

A VINCULAÇÃO DO JUIZ À CONSTITUIÇÃO NOS INTERSTÍCIOS DA SUJEIÇÃO JUDICIAL À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VÁLIDA, SEGUNDO O PENSAMENTO DE RUDOLF WASSERMANN

Uma lição adequada ao caso português

RICARDO BRANCO

Resumo: À pergunta consistente em saber “*Em que sede deve qualquer juiz buscar orientação quando se vê colocado diante de questões de interpretação, de questões que não se deixam resolver totalmente com recurso aos materiais claros e evidentes da lei, assim como quando procede à definição de conceitos indeterminados ou preenche cláusulas gerais, todos espaços livres de pré-determinação legal integral?*”, responde RUDOLF WASSERMANN no sentido de “ser a Constituição o local onde o juiz deve empreender essa busca”.

Desenvolvem-se aqui os termos, por se entender que ele se adequa, por completo, ao que sobre a matéria prescreve a Constituição Portuguesa.

Palavras-chave: constituição; juiz; liberdade de conformação judicial; estado de direito.

I. Quando se fala, em Portugal, na vinculação do juiz ordinário à Constituição, automaticamente se pensa ou na faculdade que assiste a qualquer juiz de desaplicar normas inconstitucionais nos feitos julgados (artigo 204.º da Constituição), ou na aplicabilidade directa dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 1).

Para além desses dois tópicos de privilegiada sujeição do juiz à Constituição, dir-se-ia que reina, por força da constituição, o princípio da exclusiva sujeição do juiz à lei (artigo 203.º), à lei cuja validade depende da respectiva conformidade com a Constituição (artigo 3.º, n.º 3).

De resto, a Constituição contém um vastíssimo número de disposições, ao nível dos direitos fundamentais e de outras disposições estruturantes da vida colectiva, seja densas o bastante para serem directamente aplicável, seja — ao menos — fornecedoras de padrões de controlo da própria constitucionalidade das leis.

II. Cumprirá perguntarmo-nos, todavia, se uma Constituição com uma regulação de fundo transversal a toda a vida da comunidade, que não ape-

nas ao Estado, — *dignidade da pessoa humana (artigo 1.º), cidadania (artigo 4.º) território (artigo 5.º), relação entre os Estados e os entes territoriais de segunda ordem (artigo 6.º), Relações e Direito Internacionais (artigos 7.º e 8.º), tarefas do Estado relativamente à vida dos cidadãos (artigo 9.º), universalidade e igualdade na titularidade de direitos fundamentais (artigos 12.º e 13.º), direitos dos portugueses no estrangeiro e dos estrangeiros em Portugal (artigos 14.º e 15.º), definição e força jurídica dos direitos fundamentais e suas especificações (artigos 16.º a 18.º), acesso à justiça (artigo 20.º) direito de resistência dos cidadãos (artigo 21.º), responsabilidade do Estado (artigo 22.º), vida e integridade física (artigo 25.º), personalidade e bens conexos (artigo 26.º) liberdade e segurança (artigo 27.º), garantias do Direito Penal e do Direito Processual Penal (artigos 28.º a 33.º), inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º), protecção de dados pessoais (artigo 35.º), família (artigo 36.º), liberdade de expressão e informação e meios de comunicação social (artigos 37.º a 40.º), liberdades de consciência e religiosa (artigo 41.º), liberdade de criação cultural e protecção dos direitos de autor (artigo 42.º), liberdade de aprender e ensinar (artigo 43.º), deslocação e emigração (artigo 44.º), reunião e manifestação (artigo 45.º), associações (artigo 46), escolha da profissão e acesso à função pública (artigo 47.º), direito do trabalho (artigos 53.º a 59.º), direitos dos consumidores (artigo 60.º), iniciativa económica (artigo 61.º), propriedade privada (artigo 62.º), segurança social e solidariedade (artigo 63.º), saúde (artigo 64.º), habitação e urbanismo (artigo 65.º), ambiente e qualidade de vida (artigo 66.º), protecção à família (artigo 67.º), paternidade e maternidade (artigo 68.º), infância e juventude (artigo 70.º), cidadãos portadores de deficiência (artigo 71.º), terceira idade (artigo 72.º), educação, cultura e ciência (artigos 73.º a 78.º), desporto (artigo 79.º), desenvolvimento económico e titularidade dos meios de produção (artigo 80.º), incumbências prioritárias do Estado em matéria económica (artigo 82.º), requisitos de apropriação pública (artigo 83.º), domínio público (artigo 84.º), cooperativas e experiências de autogestão (artigo 85.º), empresas privadas (artigo 86.º), actividade económica e investimentos estrangeiros (artigo 87.º), meios de produção em abandono (artigo 88.º), participação dos trabalhadores na gestão (artigo 89.º), objectivos dos planos (artigo 90.º), política agrícola (artigo 93.º), eliminação dos latifúndios (artigo 94.º), redimensionamento do minifúndio (artigo 95.º), formas de exploração de terra alheia (artigo 96.º), políticas comercial e industrial (artigos 99.º e 100.º), sistema financeiro (artigo 101.º), sistema fiscal e impostos (artigos 103.º e 104.º), orçamento do Estado (artigos 105.º a 107.º), organização e exercício dos poderes públicos e dos modos de exercício da soberania (artigos 108.º a 265.º), padrões de conduta da Administração Pública nas interferências na esfera dos cidadãos (artigo 266.º), garantias dos administrados (artigo 268.º) estatuto dos funcionários públicos (artigo 269.º), restrições a direitos de militares e agentes militarizados (artigo 270.º), responsabilidade dos funcionários e agentes (artigo 271.º), forças de segurança (artigo 272.º), defesa nacional (artigo 273.º), forças armadas (artigo 275.º)*

defesa da Pátria, serviço militar e serviço cívico (artigo 276.º), actuação da Constituição em limitação dos demais poderes públicos (artigos 277.º a 283.º) e rigidez constitucional (artigos 284.º a 290.º) -, apenas servirá como parâmetro de validade das demais normas do ordenamento jurídico ou como pauta directamente aplicável nos casos por si própria reivindicados, e não, designadamente, no próprio interior da sujeição do juiz à lei, sem relações com a aplicabilidade directa de normas constitucionais ou com a fiscalização da constitucionalidade, para, por exemplo, orientar a leitura de normas infraconstitucionais, auxiliar na superação das ambiguidades dessa norma ou a preencher os espaços por ela livres mas de algum modo carecidos de regulação jurídica, e até como de critério último aferidor da carência de regulações jurídicas?

Mais ainda cumprirá interrogarmo-nos se, fora dos casos de incompatibilidade do Direito ordinário com a Constituição e da aplicabilidade directa de normas constitucionais, não terá mesmo de ser a Constituição o único critério normativo a servir para orientar a leitura de normas infraconstitucionais, ajudar na solução das ambiguidades dessa norma ou a preencher os espaços por ela livres mas de algum modo carecidos de regulação jurídica, e fornecer um critério último aferidor da carência de regulações jurídicas, quando: (1) “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (artigo 1.º); (2) “A soberania, una e indivisível, reside no povo, que a exerce segundo as formas previstas na Constituição.”; sendo que (3) essa mesma Constituição regula, pelo menos, a intervenção do Estado, e nomeadamente dos Tribunais, enquanto “...órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo[e, no âmbito da qual lhes] (...) incumbe (...)assegurar a defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, reprimir a violação da legalidade democrática e dirimir os conflitos de interesses públicos e privados”, em praticamente todos os sectores da vida em sociedade, onde se colocam em relação quer o Estado com os cidadãos, quer os próprios cidadãos uns com os outros; (4) do mesmo modo que é à Assembleia da República, enquanto “...assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses”, que compete, em primeira linha “...fazer leis sobre todas as matérias” (artigo 161.º, alínea c)), leis essas que se constituem, sendo a Assembleia da República um órgão de soberania (artigo 110.º), como manifestações tipicamente constitucionais da soberania do povo (artigo 3.º n.º 1), cuja validade depende da conformidade com uma Constituição (artigo 3.º, n.º 3) reguladora — conforme o observado — de praticamente todas as matérias relevantes da vida em sociedade.

III. Foi a estas duas perguntas que se propôs responder, em busca da *ratio decidendi* de uma teoria da jurisdição como elemento activo do incremento das Constituições e não em jeito de mero *obiter dictum*, **RUDOLF**

WASSERMANN, no seu livro “*O Juiz Político*”¹. E é dessa resposta que aqui se pretende fazer uma breve recensão, por se tratar de uma das teorias da relação entre a jurisdição e a Constituição, de entre as várias que temos tido oportunidade de estudar, que: (i) trabalhando, em termos de Direito positivo, com dados normativos constitucionais de algum modo semelhantes aos portugueses, pois o artigo 97.º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha é em tudo semelhante ao artigo 203.º da Constituição portuguesa, assim como os próprios artigos 19.º e 20.º dessa Lei Fundamental têm algum paralelo com os nossos artigos 3.º e 110.º, embora não absoluto; (ii) resulta numa atribuição de relevo à Constituição, transversal a toda a actividade de interpretação e aplicação da lei ordinária, independentemente de questões de fiscalização da constitucionalidade ou de aplicabilidade directa de normas constitucionais; (iii) relevo esse que, desde logo pelas razões apontadas, nos parece ser aquele que a Constituição pretende em sede geral de vinculação dos poderes públicos às suas normas; (iv) e que, por conseguinte, dada a respectiva transversalidade, logra influir em toda a actividade interpretativo-aplicativa do Direito de qualquer juiz, por mais corriqueira e rotineira que a mesma se antolhe.

De notar, antes de se iniciar a recensão do pensamento de **WASSERMANN** em resposta às duas questões há pouco levantadas, que o “juiz político” preconizado por este Autor, como facilmente se intuirá após a leitura de tal recensão — ou da sua obra, por maioria de razão — não é um juiz político no sentido de político-partidária ou político-ideologicamente *engagé*: é, isso sim, um juiz qualificável como participante activo na *Polis*, e tendo por autoridade comparativamente vantajosa a força do máximo incremento possível do contrato social que a funda, sem resvalar para critérios de parcialidade e de dependência colocáveis em causa e facilmente rebatíveis no campo do debate característico de uma sociedade pluralista.

Por isso, o estudo dos fundamentos filosóficos do constitucionalismo não é posto de lado pelo Autor: é um estudo explicativo da Constituição e da sua vinculatividade, assim como apostado na bondade das mesmas como solução para a sociedade, e não um estudo de algum modo dissolutório do constitucionalismo; circunstância que ampara, mais uma vez, com a maior utilidade, a pretensão correcta do decisor judicial português, subordinado que se encontra à Constituição, por vocação e estatuto.

IV. Começando por se perguntar² “*Em que sede deve qualquer juiz buscar orientação quando se vê colocado diante de questões de interpretação, de questões que não se deixam resolver totalmente com recurso aos materiais claros e evidentes da lei, assim como quando procede à definição de conceitos indeterminados ou preenche cláusulas gerais, todos espaços livres de*

¹ Em alemão, *Der politische Richter*. München 1972.

² Cfr. *op. cit.*, p. 44.

pré-determinação legal integral"; responde WASSERMANN a tal interrogação no sentido de qualificar a resposta como clara e de identificar como critério de orientação, em todos esses casos, os valores da Constituição³.

O primeiro corolário que WASSERMANN daqui retira é o de que “Nem preferências pessoais, nem a moral de classes ou grupos, nem a consciência, nem a força jurídica do caso ou a tradição, podem fornecer orientação para a decisão do juiz”⁴.

Para o nosso Autor, “Pontos de orientação nesta matéria são as decisões constituintes de carácter político postulativas da realização dos valores que a mesma Constituição pretende realizar”⁵, organizados segundo “...uma ordem de valores cuja realização é tarefa de todos os órgãos do Estado”⁶.

WASSERMANN concebe “Este sistema de valores como baseado na ideia de direitos do homem, de importância central para o processo democrático desde o seu início histórico até hoje”, destacando nesta sede o “...erro consistente em ver na democracia um mero método de aquisição de autoridade para decisões políticas [, quando] (...) A democracia não é só uma forma política, mas também um objectivo social, cujo conteúdo se justifica em função disso mesmo”⁷.

A razão de ser desta última chamada de atenção reside, segundo o Autor em comentário⁸, no facto de “Já um lance de olhos pela origem histórica da ideia de democracia chegar para reconhecer que a mesma era determinada, desde o início, pelo conteúdo e que foi desse objectivo que ela recebeu os seus impulsos mais fortes [, quer dizer, que,] quando a ideia de democracia se desenvolveu nos Séculos XVII e XVIII, tratou-se da justificação e da fundamentação de uma nova forma de vida, desenvolvida num quadro de liberdade humana e auto-determinação [,] Razão pela qual o núcleo da ideia de liberdade foi formulado sob o molde de direitos de liberdade, compreendidos como exigências naturais das pessoas e, justamente, como direitos humanos [,] (...) Tida em mente a visão do homem livre na sociedade humana, do cidadão recto, livre e auto-determinado, que tem vontade e é capaz de determinar o seu próprio destino”.

Assim mesmo, segundo a Constituição portuguesa dispõe no seu artigo 2.º, “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política...” democráticas.

V. O nível subsequente do pensamento de WASSERMANN traduz-se em afirmar que “O sistema de valores democrático, com o seu centro nítido na pessoa e na respectiva dignidade, tem de valer, como decisão constituinte

³ Cfr. a referência da nota anterior.

⁴ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 44.

⁵ Cfr. a referência da nota anterior.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 44.

⁸ Cfr. *op. cit.*, pp. 44-45.

fundamental, para todas as áreas do Direito [,] Devendo receber os respectivos impulsos e orientações não só a legislação e a administração, mas também a jurisdição”⁹. Ora, “De tal decorre que os Tribunais, na determinação do Direito, sobre tudo — e tal qual notou o Tribunal Constitucional Federal Alemão — no preenchimento de cláusulas gerais, tem que ter em linha de conta as medidas de valor da Constituição”¹⁰.

VI. À luz do pensamento objecto da presente recensão, “Importante é a delimitação da ordem de valores democrática face à moral [, portanto,] Ao contrário do assim defendido no tocante ao *ethos* do ordenamento em termos políticos, muitas vezes se pretende sustentar que as cláusulas gerais remetem para uma ordem dos costumes fora da lei”¹¹.

Em directa censura à jurisprudência dos tribunais superiores alemães, de acordo com a qual se entende “...poder-se falar de uma ordem de costumes objectiva e absolutamente válida que orienta a legislação e a jurisprudência”¹².

Para WASSERMANN, afigurando-se “Naturalmente claras as inegáveis relações entre Direito e moral [, porque] O Direito (...) pode garantir a sua tarefa de assegurar uma vida em conjunto sem fricções na sociedade humana apenas se forem respeitadas certas exigências morais dos membros da sociedade [,] Os problemas começam, no entanto, quando se impõe determinar, mais concretamente, que comportamento vai contra a moral [, quando] não há na sociedade moderna qualquer moral uniforme [, e] (...) Até a teologia da moral constata um cisma da moral, do mesmo passo que a sociologia encontra, no lugar da sociedade de valores antiga, uma confusão de valores [,] Já não se podendo falar mais de moral, mas sim de morais”¹³.

Em tal conformidade, “Fórmulas como as dos bons costumes, ou as dos costumes de todos, não servem mais” e traduzem-se “...na imposição de uma medida moral unilateral [, com a qual] Se chega, na prática, a um decisionismo incontrolável, impositivo de visões de grupos, muitas vezes moldadas especificamente pela experiência de certas classes sociais, reveladoras de uma tendência para a espiritualização e para a privatização da moral, isto quando não mesmo impositivo de preferências pessoais em detrimento de outras ideias”¹⁴. E são, segundo crê o Autor, as questões fracturantes, como o aborto e a eutanásia, assim como “...a discussão constante em torno do conteúdo da injustiça na incriminação, na economia ou no tráfego jurídico em geral a demonstrarem quão profunda é a cisão perpassante de todas as ideias morais da sociedade”¹⁵.

⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 45.

¹⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 45.

¹¹ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 45.

¹² *Idem*, pp. 45-46, com referências jurisprudenciais em nota.

¹³ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 46.

¹⁴ Cfr. a referência da nota anterior.

¹⁵ *Idem*, pp. 46-47.

WASSERMANN interroga-se, com todo o interesse para o presente assunto, sobre “Segundo que medidas morais deve, por exemplo, a noção de bons costumes ser definida no Direito Económico [: se] Segundo a ética dos produtores ou dos consumidores? [: se] segundo a moral dos círculos económicos participantes ou de uma difusa generalidade? [: tudo de molde a] (...) Notar-se o quanto nesta sede não se trata de uma questão de moral, mas sim de uma questão de ordenação social pura, não do ponto de vista das normas da ética, seja da ética do dia-a-dia ou da ética mais apurada, mas de algo carecido das medidas de julgamento da Constituição”¹⁶.

VII. Violam pois o princípio constitucional do Estado de Direito, na vertente do pluralismo, conforme o resultante do citado artigo 2.º da Constituição, arestos da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, como aquele em que, em sede de arrendamento urbano:

- (i) se julga em termos nos quais “Na nossa sociedade, a prática da prostituição repugna à consciência moral do cidadão comum e por isso, é contrária aos bons costumes [, decorrendo] Daí que, a prática de prostituição num locado constitua utilização contrária aos bons costumes [verificada a qual,] perante o disposto no art. 1083.º n.º 1 e 2 al. b) do Código Civil é obrigação do arrendatário não utilizar nem permitir que outrem utilize o locado para a prática da prostituição”¹⁷;
- (ii) quando, provado na matéria de facto o incómodo que o movimento de pessoas pelo prédio que tal estabelecimento gerava, assim como o recorrente comportamento de pouca higiene e até de vandalismo da parte dos frequentadores ocasionais da pensão, se chegaria exactamente ao mesmo resultado através da qualificação de tal circunstancialismo como violador dos direitos constitucionais à propriedade (artigo 62.º), ou até ao ambiente (artigo 66.º) e a uma habitação em termos de salubridade (artigo 65.º).

VIII. Para o tipo de questões acabadas de exemplificar, segundo WASSERMANN¹⁸, “Linhas de orientação válidas são as fornecidas pelos direitos de liberdade e as garantias de liberdade consignados na parte da Constituição referente aos Direitos Fundamentais, tal como outras decisões constituintes referentes ao Estado de Direito democrático e social [, até porque — sublinha o Autor] (...) A Constituição não se compõe só de frases soltas, como sobretudo de ideias condutoras político-jurídicas gerais que enformam as regulações particulares [, enquanto] (...) princípios de importância capital também para o juiz [, dentro dos quais] (...) Se salienta a clareza da referência da

¹⁶ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 47.

¹⁷ Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 17 de Março de 2009, proferido no Processo n.º 1446/07.9YXLSB-1.

¹⁸ Cfr. a referência da nota anterior.

Constituição ao Estado Social de Direito, encarado como uma resposta aos desafios colocados ao Estado de Direito clássico pela mudança social”¹⁹, clareza tanto maior quanto se possa encontrar na Constituição, tal qual sucede em Portugal, um vasto catálogo de direitos a prestações a cargo dos poderes públicos (artigos 58.º a 79.º da nossa Constituição).

WASSERMANN é inequívoco na sequência de afirmações, também válida para Portugal, segundo a qual “A República quer ser um Estado Social de Direito e a jurisdição tem de contribuir para a realização desse objectivo”²⁰, tendo em mente:

- (i) “...o quanto não se almeja apenas um Estado de Direito como Estado de Legalidade, de BISMARCK OU WILLIELM, mas sim que uma pessoa possa ser livre, se possa auto-determinar e viver segundo a sua dignidade”, em moldes nos quais “Os direitos humanos, como base da nossa ordem política, com a pouca extensão de tempo e interesses característica do liberalismo clássico [, no qual] A noção de liberdade era dirigida contra o Estado e referida a condições sociais de uma democracia de minorias distintas pela propriedade fundiária e pela instrução [, por contraponto a quanto] Sucede hoje, quando se trata de realizar os direitos humanos não só para a minoria, mas também para todos os cidadãos”²¹;
- (ii) “A realização desse desiderato depende não apenas de liberdades e direitos formais, mas também de *chances* sociais para o seu alcance na realidade quotidiana”²²;
- (iii) “Pelo que, como a liberdade singular não pode ser protegida apenas perante o poder do Estado, mas tem também de o ser perante o poder económico e social, os direitos humanos não podem ser entendidos somente como direitos de protecção contra o Estado”²³; e
- (iv) “E a Constituição só se cumpre com a realização do Estado Social de Direito [,] Ideia exigente de uma neutralização das relações de poder na sociedade através da limitação das desigualdades à partida [,] (...) Jamais susceptível de ser garantida, à imagem de quanto se fazia na época liberal clássica, através da delimitação de liberdades privadas e espaços livres da actuação do Estado, e sim positivamente”²⁴.

IX. Quanto à questão de saber quais os órgãos constitucionais encarregues da realização do Estado Social de Direito, não deixa WASSERMANN de

¹⁹ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 47.

²⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 47.

²¹ Cfr. a referência da nota anterior.

²² *Idem*, pp. 47-48.

²³ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 48.

²⁴ Cfr. a referência da nota anterior.

reconhecer²⁵ que “O postulado de participação inerente ao Estado Social de Direito se dirige ao legislador [, o qual] (...) decide, no essencial, sobre o modo como o princípio do Estado Social haja de ser concretizado na sociedade para ser realizado, providenciando pelo desenvolvimento ou pela alteração das estruturas económicas e pela criação da igualdade de oportunidades económicas, sociais e jurídicas”; sem contudo deixar de chamar a atenção para o facto de, “Desde as suas primeiras decisões, o Tribunal Constitucional Federal Alemão ter já salientado que o postulado do Estado Social de Direito pode revestir-se de importância decisiva na interpretação quer da Constituição, quer do Direito ordinário [, facto esse] (...) a implicar o conseqüente reconhecimento de que os tribunais ordinários estão obrigados a contribuir para a realização do Estado Social”²⁶.

O nosso Autor antecipa, facilmente, o quanto “Numa criação judicial do Direito com base exclusiva na Constituição e no seu sistema de valores (...) se pode ver uma judicatura sem fundamento jurídico”²⁷, logo objectando a esta perspectiva imediata, porém, em sentido no qual “O primeiro fundamento jurídico para o juiz é o fornecido pela lei e a norma dela emergente, sendo que só quando encontra espaços livres de valoração legal ele se deve orientar pela Constituição, a qual também tem qualidade de Direito”²⁸.

É apenas neste sentido que, por exemplo, se desenvolve nesta teoria uma doutrina da escolha da medida da pena ou do decretamento de penas de substituição, escolha e decretamento discricionários segundo a lei penal, em termos de opções vinculadas a um tratamento mais reintegrativo e menos punitivo-preventivo, imposto pela participação inerente ao Estado Social de Direito²⁹.

X. Em WASSERMANN, “O juiz político é, pois, um juiz orientado pelo Direito”³⁰, e “Dúvidas se justifica ter ante a legitimidade do julgamento do juiz que, no preenchimento de espaços livres de valoração legal, não se deixa conduzir pela Constituição e sim pelas suas ideias morais [,] Os quais não se dirigem pelo Direito e seguem valorações pessoais ou de classe, preferências ou anti-preferências [,] Pelo que se trata exactamente do contrário de adjudicar sem base de Direito”³¹.

Por outro lado, segundo WASSERMANN, “Não se pode afirmar que o seu juiz político abandone a imparcialidade judicial [,] pois o juiz deve ser neutro perante as partes no processo [,] Não podendo, por exemplo, se o Estado for parte no processo, pôr de lado o Direito e favorecer a instituição para a qual

²⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 48.

²⁶ Cfr. a referência da nota anterior.

²⁷ Cfr. *op. cit.*, p. 51.

²⁸ *Idem*, p. 52.

²⁹ *Idem*, pp. 49 e ss..

³⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 52.

³¹ Cfr. a referência da nota anterior.

trabalha”³². O que não pode “...ao contrário, é ser neutro perante a Constituição e os princípios nela consignados [,] (...) obrigado que está a prosseguir-los expressamente [,] (...) patente que é, no seu juramento, a obrigação de exercer a magistratura judicial com fidelidade à Constituição”³³.

Em terceiro lugar, para WASSERMANN³⁴, “Ainda mais absurdo é tratar o seu juiz político como revolucionário social, vinculado à Constituição e à sua ordem de valores”, pois nomeadamente quando “...a liberdade de conformação do juiz é, por definição, limitada”, além de se afigurar sobremaneira discutível, para o Autor, uma compreensão revolucionária da Constituição, ante a qual cumprirá perguntar que medos provoca a Constituição junto de quem identifica o juiz a ela subordinado como revolucionário.

Paralelamente, aos “...críticos que colocam o seu juiz político socialmente conformador (...) subordinado a um objectivo de politização da justiça de classes”³⁵, WASSERMANN dirige a objecção segundo a qual, na construção do seu juiz político, está apenas em causa “...o facto de a legislação que o juiz aplica ser feita para prosseguir específicos interesses públicos primários” e de a Constituição também prosseguir interesses tantas vezes contraponíveis aos que as leis prosseguem *ultra vires* face a ela, “... pelo que quando se exige ao juiz que reconheça as condições sociais e políticas essenciais ao cumprimento das normas da Constituição, por ela se orientando nas suas decisões, isso nada tem que ver com justiça de classes”³⁶. Aliás, segundo WASSERMANN, quando o juiz descobre, nas normas que aplica, uma tendência de classe, por exemplo, de Esquerda ou de Direita, está a fazer luz sobre os verdadeiros fins das normas que aplica e não a “fazer justiça à direita ou à esquerda”, sendo que a Constituição exige ao “juiz político”, nessa ocasião, que “desconstrua o preconceito de classe da legislação e, em última análise, o neutralize através das pautas constitucionais [,] (...) segundo a referência da Constituição que não almeja quaisquer privilégios [,] (...) quando proclama, como proclama, como objectivo do Estado não a defesa de classes específicas, mas sim, e em primeira linha, a liberdade e a igual dignidade de todos”³⁷.

WASSERMANN faz ainda notar que a sua defesa da descoberta dos interesses que estão por detrás da norma não impede a total exclusão da vinculação judicial à facticidade de relações sociais existentes, pois importantes para o juiz são não estados fácticos, mas sim normas jurídicas [, de modo que] “Se a factualidade contraria as normas jurídicas e, em especial, a Constituição, o juiz tem de apostar em denunciar e reprimir tal contrariedade como irregularidade de Direito, não em sancioná-la”³⁸.

³² Cfr. *op. cit.*, p. 52.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. *op. cit.*, pp. 52-53.

³⁵ Cfr. *op. cit.*, p. 53, e referências a tais críticos.

³⁶ Cfr. WASSERMANN, *op. cit.*, p. 54.

³⁷ *Idem*, pp. 44-55.

³⁸ Cfr. *op. cit.*, p. 56.

XI. WASSERMANN termina o seu pensamento sobre a subordinação do juiz à Constituição por ocasião da aplicação de normas jurídicas válidas chamando a atenção para o facto de "...na Constituição apenas se poder ver uma linha orientadora e não um algoritmo a partir do qual possa calcular decisões exactas [, porquanto] o positivismo não pode, depois de ter sido enterrado como positivismo da lei, ressuscitar como positivismo constitucional"³⁹, propondo o recurso a uma filosofia prática de ordenação de valores adequada ao sistema dos mesmos constitucionalmente consagrado⁴⁰.

Este último passo do Autor quanto à matéria em discussão faz-nos duvidar sobre se este pensamento interioriza a fundamental directriz de um Estado de Direito Constitucional, segundo a qual se impõe a recusa de qualquer relevo jurídico ao universo dos valores, enquanto espírito do grupo normativo situado para além das normas jurídicas, construídos abstractamente, transversais a todo o ordenamento⁴¹, subjacentes a regras e a princípios, com pretensão de aplicação normativa⁴², originados na "obra do Criador"⁴³, em tradições sociológicas⁴⁴, na elevação jurisprudencial de sistemas ético-políticos ou de filosofias políticas e sociais ao estalão de parâmetro constitucional⁴⁵, ou na consideração da experiência de sucessivas gerações⁴⁶, recusa esta a impor-se porquanto:

- (I) Para além de os juízos jurídicos serem, por sua natureza, juízos deontológicos, por contraponto aos juízos de valor, cuja natureza é predominantemente axiológica e cuja formulação evidencia a mera associação, desprovida de carácter prescritivo, de um atributo a

³⁹ Cfr. *op. cit.*, p. 56.

⁴⁰ *Idem*, pp. 46-57.

⁴¹ Cfr., neste sentido, ALONSO GARCÍA, *La Interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984, pp. 276-277.

⁴² Cfr. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, p. 277.

⁴³ *Idem*, p. 294.

⁴⁴ Cfr. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 306 e ss..

⁴⁵ Cfr. ALONSO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 308 e ss..

⁴⁶ *Idem*, p. 323, com referências doutrinárias norte-americanas. Este conceito de valor, tal como os anteriormente apresentados, decorre de uma visão objectiva dos valores, ou de uma outra, ligada à mundividência, também tendencialmente negadora da dimensão individual; cfr., neste sentido, BÖCKENFÖRDE, *Le Droit, l'État et la Constitution Démocratique*, Paris, 2000, pp. 81 e ss.. Para uma história da emergência do pensamento com recurso a valores, do ponto de vista da metodologia enquanto processo racional de obtenção do Direito, mas colocando o enfoque da sua génese enquanto categorias kantianas do entendimento enformadoras da ciência jurídica, cfr. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5.^a ed., Lisboa, 2005, pp. 125 e ss..

algo⁴⁷ e nessa medida, o discurso dos valores pouco se adequar ao jurídico⁴⁸.

- (II) Quando na actividade geral de interpretação, os valores são lidos como algo “devido”, está a subverter-se toda a lógica do Estado de Direito, em que o dever ser, materialmente constitucional e paramétrico da actividade do poder político do Estado, deve ser lido, não exclusiva mas primacialmente, nos enunciados mais preparados e especificamente dotados de força para o revelarem com segurança, racionalidade e garantia de controlo — os enunciados normativos preferencialmente escritos —, e não noutros⁴⁹.
- (III) Tal qual inclusivamente os valores revelam, aliás, como bem assinala BÖCKENFÖRDE⁵⁰, uma normatividade nascida de uma intuição individual ou colectiva e não de um processo racional, assumindo-se por conseguinte como relativa⁵¹ e, por isso mesmo, apta a coexistir com

⁴⁷ Cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 139 e ss.. Colocando o modo dos valores entre o “ser” e o “dever ser”, cfr. BÖCKENFÖRDE, *Le Droit, l'État et la Constitution démocratique*, trad., Paris, 2000, p. 80, que reporta a validade dos valores a uma normatividade determinada em vista do “bem” e imposta única e exclusivamente pela efectividade (cfr. *op. cit.*, pp. 84 e ss.) e na opinião individual ou colectiva que em torno deles se reúne (*op. cit.*, p. 88.). Contra, atribuindo relevância prescritiva deontica aos valores nos casos de indeterminação ou remissão para pautas extra-normativas do Direito positivo, cfr. LARENZ, *op. cit.*, pp. 297 e ss., especialmente, quanto à dogmática, relevando a necessidade de categorizar soluções jurídicas não através da dedução de outras normas ou conceitos pré-dados, mas sim da síntese do tratamento da satisfação dada a certas necessidades jurídicas e em nome de dados valores, por forma a quase se poder deixar de falar em dogmática enquanto dedução conceptual, cfr. *ibidem*, pp. 319-320. Todavia, os exemplos de institutos jurídicos com que o Autor funda a sua posição, a pp. 316 e ss., surgem eles próprios, à luz de uma visão estruturalista, como concretizações de princípios jurídicos.

⁴⁸ Cfr. ALEXY, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁹ Cfr., também neste sentido, BÖCKENFÖRDE, *Le Droit... cit.*, pp. 90 e ss..

⁵⁰ Cfr. *op. cit.*, p. 89.

⁵¹ *Idem*, p. 95. Contra esta posição, embora num domínio de valoração reportado à recondução dos factos ao Direito e não no dos valores fundantes da ordem jurídica, se situa LARENZ, o qual, embora concorde com um carácter intuitivo, relativo e individual dos valores (*op. cit.*, pp. 408 e ss.), põe em evidência o carácter racional do recurso aos valores no trabalho jurídico quando, para além de recensear as teorias militantes no sentido da fundamentação racional dos valores de outros autores (*in op. cit.*, pp. 165 e ss.), faz operar o trabalho decisório a partir de valores mediante quer a interacção destes com princípios jurídicos que de certo modo os juridificam, quer através da racionalização de linhas decisórias que se estabilizam em precedentes facilmente cognoscíveis, porque estabilizados, à luz da razão (*ibidem*, pp. 410 e ss.), para depois dividir as decisões jurídicas carecidas de pauta normativa bastante — *rectius* as dos juizes, em: (1) plausíveis, quando, esgotados pelo juiz todos os meios de que dispõe, com ajuda de reflexões jurídicas, “haja bons argumentos que apontem tanto no sentido da sua correcção, como em sentido oposto”, e elas surge apoiada nos referidos bons argumentos, a responder, à luz da ciência jurídica (*ibidem*, p. 414); (2) de escolha entre dois sentidos plausíveis, quando, nos mesmos termos e colocado entre duas hipóteses de decisão com bons argumentos jurídicos a apoiá-las, o juiz chega à conclusão de qual delas é mais justa ou menos injusta e decide no sentido mais aproximado da justiça (*ibidem*, pp. 414-415); (3) fundadas na “intuição valorativa” e na “convicção do juiz”, quando nenhuma das resoluções possíveis seja manifestamente injusta, formando estas últimas um campo onde, ainda assim, Deve exigir-se do juiz que se abstenha, tanto quanto lhe seja possível, de dar conta das suas motivações”, mas apenas constitutivas, nas impressivas palavras de LARENZ, de “um «residuo incómodo» só a quem seja capaz de acreditar na racionalização sem resquícios de todos os

outras num quadro de pluralismo, sem ser arvorada em dever ser imposto⁵², pelo que não se está perante mais do que, para utilizar uma expressão de MÜLLER, o emprego de uma noção juridicamente supérflua, filosoficamente conotada e conceptualmente fluida⁵³, ou, dito de outro modo, e recorrendo à ideia, ainda mais clara, de GOMES CANOTILHO⁵⁴, se “o «sistema de valores», a «ordem de valor geral», a «decisão valorativa», os «valores fundamentais» surgem (...) como uma «sintaxe» constitucional, pertencente a um outro texto que não o da lei fundamental”, porque compõem um dos muitos argumentos retóricos (...) desenvolvidos pela jurisprudência alemã e com a qual, num amálgama de componentes românticos, organicistas e hegelianos («totalidades» ou «totalizações»), se procura encontrar a estrutura orgânica, totalidade espiritual, universo cultural e unidade, pre-existentes aos preceitos isolados da Constituição”, o recurso a tais componentes é incompatível com o ponto de partida — do autor e nosso — “de uma tendencial rigidez da constituição como texto normativo-positivo, com «densidade» e «abertura» variada, aberto a um processo de concretização gradativo, onde podem ser introduzidos factores político-jurídicos e teórico-constitucionais, mas em que os *topoi* de concretização devem ser primariamente extraídos das normas constitucionais”.

XII. Trata-se, todavia, de um pequeno tributo que o “vício do recurso aos valores” paga à avassaladora virtude da doutrina de WASSERMANN para um juiz subordinado à Constituição, e que é o de teorizar a Constituição, na sua verdadeira assunção, como o vértice do ordenamento jurídico, ideia de Direito e de justiça capital a que se subordina transversalmente qualquer argumentação de ultima ratio num ordenamento que aposte no Estado de Direito e dispense, por conseguinte, ideias rectoras supra positivas, baseadas na força do caso ou na força de normatividades supra-positivas, consciente do perigo de a atribuição judicial de força autoritária a essas ideias destrua, por completo, uma vontade política fundacional de verdadeiro pluralismo em igual dignidade e liberdade.

fenómenos da vida e, com isto, no afastamento definitivo da personalidade criadora”, posição frente à qual “ existe a opinião de que, tal como em outras esferas da vida, também no domínio da aplicação do Direito não se pode prescindir da influência da decisão pessoal”, de que “O Direito «é em cada uma das suas partes um produto do espírito vivo, que se manifesta na existência orgânica e vinculado à pessoa”, e de que “A autorização para decidir segundo a própria discricção significa a entronização no plano da concretização do Direito da personalidade que aspira à realização de um sentido, termos nos quais “ o subjectivamente justo pode ser aqui o justo em geral».” (*ibidem*, pp. 415-416).

⁵² Cfr. BÖCKENFÖRDE, *Le Droit...* cit., p. 96.

⁵³ Cfr. FRIEDRICH MÜLLER, *Discours sur la Méthode Juridique*, Paris, 1997, p. 89.

⁵⁴ Cfr. *Constituição dirigente e vinculação do legislador — contributo para o estudo das normas constitucionais programáticas*, Coimbra, 1982, pp. 264-265.