeado por determinada concepção do discurso econômico, estará, inclusive, mais ou menos ameaçado em sua suposta integridade e autonomia sistêmica por esse discurso. Nesta linha, é interessante observar que os entrevistados reconhecem que a crise, supostamente inevitável, impôs uma drástica mudança na compreensão dos direitos:

(5) Uma crise econômica financeira, mas sobretudo social que veio abalar toda a estrutura do país e também o Judiciário. Com repercussões complicadíssimas para as vidas das pessoas, com redução de direitos e, concretamente, redução de salários. Reduções de direitos que as pessoas pensavam ter, que eram direitos adquiridos e isso veio criar um problema social gravíssimo. (*Entrevistado 4*).

Extrai-se do discurso que a ideia da inevitabilidade da crise assume papel primordial na redefinição dos direitos e na criação de uma legitimidade da decisão fundada no excepcional, que, por sua vez, legitimaria o próprio regime de exceção. Assim, dá-se a construção de uma legitimidade sistêmica autorreferenciada que, no entanto, assume a linguagem de outro sistema. É o que se infere das respostas à segunda pergunta sobre o papel da Corte Constitucional no cenário da Crise. Vejamos:

(6) Aquele que teve. Avaliar da constitucionalidade das normas, confrontar a Constituição nos seus próprios limites, estamos a falar de situações críticas, e

produzir direito, aceitação e concordância geral, ou discordância sinalizando a ultrapassagem de limites, fazendo que o Executivo e o Legislativo operem de forma diferente. Foi o que aconteceu. (*Entrevistado 1*).

A sinalização de que o Tribunal Constitucional tem o condão de produzir aceitação também aparece na resposta do *Entrevistado 2*:

(7) Por outro lado, foi também importante para que os cidadãos percebessem que, efetivamente, teria que haver algum tipo de ajustamento da vida econômica e financeira, com repercussões graves na vida das pessoas, mas isso tinha que ser legitimado e tinha que ser legitimado exatamente na Constituição. Julgo agora, à distância, que o Tribunal Constitucional teve um papel muito relevante para legitimar essas políticas restritivas e ao mesmo tempo dizer: sim, posso fazer isso, isso vai constranger e restringir direitos fundamentais, mas é só até aqui, é só até este patamar e com estas consequências. Portanto, essa dupla dimensão das decisões, por um lado legitimando algumas políticas restritivas, por outro lado estabelecendo limites de até onde se poderia ir. (*Entrevistado 2*).

É revelador que, nas respostas sobre o papel da Corte Constitucional, emergja a enunciação da dupla função, a de legitimar e a de impor limites. Ao impor limites, a decisão estaria se legitimando juridicamente e, ao fazê-lo, legitimaria o poder político. No entanto, parece se desvelar, ao longo do discurso, que a semântica da definição de limites jurídicos e as razões do político são ambas econômicas. O reconhecimento do

(8) Caso essa experiência do Tribunal Constitucional não tivesse sido proferida, no fundo, as medidas de austeridade teriam ido mais além, não teria havido contenção por parte dos atores políticos, eventualmente, os mecanismos de mercado, e no fundo, aquilo que seria uma certa ideologia mais liberal acerca da democracia teria imperado (...) O Tribunal Constitucional aí exerceu, no fundo, a garantia do Estado de Direito e acho que foi um exemplo necessário para depois encontrar aí alguma via de defesa de garantia da democracia e do Estado de Direito, no fundo, é isso. (*Entrevistado 3*).

De modo geral, os juízes entrevistados reconhecem que o papel de impor limites requer uma ponderação de valores que estão em disputa no espaço público. Ainda na resposta sobre o papel da Corte Constitucional no cenário da Crise, respondeu o *Entrevistado 5*:

(9) Se tivéssemos que resumir numa só frase esta função, creio que seria, essencialmente, procurar este equilíbrio de valores face a pressão exercida sobre ambos. Porque, de facto, ambos estavam sob pressão, os direitos dos

trabalhadores estavam sob forte pressão, os direitos ligados à iniciativa econômica estavam sob forte pressão também, o próprio Estado estava sob forte pressão. (Entrevistado 5).

É significativa a percepção de que o próprio Estado estava sob pressão. Mais adiante, a quinta pergunta, trazida neste espaço por força de coesão textual, foi como os juízes entrevistados percebem as normas oriundas da Crise num contexto de Estado Social Democrático de Direito. Os juízes *Entrevistados 1 a 4* responderam, respectivamente:

(10) As normas excepcionais conflitam com o Estado Social Democrático de Direito, mas a ponderação e a concordância prática dos interesses levam a concluir que se não forem tomadas determinadas medidas, a crise precipita-se e o passo seguinte traz-nos cenários muito piores. (Entrevistado 1).

(11) Houve aí certo choque porque os países europeus não têm Constituições como a nossa e as Constituições europeias são maioritariamente liberais e, portanto, tem uma noção de democracia menos social, mais liberal do que a nossa. E, portanto, as imposições da Troika, de alguma maneira, chocavam com os nossos valores constitucionais. (Entrevistado 2).

(12) *Essas medidas de austeridade, no fundo, são uma espécie de questionamento daquilo que é o Estado Social Democrático.* É que o princípio da não regressão dos direitos e benefícios que foi colocado em causa, mas, no fundo, aquilo que foi a crise de 2008, eu penso que ainda permanece como debate. Não obstante, agora percebemos, qual deve ser o papel mais reforçado do Estado, ainda não é líquido que, no fundo, a isso coincida uma manutenção daquilo que era a qualidade da democracia anterior à crise de 2008 uma vez, uma vez que isso não é um dado adquirido. Eu penso que ainda estamos numa situação de *stand-by*, não é? (Entrevistado 3, grifos nossos).

(13) Essa legislação foi muito restritiva de direitos sociais, sobretudo. O que acontece é que essa legislação foi imposta por via da necessidade do Estado harmonizar as suas contas, porque senão ele não poderia ir ao mercado financiar-se para desenvolver as suas políticas econômicas e financeiras. Houve aqui, eu não diria um estado de necessidade, mas *quase um estado de necessidade.* (Entrevistado 4, grifos nossos).

(14) o Estado viu-se obrigado a reequacionar as suas prioridades, em vários níveis, incluindo nesse setor 'Social'. E, portanto, quanto mais aguda a crise, mais difícil é tomar essas opções, que mais se arrisca. É mesmo assim, *a vida é assim.* Mais se arrisca a que o legislador legisle, às vezes, conforme a Constituição, às vezes não, mas, mais perto dos limites da Constitucionalidade. (Entrevistado 5, grifos nossos).

Percebe-se no enunciado 10, a admissão explícita do conflito entre as normas da Crise e o Estado Social Democrático de Direito, ao mesmo tempo em que se destaca

que, sem as medidas de austeridade, o cenário seria de catástrofe. O enunciado 11 reconhece que as medidas de austeridade decorrem de uma concepção liberal de economia que não é a encampada pela Constituição portuguesa, porém, sem questionar como puderam, então, ser realizadas – talvez porque, como adverte o enunciado 12, esse Estado Social encontra-se líquido, não assegurado, em disputa. Da mesma maneira que se fala em possibilidade de catástrofe e de imposições liberais conflitantes com a Constituição, há a referência, no enunciado 13, a um *quase estado de necessidade*. Destes enunciados, poderíamos alinhar que as normas oriundas da crise, resultado da pressão econômico-liberal, conflitam com o Estado Social Democrático previsto na Constituição e se impõem quase como um estado de necessidade para evitar a catástrofe. Ninguém diz qual seria a catástrofe, nem problematiza a existência da crise, embora reconheça a constitucionalidade das medidas como um problema, como se percebe no enunciado 14. Portanto, a crise é entendida como um dado.

Nessa esteira, à terceira pergunta, que questionou se o contexto da crise econômico-financeira afetou o Direito laboral português, os juízes entrevistados responderam afirmativamente. Percebe-se que se normalizam a liberalização e flexibilização dos direitos trabalhistas. Apontou-se para uma certa crise do direito laboral, diante da *uberização* e da dúvida da própria continuidade da existência do direito laboral.

(15) Naquilo que tem a ver com os tribunais de trabalho e com a legislação laboral, não sendo especialista, mas eu diria que é *normal* que num contexto desses tenha de se aceitar algum grau de liberalização, que num contexto diferente, não se aceitaria. (*Entrevistado 2*).

(16) sei que produziu um impacto ao ponto de se refletir sobre a crise do direito laboral, se perceber se ele tem ou não futuro, mas isto já era uma temática anterior (...) não sei como é que será agora com o teletrabalho e com a distância, com a economia baseada naquilo que é, no fundo de economia de partilha, não é? Ubers (...) Não sei qual é que será o futuro. Eu penso que, eventualmente, teremos aqui um debate muito interessante entre aquilo que é o direito da empresa, e o direito da prestação de serviços ou das relações de trabalho. (*Entrevistado 3*).

(17) Que afetou, afetou. No sentido em que Portugal tem uma história democrática com, mais ou menos, a caminho de 50 anos, com 40 e tantos anos. Uma história democrática que nasce com uma preocupação, digamos assim, genética, com os direitos dos trabalhadores e a Constituição reflete essa preocupação por que a Constituição nasce, é produto desse regime democrático, naturalmente, que já não é hoje a mesma que era nos anos 70, mas, continua a ter essa marca. Bem, naturalmente que o modo como se entendem esses direitos foi mudando. (*Entrevistado 5*).

Os trechos em análise sugerem um anacronismo da proteção do direito laboral diante de uma suposta inevitabilidade da liberalização da economia. É revelador de uma concepção econômica, que se assume como senso comum dos juristas, que, ao lado do direito laboral, apareçam expressões como economia de partilha e direito da empresa.

Perguntados (quinto quesito) se o contexto da crise econômico-financeira afetou a atuação judicial, em particular do Tribunal em que atuam ou atuavam durante as medidas austeritárias, os entrevistados foram unânimes nas respostas afirmativas, das quais destacamos, brevemente, o seguinte excerto:

(18) A crise teve um efeito grande nos tribunais, em geral, porque houve um aumento de litígios nos tribunais. (...) Mais concentrado, eu diria, nas áreas jurisdicionais mais sensíveis às flutuações econômicas: os Tribunais de comércio, os tribunais de trabalho, os tribunais cíveis, onde se discutem dívidas e executam créditos mas, também, reflexamente e por consequência, nos tribunais de família e menores porque as crises sociais também depois acabam por se transformar em crises familiares e crises pessoais, que muitas vezes criam litígios no seio da família, que em situação de normalidade não existiriam. (*Entrevistado 3*).

Destarte, fica evidenciado o reconhecimento de que existe tensão entre as medidas de austeridade da Crise e o Estado Social Democrático de Direito e que essas medidas impactaram o direito laboral e sua própria prestação jurisdicional. Nesta perspectiva, os entrevistados são perguntados (sexta questão) se identificam um direito de exceção advindo da Crise.

(19) Sim. E o Tribunal Constitucional também o disse, situações excepcionais requerem medidas excepcionais. E, portanto, todas as medidas que consentiram na redução de direitos o Tribunal Constitucional *aceitou-as como excepcionais e, evidentemente, temporárias*. Na medida que eram excepcionais, tinham validade temporária. O que foi muito útil, pois sinalizou ao legislador

que ele teria que recuar e repor direitos. A validade temporária tem a importância de fazer com que a inércia política não funcione. (*Entrevistado 1*).

(20) Sim, repare, a legislação que foi aprovada ela era tendencialmente impopular, ou seja, excepcional. Os cortes de vencimentos, por exemplo, o Estado sempre os assumiu, na legislação que os aplicou, que eles eram temporários. E o Constitucional disse que eles *também só eram válidos na medida em que fosse em um horizonte limitado no tempo*. E por isso é que depois, quando mudou o governo, eles foram repetidos para uma lei que se aplica durante um período de tempo, e que ela é, assumidamente, temporária, é uma lei excepcional. E nessa medida, o reflexo dos acordos internacionais dos credores foi a produção de legislação excepcional, para vigorar no período de restrição financeira. (*Entrevistado 2*).

(21) Sim, sim. Há um direito de exceção. A legislação que foi produzida foi uma *legislação temporária, excepcional*, foi apresentada como tal, e, no fundo, é um Direito que *contraria aquilo que é a normalidade constitucional*. E, portanto, só é justificável *por razões muito ponderadas*. E foi nesse sentido também que foi abordado pela Justiça Constitucional. Outra questão é saber se esse Direito de exceção não vai permanecer por muito tempo, ou se não se vai ele próprio se transformar na normalidade, não é? (*Entrevistado 3*).

(22) Eu julgo, à distância, que há aqui, de alguma forma, um direito de exceção porque há aqui, sobretudo, quando nós pensamos em direitos que eram direitos adquiridos. Se eu tenho direito ao meu vencimento, eu só posso aceitar a redução do meu salário de forma excepcional, temporária e, no fundo, *de modo que isso venha a ser revertido mais tarde*, portanto, de alguma forma há aqui um direito de exceção. Durante o período de exceção, evidentemente, há regras que tem de ser adotadas. (*Entrevistado 4*).

(23) Quando olhamos com algum distanciamento para o que aconteceu de 2008 para a frente, vemos algo excepcional, mas creio que vemos algo excepcional no sentido em que vemos circunstâncias de facto e jurídicas que nunca tínhamos visto antes, são excepcionais nesse sentido, eram novas, e, portanto, colocaram, digamos assim, em teste limites que muitas vezes não tinham sido testados antes. E, talvez eu diga que em 2008, embora fosse uma situação excepcional, pensamos mais em limites da constitucionalidade do que em excepcionalidade. (*Entrevistado 5*).

Fica evidenciada a relação que se faz entre excepcionalidade e temporariedade. A excepcionalidade da situação justificaria a excepcionalidade de um direito que contraria a normalidade constitucional por razões ponderadas e por um período temporário. Embora o *Entrevistado 2* tenha advertido:

(20.1) A legislação do trabalho que se visava introduzir, *essa não era excepcional*, e não era excepcional porque o governo da altura partilhava as ideias liberais que resultavam do acordo e, portanto, queria introduzir mudanças na legislação

laboral, eu diria à boleia da crise, e o Tribunal Constitucional não deixou. Portanto, nessa parte, a legislação que se visava aprovar não era para ser temporária, excepcional, era definitiva, embora proposta a pretexto da crise. (Entrevistado 2).

Perguntados o que tinham a dizer sobre a legitimidade do direito da crise (sétima indagação), das normas que prescreveram a redução de direitos, os entrevistados responderam:

(24) Em circunstâncias de aperto e de *inevitabilidade*, *as coisas têm que acontecer dessa maneira*. A questão é saber se é realmente inevitável ou não é, e se não se pode ir por outros caminhos mais adequados à feição do Estado Social e Democrático, que é aquilo que nossa Constituição prontifica e é aquilo que tem que ser salvaguardado a todo custo, porque há limites materiais da Constituição que tem que ser observados. Aí que o Direito e que os juristas têm que pensar e esse pensamento depois tem introdução nas decisões dos juizes. Estamos a falar em questões muito complexas, estamos a falar em normas de reconhecimento de outras normas, e para isso, na minha opinião, tem de haver um consenso muito alargado. (Entrevistado 1).

(25) A legitimidade é plena, ou seja, quer dizer, quando temos um governo eleito, *um parlamento eleito*, que tem legitimidade constitucional para atuar, e que atuam dentro do quadro democrático, fiscalizados pelos outros órgãos, nomeadamente, pelo Tribunal Constitucional, mas, também, pelo Presidente da República, que pode suscitar a Apreciação Preventiva da Constitucionalidade das Leis, *a legitimidade formal e jurídica é absoluta*. Não houve nenhum problema de legitimidade. O que acontece é que o governo quis aprovar leis que o Tribunal Constitucional considerou que não eram constitucionais. Mas isso acontece em qualquer contexto, não se pôs nenhum problema de legitimidade. Nem o governo ficou com a legitimidade diminuída por estar num contexto de crise, pelo contrário, passou a ter mais legitimidade do que aquela que a Constituição já lhe conferia. (Entrevistado 2).

É interessante observar, no enunciado 24, que, perguntado sobre legitimidade, o entrevistado primeiro se refere à inevitabilidade. Portanto, seria a inevitabilidade que pautaria a legitimidade, e o filtro daquela seria o consenso alargado. De maneira semelhante, o consenso democrático também aparece na resposta do segundo entrevistado, enunciado 25, na menção ao parlamento eleito. Ainda neste enunciado, é interessante observar que primeiro afirma-se que a legitimidade é plena, para depois se referir à noção de representatividade que reside em “parlamento eleito” e, somente adiante, a legitimidade é nomeada como formal e jurídica. De maneira semelhante, os próximos entrevistados replicaram:

(26) A legitimidade política democrática teve. Teve por que se baseou, no fundo, numa vontade de uma maioria, que foi, no fundo, refletida naquilo que, pelo menos, legitimidade formal e procedimental houve. Agora, ao nível da legitimidade constitucional, tudo depende, de facto, outra vez, dos mecanismos da *proporcionalidade*. Que houve uma situação de exceção, se houve e até onde é que ela se pode fundamentar. (*Entrevistado 3*).

(27) Ela é legítima a partir do momento que, primeiro, se entende que as causas são reais, que é *necessária, é proporcional e é temporária*. Por isso que uma série de normas que o Tribunal Constitucional declarou constitucionais porque elas eram necessárias, proporcionais e temporárias, tendo que haver uma reversão dos direitos que foram atingidos. Não fossem essas medidas a economia do país ia por água abaixo e aí poderíamos entrar num estado de emergência que era muito pior. (*Entrevistado 4*).

(28) A legitimidade do legislador, em tudo o que, nestas matérias, à partida, existe. O Tribunal Constitucional chamado a fazer o seu papel, ergueu-lhe algumas barreiras, algumas medidas foram revertidas, isso, se quisermos ver isso numa questão de legitimidade poderemos dizer que ele não tinha legitimidade para adotar algumas delas, ou adotá-las a infringir o sentido da Constituição. Agora, legitimidade, à partida, creio que temos que reconhecer que tinha. (*Entrevistado 5*).

Estes enunciados revelam que os juízes creditam a legitimidade formal e procedimental à vontade da maioria, mas remetem a legitimidade substantiva à análise da constitucionalidade a ser realizada pelo mecanismo da proporcionalidade. Relaciona-se também a proporcionalidade e, portanto, neste viés, a legitimidade, à ideia de emergência e temporariedade. Depreendemos que o emprego do postulado da proporcionalidade, desenvolvido em Alexy⁴⁷, para resolver o conflito de direitos fundamentais no intuito de que a restrição ao direito fundamental fosse a menor possível (aquela necessária, adequada e proporcional em sentido estrito), tem instrumentalizado que juízos, acerca do justo e da ponderação entre direitos, sejam substituídos por cálculos econômicos. O sopesamento que, teoricamente, deveria ser feito apenas *in concreto*, já começa, à partida, inclinado às razões econômicas, conforme a moldura significativa dada pelo espaço social da Crise⁴⁸.

⁴⁷ Alexy, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

⁴⁸ Para nós, em verdade, essa é uma limitação da própria teoria de matriz alexyana da ponderação fundada na proporcionalidade com viés predominante procedimental, conforme explicamos em ROSÁRIO, Luana P. D. **Uma teoria substantivo-dialógica de legitimidade democrática do poder judiciário para a concretização dos direitos fundamentais**. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia. 2014. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/15275>. Acesso em: 01 abr. 2021.

A oitava pergunta indaga se há alguma tensão imanente entre a normatividade introduzida pelo contexto da crise e os direitos fundamentais, sobretudo em direito laboral, ao que respondem afirmativamente.

(29) Sim, mas reduzida pela *temporiedade*. Devo dizer que, apesar dessa tensão existir e da luta ser muita por parte dos trabalhadores, viram-se muito menos greve e lutas laborais nessa altura do que depois. *Justamente porque a situação de pânico induz terror e introduz algum consenso e conformação social*. Essa tensão, que não pôde ser medida pelas lutas nas ruas, existiu encapsulada, digamos, numa conformação social geral. (Entrevistado 1).

(30) Houve. Nessa parte em que o Tribunal, repare, a fiscalização da constitucionalidade, agora não me lembro nesse caso concreto quem é que a suscitou, mas, os partidos de Esquerda, nomeadamente, o partido socialista e o partido comunista e o Bloco de esquerda consideravam que essa legislação laboral violava direitos fundamentais previstos na Constituição. *Claro que faziam uma leitura dos direitos fundamentais mais ampla do que que o Constitucional fez*. Porque o Constitucional só bloqueou algumas normas, não bloqueou toda a reforma. Portanto, na medida em que o Tribunal Constitucional disse que certas normas eram inconstitucionais, é porque validou a tese de que havia uma tensão entre aquilo que o governo queria fazer e aquilo que eram os direitos fundamentais consagrados na Constituição. (Entrevistado 2).

(31) Pois, essa tensão permanece, essa tensão existe. Mas, muito transposta para *aquilo que são os pressupostos de princípio ideológicos de quem se coloca de um lado, ou do outro lado, do debate (...)* Essa tensão permanece, é imanente, mas, se calhar, não é bem clara quando olhamos só para a retórica daquilo que é o debate público, no espaço público. Porque *a realidade pura e dura é outra, não é?* Tem a ver com aquilo que é possível encontrar, não é? (Entrevistado 3).

(32) É claro que há. Os direitos laborais, sobretudo, nasceram da crise. A história dos direitos laborais tem a ver com as lutas concretas dos trabalhadores, desde a questão da greve, dos salários, do direito das mulheres, etc. Tudo isso nasce de crises dolorosas, violentas. *O direito laboral sempre conquistou terreno no âmbito da crise, por isso há sempre uma tensão entre o poder político e os direitos laborais, que se reflete na análise jurídica dessas matérias, na validação jurídica dessas matérias*. Isso é muito claro. Mas essa é uma tensão que quem está do lado dos tribunais tem que quer a distância e a frieza para analisar. (Entrevistado 4).

(33) Claro que há, claro que há tensão, há sempre tensão (...) ou seja, quando os objetivos perseguidos pelo legislador são, ao mesmo tempo aqui, é evidente, coincidem, em grande parte, com objetivos do empregador, não como ver de outra forma, não é? Ou seja, não creio que o legislador o tenha feito com a intenção de beneficiar o empregador enquanto tal, fê-lo com intenção de beneficiar a economia e, reflexamente reforçando a posição do empregador e diminuindo a posição do trabalhador. (Entrevistado 5).

No enunciado 29, além da temporariedade, a gravidade da crise é lembrada como mitigadora da tensão entre as medidas de austeridade e os direitos fundamentais. O uso das expressões *pânico e terror* para se referir à gravidade da crise, inclusive como a responsável pelo consenso e conformação social, é deveras perturbador para o contexto de um Estado Democrático de Direito. Toda a tradição teórica da lei como vontade geral fundada no ideário da soberania popular que ainda lastreia as democracias contemporâneas é contestada como consequência desta fala, uma vez que pânico e terror são os responsáveis por alguma conformação social em Estados totalitários.

O enunciado 30 reconhece a tensão na parte da reforma que foi considerada inconstitucional pelo Tribunal Constitucional e lembra que esta leitura foi menos ampla do que a feita pelos requerentes da Ação. É interessante perceber que a compreensão, ou mesmo a especulação, do que é ou não legítimo, em suma, do que é ou não inconstitucional, é conformado pelo pronunciamento da Corte Suprema – como se não houvesse outra possibilidade de compreensão para além desses limites, ou não houvesse autorização para falar de uma compreensão diversa. Opera aqui uma categoria de *interdito*.

No enunciado 31, é significativo o uso das expressões ‘tensão imanente’, ‘de um lado, ou do outro lado, do debate’. Tais vocábulos anunciam a compreensão submersa do discurso como disputa, como conflito. Ao arrematar com a advertência de que ‘a realidade é dura e crua’, é como prenunciar que a disputa neste espaço não se dá em condições equânimes, mas em condições assimétricas de poder.

Na análise do enunciado 32, é sugestiva a afirmação de que o direito laboral *sempre* conquista terreno no âmbito da *crise* e que, *por isso*, há sempre *tensão* entre o *poder político* e os direitos laborais, e que essa tensão se refletiria na validação jurídica do direito laboral. Este enunciado vocaliza a cognição da disputa de dialética social que envolve a afirmação dos direitos sociais. E embora seja dito que o direito laboral *sempre* conquista terreno no âmbito da *crise*, o que se vê nas respostas anteriores é a concepção da flexibilização, liberalização ou *uberização* do direito laboral.

No enunciado 33, há o reconhecimento explícito de que os objetivos perseguidos pelo legislador coincidem com os objetivos do empregador, na intenção de beneficiar a economia. Aqui, verifica-se a assunção do discurso da Crise, o discurso do Outro, do legislador, da concepção econômica dominante. Não se problematiza se as restrições impostas aos trabalhadores, de fato, levariam ao benefício da economia.

Algumas respostas, como dissemos, nos levou a perguntas complementares. Na resposta à pergunta sobre a tensão entre a normatividade introduzida pelo contexto da crise e os direitos fundamentais, a resposta constante do Enunciado 29, *Entrevistado 1*, como visto alhures, ao sustentar a diminuição da tensão própria à restrição dos direitos “porque a situação de pânico induz terror e introduz algum consenso e conformação social”, nos levou a perguntar se o consenso fundado no sentimento de pânico e terror é válido, ao que nos foi respondido:

(C1)⁴⁹ *É válido em termos da normatividade aceite, validado por um consenso bastante. O teste da validade das normas é o de se elas são aplicadas ou não, na medida em que são aplicadas efetivamente já pressupõe e nos leva a intuir a sua validade. Depois temos que verificar se há um consenso relativamente à legitimidade para as aplicar e para as aceitar, nessa situação houve. Houve dentro desses limites depois do crivo do Tribunal Constitucional: excepcionalidade e temporariedade. (Entrevistado 1).*

É sintomático que se considere *válido em termos de normatividade e validado por um consenso bastante*. A referência à normatividade é indicativa da disjunção feita entre norma e realidade, tão cara aos juristas. Por sua vez, o consenso é válido, normativamente, porque repousa no consentimento bastante. O emprego do adjetivo *bastante* dá conta de que este não é o consenso real, amplo, mas, o consenso suficiente. Disso, inferimos que a consideração da validade, em termos formais, impera. A resposta, ao se voltar para a legitimidade, remete à outra estrutura da formalidade institucional: o Tribunal Constitucional.

Na resposta à mesma pergunta, o *Entrevistado 2*, no enunciado 30, vinculou o reconhecimento da tensão ao pronunciamento do Tribunal Constitucional, que

⁴⁹ As perguntas complementares seguirão numeração distinta.

“validou a tese de que havia uma tensão entre aquilo que o governo queria fazer e aquilo que eram os direitos fundamentais”. Diante disso, fizemos a pergunta complementar se o Tribunal Constitucional cumpriu bem o seu papel, e obtivemos a seguinte resposta:

(C2) Eu acho que, no meu balanço, o Tribunal Constitucional fez uma leitura equilibrada dos seus poderes, *no contexto em que se vivia*. Ou seja, não cedeu a tentação, que, provavelmente, muitos portugueses teriam preferido, de dizer isto é tudo inconstitucional, não se pode cortar vencimentos, não se pode cortar pensões, porque isto é violação dos direitos adquiridos, e *a maior parte das pessoas, provavelmente, teria preferido uma decisão assim*. Mas, uma decisão dessa natureza, que fizesse uma leitura tão rígida dos Direitos fundamentais previstos na Constituição, provavelmente, teria empurrado o país para *uma situação económica trágica*, mais ainda do que está. *(Entrevistado 2)*.

Como se nota, este enunciado se refere ao *trágico* contexto de crise como validador da leitura restritiva de Direitos Fundamentais, a despeito do que chama de preferência da maior parte das pessoas. Em termos de problematização da legitimidade, embora a do Tribunal Constitucional não se alicerce na vontade popular, é, no mínimo, intrigante. Há o reconhecimento de que a população, os verdadeiros titulares da soberania popular, da qual os parlamentares são apenas mandatários, não aprovaria a linha das medidas. Não se cogita a consulta aos eleitores, por exemplo, pela realização de referendo, nem mesmo a título de conjectura. As categorias da separação de poderes e do mandato representativo são a racionalização ao extremo das formas de exercício de poder.

Diante da afirmação de que uma decisão que fizesse “uma leitura tão rígida dos Direitos fundamentais previstos na Constituição, provavelmente, teria empurrado o país para uma situação económica trágica”, perguntamos se o Direito cumpre sua função regulamentadora, ou seja, se é o Direito que regulamenta a economia ou a economia que regula o Direito. A resposta encontra-se abaixo:

(C3) O Direito é que regula a economia. Mas o Direito, como qualquer jurista sabe, pode ser lido de várias formas, porque o Direito tem um conteúdo elástico. E as regras de interpretação da lei que obrigam o intérprete a procurar o sentido atualista da norma e a procurar reconstituir o pensamento do intérp... do legislador e a procurar aplicar, na norma, os princípios gerais de Direito, ora, esses conceitos permitem sempre que a aplicação do Direito seja influenciada

pela realidade social e, portanto, nessa medida, como é evidente, *a vida também influencia o Direito*. Porque se não fosse assim, o Direito nunca tinha mudado, era o mesmo desde o tempo dos romanos, não é? Portanto, a vida influencia o Direito, mas na regulação, quem regula a economia e a sociedade é o Direito. Mas regula da forma como é interpretado em cada momento concreto. (Entrevistado 2)

Embora a resposta afirme que o Direito regula a economia, é creditado a um conteúdo elástico, à interpretação e atualização do conteúdo, uma influência da vida sobre o Direito. Aqui, por vida, no contexto da pergunta feita, pode-se ler economia. Portanto, o Direito regularia a economia a partir da influência que recebe desta na definição de seu conteúdo elástico – o que deixa subsistir a dúvida acerca da efetividade desta regulação. Da resposta do entrevistado, depreende-se, em nossa análise, a convicção na distinção entre categorias formais que, no entanto, confundem-se ontologicamente, na dicotômica ficção jurídica entre o ser e o dever ser. Também não se pode deixar de observar o ato falho de que o sentido da norma reconstitui o pensamento do intérprete, prontamente substituído pelo legislador. Naquilo que as contemporâneas teorias da interpretação⁵⁰, herdeiras da filosofia da linguagem, já sabem, é o intérprete quem cria a norma.

É interessante que quase todas as respostas se referiram à temporariedade como um critério determinante na fixação da legitimidade do direito da Crise, a exemplo da resposta do enunciado 27: “Ela é legítima a partir do momento que, primeiro, se entende que as causas são reais, que é necessária, é proporcional e é *temporária*”. Isso nos fez perguntar, complementarmente, a respeito das alterações excepcionais de austeridade realizadas no direito laboral, que não tiveram o objetivo de serem temporárias.

(C4) Concordo consigo que houve legislação que acabou por não ser temporária, acabou por ficar. Algumas dela ainda então em vigor. Houve algum aproveitamento político dessa situação. *A crise foi, de alguma forma, e em determinadas circunstâncias, aproveitada para ir deixando ficar aquilo que não deveria ter ficado.* (Entrevistado 4)

⁵⁰ Para esta finalidade, ver Gadamer, Georg. **Verdade e Método**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Também, Muller, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Percebe-se a correlação, estabelecida também em outras respostas, entre excepcionalidade e temporariedade. Não se faz, pelo menos não diretamente, demarcação de sentido de excepcional enquanto exótico, excêntrico, incomum, sentidos usuais da palavra – o que nos lembra que “a tradição dos oprimidos nos ensina que o «estado de exceção» em que vivemos é a regra”⁵¹.

Na terceira questão sobre como se percebe as normas oriundas da Crise, num contexto de Estado Social Democrático de Direito, diante da resposta do *Entrevistado 3*, enunciado 12, pela qual “Essas medidas de austeridade, no fundo, são uma espécie de questionamento daquilo que é o Estado Social Democrático”, perguntamos se estaria o Poder Judiciário, por meio do princípio da proporcionalidade, permitindo uma espécie de revisão do Estado Social de Direito. A resposta é desveladora.

(C5) Eu penso que sim (...) e, no fundo, o Tribunal Constitucional português, em princípio, terá sempre a preocupação de aproveitar, ao máximo, aquilo que é produzido em termos de medidas governamentais e legais, e, no fundo, do restringir, ao máximo, aquilo que é o impacto da sua decisão face aquilo que são os atores políticos de governação e as medidas legislativas. E, portanto, a minha resposta será no sentido, ele tem, o Tribunal Constitucional e a justiça terá um papel importante, mas é um papel delimitador de território. (*Entrevistado 3*).

Não obstante a resposta afirmar que o Tribunal Constitucional atue como um delimitador de território apenas, isto é, como um ator que abdica de papel político, na medida em que buscaria restringir ao máximo “o impacto da sua decisão face aquilo que são os atores políticos de governação e as medidas legislativas”, a verdade é que, ao fazê-lo, já produz impacto, o impacto da validação dessas políticas. Do ponto de vista da linguagem, não existe silenciar, o silêncio comunica, o silenciar sobre é sempre dizer algo. Vale repetir que, do ponto de vista da política, não existe isenção, isto é, o não fazer política, é um fazer político. Isso é admitido, obliquamente, na resposta afirmativa a que a atuação, ou inatuação, do Judiciário possibilita a revisão do Estado Social de Direito. Embora persista a crença no papel formal de delimitador de território – mais

⁵¹ Benjamin, Walter. Teses sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre a literatura e a história da cultura. Tradução: Sergio Paulo Rouanet. Prefácio: Jeanne Marie Gagnebin. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

uma manifestação, a nosso ver, da crença dos juristas em dicotomias abstratas, não obstante seus impactos concretos.

Por sua vez, o *Entrevistado 4* associou a legislação restritiva de direitos sociais a um *quase estado de necessidade*. Diante do que perguntamos se a necessidade de se salvar as finanças do Estado era, de fato, real. Fizemos esta pergunta porque todos os entrevistados dão a gravidade da crise como um dado. A resposta obtida foi:

(C6) *Eu julgo que era real, é evidente que era real, os números estavam lá. Nós estamos no mercado mundial global, gostamos ou não gostamos, aqui não estou fazendo juízo de valor, o país se encontra não apenas no âmbito da União europeia, inserido no espaço regional jurídica e política, como também no espaço mundial e global, e, portanto, nós estamos sujeitos a regras internacionais, é evidente que essa necessidade de ajustamento das contas públicas era real, isso não há dúvidas nenhuma. Podemos discutir se podíamos ter feito outras políticas para resolver esse tipo de problemas, mas isso é outra questão. A necessidade era real. (Entrevistado 4).*

Conquanto se diga que “é evidente que era real” e que “não há dúvidas nenhuma”, em seguida se diz “Podemos discutir se podíamos ter feito outras políticas para resolver esse tipo de problemas, mas isso é outra questão”, pois, na mesma linha do entrevistado anterior, essa é uma discussão que não caberia ao Poder Judiciário. Diante de um padrão que foi se construindo, por conseguinte, perguntamos se poderia o Poder Judiciário refazer a opção política pela austeridade. Segue a resposta:

(C7) *Eu aqui tenho algumas dúvidas. Eu julgo que o Poder Judicial, e isso faz parte do princípio da separação de poderes, deve sempre ser um poder reativo, é um poder de fiscalização, um poder de referir e de limitar a intervenção dos outros poderes, tem a função fundamental, de, por um lado, garantir direitos fundamentais e, por outro lado, fiscalizar a atuação dos outros poderes. Essas duas dimensões parecem inequívocas. Então o que os Tribunais têm que fazer, nesse balanceamento, entre garantir que não se pode baixar certo estatuto sob pena de se violar a direitos e garantias fundamentais claras, os tribunais têm que dizer não, não se pode, só se pode ir até ali. Por outro lado, o que os Tribunais constitucionais podem fazer é verificar se estão a cumprir as dimensões da legislação de modo a que esses procedimentos sejam feitos de acordo com a lei. O que me parece que os Tribunais não podem fazer é ele próprio dar alternativas políticas para que faça de outro modo. Aí estamos a entrar numa dimensão perigosa, uma dimensão que eventualmente já não é dimensão do poder judicial, ou seja, o poder judicial ainda que seja proativo e eu sou um defensor de algum ativismo judicial, mas esse ativismo judiciário tem que enquadrar-se no âmbito do princípio da separação de poderes. (...) (Entrevistado 4).*

Extrai-se que, malgrado o Poder Judiciário tenha a função de garantir direitos fundamentais, deve fazê-lo apenas como um poder reativo, por meio da limitação da atuação dos outros poderes, nos limites do princípio da separação de poderes. Não se problematiza se a atuação limitativa/reactiva, até mesmo autocontensiva, é suficiente para a realização da função de garantir os direitos fundamentais. Essa está limitada pelo princípio da separação de poderes, outro cânone formal. Infere-se, não obstante a menção, a admissibilidade de algum ativismo judicial, a permeabilidade do discurso à teorização kelseniana do legislador negativo e às teorias da autocontenção judicial ou *self-restraint*.

A concepção do *self-restraint* ou autocontenção judicial, segundo Barroso⁵², é a conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, de modo que juízes e tribunais evitem aplicar diretamente a Constituição às situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário, utilizem critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade e abstenham-se de interferir na definição das políticas públicas. O procedimentalismo de John Hart Ely e o minimalismo judicial de Robert Dahl e o de Cass Sustein são os principais expoentes do *self-restraint*. Ambas as concepções advogam que o Judiciário deve evitar ao máximo intrometer-se no âmbito de atuação do Poder Legislativo para invalidar, ou direcionar, suas decisões.

O procedimentalismo de John Hart Ely defende que, em vez de buscar decisões substantivas, os juízes devem salvaguardar os procedimentos democráticos, sem a intenção de determinar os valores fundantes de uma comunidade. Para J. H. Ely “a escolha e a interpretação de valores substantivos são deixadas quase inteiramente a cargo do processo político”⁵³ e, portanto, “numa democracia representativa, as determinações de valor devem ser feitas pelos representantes eleitos; e, se a maioria

⁵² Barroso, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009, p. 17-32. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 30 set. 2016.

⁵³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 115.

realmente desaprová-los, poderá destituí-los através do voto”⁵⁴. Dentre outros problemas, além de creditar muita fé no funcionamento do sistema representativo, não obstante sua usual não contemplação de minorias e vulneráveis, essa concepção desconsidera que a posterior “destituição” de um projeto político por meio do voto, além de contar com impeditivos de ordem material em sociedades assimétricas, pode não reverter os prejuízos já causados.

Para o minimalismo judicial de Robert Dahl⁵⁵, as falhas do regime democrático devem ser corrigidas por instrumentos do próprio regime, assim compreendidos aqueles do âmbito representativo. A atuação da Suprema Corte, em seu entender, só é tolerável quando esses instrumentos falharem, e, ainda assim, deve ser restrita, uma vez que “se a autoridade dos quase guardiães fosse abrangente, o *demos* poderia abrir mão do controle da agenda de assuntos públicos e o processo democrático seria esvaziado”⁵⁶.

O minimalismo judicial de Cass Sustain⁵⁷, por sua vez, defende que os juízes devem restringir-se à fiscalização do processo de deliberação das leis, e se comportar de forma cautelosa e prudente, evitando tomadas de decisão que comprometam aspectos fundantes do debate político, por conta do lugar epistêmico ocupado pela Suprema Corte. Em virtude disso, a resolução das grandes questões fica a cargo das instituições deliberativas. Juízes deveriam desenvolver argumentos teóricos incompletos em sua fundamentação, que não comprometessem o debate futuro, utilizando, para isso, de argumentação analógica fundada em outros casos jurídicos. Ao nosso ver, isto gera o problema de que o direito se feche sobre si mesmo numa artificial circularidade hermenêutica que não se sustenta.

A questão, para nós, é quando os valores fundantes da comunidade política estão definidos na Constituição, mas o procedimentalismo e o minimalismo não são capazes de efetivá-los. O que observamos é que, quando as autoridades eleitas estão

⁵⁴ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução de Juliana Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 137.

⁵⁵ Dahl, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 281.

⁵⁶ Dahl, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 299-300.

⁵⁷ Sustain, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

à serviço do mercado, o direito perde a sua função regulamentadora. Temos a suscetibilidade excessiva do sistema jurídico ao sistema econômico, ou uma *desdiferenciação* dos subsistemas. Tal situação seria anômala, não tivesse se convertido em regra pelo ultra-neo-liberalismo. Neste caso, a Constituição restará inoperante, ou se converterá em mero símbolo, como percebeu Marcelo Neves ⁵⁸, e não desempenhará o seu papel normativo imperativo. A verdade é que a efetivação da normatividade da Constituição não pode descurar que sua natureza é também política e moral, portanto, a atuação da Suprema Corte também será. Sob pena de esvaziamento ontológico e deslegitimação ética do Direito, porque o Direito esvaziado de sua pretensão de justiça resta como arbítrio do poder.

Assim, percebemos que o excessivo apego à noção deliberativa e representativa de democracia na qual se funda a oitocentista fórmula da separação de poderes que ainda orienta os atuais juristas funciona como o estabelecimento de um demarcador estrutural condicionante da ação.

A mesma questão, se poderia o Poder Judiciário refazer a opção política pela austeridade, foi levada ao Entrevistado 5, quando este se referia ao impacto da crise econômico-financeira no direito laboral português (resposta no enunciado 17). A resposta foi:

(C8) Não. Não creio que ele possa, nem sequer deva, *nem está legitimado para isso. A actuação do Tribunal Constitucional é negativa*, nesse sentido. As escolhas políticas são feitas por quem tem legitimidade para as escolhas políticas. O Tribunal Constitucional diz, se reparar, se olhar para o dispositivo, repara que o Tribunal Constitucional só declara a inconstitucionalidade, ou não a declara, ou seja, *ou acende o sinal vermelho, ou não o acende. Ele nunca acende um sinal verde*. No sentido que ele não está a tomar, pela positiva, nenhuma opção política. Eu acho que isso faz toda a diferença.

Além de se retomar as noções de negatividade, "*A actuação do Tribunal Constitucional é negativa*", e de autocontenção, "*ou acende o sinal vermelho, ou não o acende. Ele nunca acende um sinal verde*", acrescenta-se que não estaria legitimado para agir diferente. Pois "*As escolhas políticas são feitas por quem tem legitimidade*

⁵⁸ NEves, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

para as escolhas políticas”. Perguntado sobre as dimensões políticas das decisões do Tribunal Constitucional, respondeu:

(C9) E, portanto, o que aqui resulta é que, eu creio que o Tribunal andar­á tanto melhor quanto se conseguir ater ao critério jurídico, porque só está mandatado para ter critérios jurídicos, não políticos. E, portanto, anda bem. Agora, essa dimensão política, quando é inevitável, o Tribunal, simplesmente, tem que viver com ela, mas agarrar-se ao Direito. Porque é isso que lhe dá legitimidade, não é mais nada. Para a política não tem legitimidade, só tem para o Direito.

Em nosso entender, os juristas tendem a tomar a diferença entre política e Direito, que é funcional, como ontológica. Como vimos em Luhmann⁵⁹, direito e política são subsistemas do sistema social, autopoieticos e autônomos, são reduções da complexidade dos sistemas sociais, que se distinguem funcionalmente – de tal modo que os conteúdos dos sistemas jurídico e político não são ontologicamente distintos, apenas são selecionados e expressos segundo códigos linguísticos próprios. Disso resulta a sua necessária interdependência e acoplamento estrutural. Para que o Direito possa cumprir a sua função, os juizes devem ser capazes de compreender a natureza desta distinção – ou trabalharão com categorias racionalizadoras abstratas.

Na resposta à questão sobre o papel da Corte Constitucional no cenário da Crise, diante da *Resposta ao Enunciado 08, de que “O Tribunal Constitucional aí exerceu, no fundo, a garantia do Estado de Direito e acho que foi um exemplo necessário para depois encontrar aí alguma via de defesa de garantia da democracia e do Estado de Direito, no fundo, é isso”,* perguntamos se, em matéria laboral, o Tribunal Constitucional agiu como um garantidor de direitos sociais. A resposta remete ao (e)(E)stado de exceção (uma vez que a entrevista foi oral, não sabemos se a menção foi ao estado de exceção ou ao Estado de exceção, o que não deixa de ser significativo, uma vez que não foi elucidado espontaneamente).

(C10) É certo que sim, pelo menos ele delimitou aquilo que seriam os limites de um *Estado de exceção (...)* Há quem diga que, no fundo, estas medidas de exceção, no fundo, são para durar. Veio a crise económica ou financeira dos mercados de 2007-2008, agora vem o Covid19, virão outros eventos desta natureza e, no fundo, não haverá jurisprudencia ou Justiça Constitucional que nos

⁵⁹ Luhmann, N. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

valha, uma vez que estes limites dos Estados de exceção vão estar sempre a ser redefinidos. Mas, no fundo é importante pelo menos que alguém nos diga que há uma reserva de Constituição e que, de facto, mesmo que haja medidas excepcionais, elas têm um limite. E foi esse limite que foi traçado através da jurisprudência constitucional. (Entrevistado 3)

É desveladora a afirmação de que “não haverá jurisprudência ou Justiça Constitucional que nos valha, uma vez que estes limites dos (E)estados de exceção vão estar sempre a ser redefinidos”, não obstante a crença de que “é importante pelo menos que alguém nos diga que há uma reserva de Constituição e que, de facto, mesmo que haja medidas excepcionais, elas têm um limite” – ainda que, como vimos, esses limites sejam formais e insuficientes. Isso nos faz lembrar da advertência de Robert Dahl⁶⁰, feita por razões distintas, mas que também nos é válida, em nosso caso, para lembrar da necessidade do funcionamento interdependente de subsistemas apenas funcionalmente diferenciados: “Quando o processo democrático não pode mais ser sustentado em face de uma cultura política fraca ou hostil, é difícil crer que os direitos políticos primários serão preservados por muito mais tempo pelos tribunais ou quaisquer outras instituições”.

Diante da nova situação de Crise e excepcionalidade, inclusive abordada por muitos dos entrevistados numa tentativa de comparação dos cenários, por fim, perguntamos sobre quais impactos a pandemia do Covid19 traria para o Direito laboral⁶¹, em Portugal. Ao que responderam:

(34) Por exemplo, vai, de certeza haver um aumento de ações nos tribunais do trabalho, por empresas que despediram ou deixaram de pagar neste contexto de crise. Vai ter que se discutir um instituto que é conhecido do Direito civil, mas que é um instituto jurídico geral, da aplicação geral, que é o da alteração anormal das circunstâncias. (...) se vier invocar que não pagou a dívida não por culpa própria, nem por razões do risco inerente ao negócio, mas, por alterações anormais, imprevisíveis, essa questão terá de ser discutida em Tribunal. E o Tribunal têm de encontrar uma forma de interpretar a lei, incorporando os direitos fundamentais, mas também, mais uma vez, à luz das circunstâncias do momento. (Entrevistado 2).

(35) Eu penso que o Covid 19 trouxe-nos, no fundo, uma aceleração das tendências anteriores, não é? E eu penso que aquilo que nos traz mais

⁶⁰ Dahl, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 273.

⁶¹ À exceção do primeiro entrevistado, cuja entrevista foi anterior à situação de pandemia.

impactante, é no fundo, o reforço da digitalização da atividade económica, da actividade laboral, da atividade profissional e eu penso que isso vai trazer mais alterações ainda. Há um reforço da economia da partilha e, portanto, a definição que os tribunais vão fazer daquilo que vão ser as novas atividades do trabalho serão muito, é muito importante olhar para aquilo que está a ser produzido ou não, e saber se o direito do trabalho vai ter, no fundo, futuro ou não, ou vai ser substituído por um direito empresarial, necessariamente, menos garantidor e menos amigo dos direitos sociais e económicos (...) (Entrevistado 3).

(36) (...) vai ter impacto enorme. Como aliás já está a ter (...) Há uma questão que preocupa, quem está em teletrabalho em casa trabalha em que horário. Como é essa jornada de trabalho. Essa crise vai alterar radicalmente as relações laborais, não há dúvidas nenhuma. (Entrevistado 4).

(37) Podemos imaginar uma categoria de dificuldades que é uma espécie de 2008 parte 2, ou seja, o Estado a necessitar de dinheiro, a assumir obrigações internacionais e a refletir isso em normas jurídicas. E, portanto, remeto nessa parte ao que temos conversado até aqui (...) um ponto importante que o Acórdão também reflete, que é até que ponto vai ser possível encontrar um equilíbrio entre a determinação destes aspectos, unilateral pelo empregador e a necessidade de consentimento do trabalhador. Isso acho que pode ser um foco de tensão. E creio também que, aí com menos certezas, mas é possível que toda esta reconfiguração possa levar a um ajustamento das necessidades do mercado de trabalho e que se volte a questionar a proteção do trabalhador na eventualidade da cessação do contrato de trabalho, critérios de despedimento, de flexibilização, etc. (Entrevistado 5).

Todos os entrevistados preveem impacto no direito laboral, desde o aumento da judicialização dos conflitos, à defesa da utilização do instituto civil da alteração anormal das circunstâncias; além de preocupações com a jornada de trabalho e com as alterações unilaterais dos termos do contrato de trabalho, pelo empregador, sem consentimento do trabalhador. O enunciado 36 diz que *“não há dúvidas nenhuma”*. Chama a atenção o uso do termo economia de partilha, no enunciado 37. Porém, as afirmações mais impactantes são as de que o Judiciário *tem de encontrar* uma forma de interpretar a lei à luz *das circunstâncias do momento* (enunciado 34) e a preocupação se o direito laboral vai ter *futuro ou vai ser substituído por um direito empresarial*. Não há, nas respostas, nenhuma crença de que o Judiciário, por meio do direito laboral, impeça a flexibilização dos direitos e garantias. Perguntado ao *Entrevistado 5* qual a diferença entre a Crise de 2008 e a de 2020, ele respondeu:

(C11) enquanto que a ideia de exceção em 2008-2009, na jurisprudência da Crise, digamos assim, a ideia de exceção era pensada como uma situação

excepcional, pontual, que exige, que coloca o Estado, *numa posição, espera-se, que transitória* e que o obriga a um esforço acrescido. (...) O estado de emergência, depois da situação de calamidade são situações que justificam algo que *é mais agudo, mais radical e mais profundo que foi em 2008* (...) Em 2008 foi a situação excepcional no quadro do funcionamento normal dos direitos. E aqui... ou seja, em 2008, temos o excepcional dentro da normalidade, e, aqui, temos o excepcional enquanto normalidade temporária, em 2020. (*Entrevistado 5*).

Por fim, é interessante observar com tal resposta que o *Entrevistado* percebe a situação de Crise e exceção decorrente da pandemia de Covid 19 como *“mais agudo, mais radical e mais profundo que foi em 2008”*, embora os efeitos da excepcionalidade do estado de emergência e da situação de calamidade sejam transitórios, enquanto grande parte do direito austeritário proveniente da Crise de 2008 tenha sido definitivo. Não obstante haja nova referência à transitoriedade, visível em *“espera-se, que transitória”*, é significativo que a própria resposta admita que, *“em 2008, temos o excepcional dentro da normalidade”*.

4 CONCLUSÃO

Evidenciamos, com substrato na filosofia da linguagem de matriz marxista de Bakhtin, na Sociologia do Direito, na Sociologia das Ausências e pela Análise do Discurso de entrevistas realizadas com membros do Poder Judicial português, que estes agentes sociais enunciam marcas discursivas do Constitucionalismo de Exceção e da Pós-Democracia corroborando a formação ideológica e simbólica que dá substrato à cosmovisão neoliberal financeira de inexistência dos direitos laborais. O uso de técnicas jurídicas de autocontenção judicial, ponderação e o recurso à separação de poderes, não passam de estratégias discursivas escamoteadoras do substrato ideológico neoliberal que se faz notar no discurso. O uso do discurso hegemônico faz coro ao julgamento pela constitucionalidade das reformas austeritárias em detrimento dos direitos laborais por exigências mandatárias da economia em alternativa à catástrofe e ao terror.

É visível que a compreensão e efetividade dos direitos estão contingenciadas pela permeabilidade do discurso jurídico ao discurso econômico, e que os entrevistados utilizam de códigos semióticos da Economia hegemônica em suas justificações. Observa-se o compartilhamento por uma noção de legitimidade formal e de respeito a uma atuação autocontensiva da Suprema Corte. Assume-se até mesmo que estas mudanças são o próprio questionamento do Estado Social Democrático que a Constituição tem o condão de preservar. E, retoricamente, o estaria fazendo ao evitar a hipotética catástrofe iminente que é dada como certa.

Assim, alinham-se os entrevistados à crença na autocontenção da Suprema Corte, no discurso Judicial da Crise, na validação de seu Constitucionalismo de Exceção. Nessa produção da ausência de direitos querida pelo mercado e consolidada pelo Judiciário, precarizam-se ou degradam-se os trabalhadores, pelo projeto da colonialidade do poder do neoliberalismo na pós-democracia.

A transcrição das entrevistas desvela a adoção da lógica austeritária da legislação de exceção, que captura ideologicamente os agentes institucionais para a lógica de excepcionalidade e urgência do mercado, na qual as razões do Direito são substituídas pelas razões da Economia – no estágio do capitalismo financeiro chamado de Pós-democracia, em que os direitos financeiros são obstáculos à consecução dos fins econômicos. Fenômeno no qual o Direito internaliza os códigos semióticos da economia, sem a devida tradução, desdiferenciando-se e deixando de regulamentá-la. Se trata de um estágio do capitalismo financeiro em que se erodem o Constitucionalismo e os Direitos fundamentais como limites à ação, e o mercado recorre a um Estado fraco na proteção dos vulneráveis, e forte no controle social – ocorrendo um apagamento da memória social da Constituição e a desqualificação dos objetivos democráticos desejáveis que consigna – diante da construção do discurso único e falacioso da inevitabilidade da urgência do discurso econômico hegemônico da solução única, que calcula o custo-benefício do único interesse relevante, para o qual apenas uma decisão judicial pautada em cálculos utilitaristas, a fim de evitar a próxima

crise inevitável, serve, sequestrando do Direito, os juízos do bom e do justo, da liberdade e da igualdade, sua própria referência ontológica.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BAKHTIN, M. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 6. ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, , p. 17-32, 2009. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5124286&orden=0&info=link>. Acesso em: 30 set. 2016.

BATISTA, Eraldo Carlos; MATOS, Luís Alberto Lourenço; NASCIMENTO, Alessandra Bertasi. A entrevista como técnica de investigação na pesquisa qualitativa. **Revista Interdisciplinar Científica Aplicada**, Blumenau, v. 11, n. 3, p. 23-38, jul./set. 2017.

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre a literatura e a história da cultura**. Tradução: Sergio Paulo Rouanet. Prefácio: Jeanne Marie Gagnebin. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático: neo obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução: Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**. Uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. Tradução: Juliana Fontes. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, António Casimiro. A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 95, p. 119-136, dez. 2011. DOI: 10.4000/rccs.4417. Acesso em: março 2020.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociologia das Constituições: desafio crítico ao constitucionalismo de exceção**. Porto: Vida Económica, 2019a.

FERREIRA, António Casimiro. **Sociologia do Direito**: uma abordagem sociopolítica. Porto: Vida Económica, 2019b.

FOUCAULT, M. **A ordem do discurso**: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. São Paulo: Loyola, 2009.

GARCIA DOS SANTOS, Laymert. Brasil contemporâneo: contemporâneo: estado de exceção?. In: OLIVEIRA, Francisco de; RIZEK, Cibele Saliba (coord.). **A era da indeterminação**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 311.

GOFFMAN, Erving. **A apresentação do Eu na vida de todos os dias**. Trad. Serras Pereira. Lisboa: Relógio d'água, 1993.

HESPANHA, António Manuel. A revolução neoliberal e a subversão do 'modelo jurídico': crise, direito e argumentação jurídica. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, n. 130, p. 9-80, abr./jun. 2012.

LUHMANN, N. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MEDEIROS, Rui. A Jurisprudência constitucional portuguesa sobre a crise: entre a ilusão de um problema conjuntural e a tentação de um novo dirigismo constitucional. In: RIBEIRO, Gonçalo Almeida; COUTINHO, Luís Pereira (Orgs.). **O Tribunal Constitucional e a crise**: ensaios críticos. Coimbra: Almedina, p. 105- 131, 2014.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 33, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 6. ed. Campinas: Unicamp, 2007.

ORLANDI, Eni Puccinelli. **Análise de Discurso**: princípios & procedimentos. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

PORTUGAL. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 602/2013**. Processo n.º 531/12. Diário da República, 1.ª série — N.º 206 — 24 de outubro de 2013. Disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/502979/details/maximized>. Acesso em: 02 mar. 2020.

PORTUGAL. **Lei 23/2012**. Diário da República, 1.ª série — N.º 121 — 25 de junho de 2012. Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/178501/details/maximized>. Acesso em: 01 mar. 2020.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder y clasificación social. **Journal of World-Systems Research**, Pittsburgh, v. 6, n. 2, p. 342-386, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O fim do império cognitivo**. A afirmação das epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estud.** - CEBRAP, São Paulo, n. 79, p. 71-94, nov. 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000300004&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 03 fev. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 63, p. 237-280, out. 2002. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1285>. DOI: 10.4000/rccs.1285. Acesso em: 03 fev. 2020.

SUSTEIN, Cass R. **One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court**. 2. ed. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

Como fazer referência ao artigo (ABNT):

ROSÁRIO, L. P. D. Constitucionalismo de exceção, pós democracia e o discurso dos agentes judiciários em Portugal. **Revista Eletrônica do Curso de Direito**, Santa Maria, v. 19, e65538, p. 1-38, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.5902/1981369465538> Acesso em: dia mês abreviado. ano.

Direitos autorais 2024 Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM

Editores responsáveis: Rafael Santos de Oliveira, Angela Araujo da Silveira Espindola, Bruna Bastos.



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição-NãoComercial-SemDerivações 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Sobre a autora

1 – Luna Paixão Dantas Rosário

Pós Doutora pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal.

<https://orcid.org/0000-0001-6276-8697> • lpdrosario@gmail.com

Contribuição: Escrita e primeira redação