

338  
1

JORGE REIS NOVAIS

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
ESTRUTURANTES  
DA REPÚBLICA PORTUGUESA



Coimbra Editora

2004

## ÍNDICE

Págs.  
9

### INTRODUÇÃO .....

I

#### O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS SEUS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

1. SENTIDO DE ESTADO DE DIREITO ENQUANTO TIPO HISTÓRICO DE ESTADO .....	15
1.1. Primórdios e advento do Estado de Direito .....	15
1.2. O Estado de Direito liberal .....	19
1.2.1. Natureza e elementos do Estado de Direito liberal .....	20
1.2.1.1. A concepção liberal dos direitos fundamentais .....	23
1.2.1.2. A concepção liberal da divisão de poderes .....	24
1.3. Estado de Direito (material e formal) e Estado de Legalidade .....	27
1.4. O Estado social e democrático de Direito .....	30
1.4.1. A alteração dos elementos do Estado de Direito liberal .....	32
1.4.1.1. No plano dos direitos fundamentais .....	32
1.4.1.2. No plano da divisão de poderes .....	34
1.4.2. A decisiva dimensão democrática e pluralista do actual Estado de Direito .....	36
2. A TRADUÇÃO DO MODELO DE ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM PRINCÍPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS .....	43
Bibliografia .....	46

Composição e impressão  
Coimbra Editora, Limitada

ISBN 972-32-1254-4

Depósito Legal n.º 213 675/2004

Agosto de 2004

## II

## OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ESTRUTURANTES

1. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO E SUBPRINCÍPIOS DEN- SIFICADORES .....	Págs.
1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana .....	49
1.1.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da dignidade da pessoa humana .....	51
1.1.2. Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional, sobre o ren- dimento social de inserção.....	64
Bibliografia.....	100
1.2. Princípio da igualdade.....	101
1.2.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da igualdade .....	115
1.2.2. Acórdão n.º 232/03 do Tribunal Constitucional sobre prefe- rências regionais nos concursos para docentes .....	120
Bibliografia.....	160
1.3. Princípio da proibição do excesso.....	161
1.3.1. Os subprincípios, elementos ou máximas contidos no princípio da proibição do excesso .....	162
1.3.1.1. Princípio da idoneidade ou da aptidão .....	167
1.3.1.2. Princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo .....	171
1.3.1.3. Princípio da proporcionalidade .....	178
1.3.1.4. Princípio da razoabilidade .....	187
1.3.1.5. Princípio da determinabilidade (na dimensão de pro- ibição do excesso) .....	191
1.3.2. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proibição do excesso .....	194
1.3.3. Acórdão n.º 187/01, sobre regime de reserva da propriedade das farmácias .....	205
Bibliografia.....	259

## Índice

1.4. Princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança .....	Págs. 261
1.4.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da protecção da confiança.....	270
1.4.2. Acórdão n.º 473/92, sobre incompatibilidade dos mandatos de deputado ao Parlamento Europeu e de presidente e vereador das câmaras municipais .....	274
Bibliografia.....	290
2. PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE.....	291
2.1. Os direitos sociais enquanto tipo de direitos fundamentais .....	293
2.2. A relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais.....	297
2.2.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre direitos sociais..	312
2.2.2. Acórdão n.º 474/02, sobre omissão das medidas legislativas de garantia da assistência material aos trabalhadores da função pública em situação de desemprego involuntário .....	323
Bibliografia.....	344

## INTRODUÇÃO

A afirmação constitucional da República Portuguesa como estando baseada na dignidade da pessoa humana (artigo 1.º da Constituição) e como sendo um Estado de Direito democrático (artigo 2.º) constitui a expressão de síntese da assunção de um modelo ideal de organização do Estado e de estruturação das relações que mantém com os cidadãos que, no essencial, é comum aos Estados com que mais estreitamente nos relacionamos, designadamente os que integram a União Europeia. Entre nós, esse modelo obteve, nas suas diferentes dimensões, reconhecimento constitucional na versão originária da Constituição de 1976 e nas suas posteriores revisões.

Pela sua natureza de realização prospectiva, este modelo ideal é algo que permanentemente se persegue, mas nunca se considera suficientemente alcançado. Em todo o caso, e se bem que entre a sua consagração nos textos e a realidade constitucional haja frequentemente um desfasamento notório, do acolhimento constitucional do *Estado de Direito*, e desde que a Constituição seja *tomada a sério*, decorrem consequências jurídicas de importância prática decisiva.

O nosso objectivo será, aqui, o de nos interrogarmos, a partir do momento em que o Estado se assume constitucionalmente, nos nossos dias, como Estado de Direito, quais os vínculos jurídicos que daí resultam para a actuação dos entes públicos e, sobretudo, com que alcance ou hipótese de sucesso podem os particulares invocar junto dos órgãos competentes a inobservância dessa vinculação como fundamento de *inconstitucionalidade*.

Este objectivo remete-nos, mais precisamente, para a análise dos princípios jurídico-constitucionais inscritos na ideia de Estado de Direito, ou, se quisermos, para o significado e alcance dos princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa como Estado de Direito. Por sua vez, essa análise não pode prescindir da consciê-

cin de que, a partir da segunda metade do século XX, um Estado de Direito só o pode ser verdadeiramente se, em simultâneo, se assumir como Estado social e Estado democrático. O nosso objectivo será, assim, o estudo do princípio do Estado de Direito, do princípio de socialidade e do princípio democrático enquanto princípios constitucionais que se impõem juridicamente à observância dos poderes constituídos.

Estes princípios podem ser acolhidos expressa e especificadamente no texto da Constituição. Mas, mesmo que o não sejam — e, pelo menos, alguns dos seus subprincípios não encontram, entre nós, tradução constitucional expressa —, têm sempre de valer como juridicamente vinculativos, de tal forma decorrem impositivamente de uma concepção adequada e actual de Estado de Direito.

O conhecimento destes princípios assume uma importância extrema na resolução de praticamente todos os casos *difícis suscitáveis* no relacionamento entre Estado e cidadãos. De facto, ou essas controvérsias são directa, imediatamente solucionáveis com recurso à aplicação de regras jurídicas de acesso e interpretação pacíficas — e af não se chega verdadeiramente a criar um *caso* — ou não será, em geral, possível dar-lhes uma solução adequada sem o recurso e aplicação decisivas de princípios jurídicos próprios de Estado de Direito como são os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica ou, ainda que num outro plano, os princípios da socialidade e democrático.

Todavia, pese embora essa importância determinante — e para o concluirmos de forma impressiva basta attentarmos na recorrência da sua utilização na jurisprudência do Tribunal Constitucional —, a atenção relativa que lhes é dedicada nos planos e programas escolares é, em nosso entender, normalmente insuficiente, com prejuízos evidentes na formação dos juristas e na consequente aplicação do Direito por parte dos diferentes operadores. É que o Estado de Direito será sempre erroneamente percebido quando nele se vir exclusivamente, como tende a acontecer, um conjunto neutral de instituições, de regras jurídicas, esquecendo-se, ou remetendo-se para o limbo das preocupações académicas, o fim último que o justifica como tipo histórico de Estado — a garantia e promoção dos direitos fundamentais — e os princípios jurídicos que animam aquelas diferentes formas e técnicas jurídicas e que, em obe-

diência àquele fim último, devem comandar o essencial do relacionamento entre Estado e indivíduos.

Entre nós, sempre que as vicissitudes da vida jurídica trazem à luz do dia sombra de dificuldades ou de deficiências de aplicação do Direito com base nos cânones tidos como vigentes, a solução é normalmente remetida para a alteração da lei (ou, se entretanto já tiverem decorrido algumas semanas sobre a realização da última revisão constitucional, para a alteração da Constituição...) como meio mais fácil e imediato de resolver as dificuldades do dia a dia. O resultado é, normalmente, o de que com essa inflação de alterações legislativas e constitucionais não se resolvem devidamente os problemas — porque se continuam a ignorar as razões últimas que determinam a incorrecta aplicação do Direito — e, em contrapartida, criam-se novas dificuldades derivadas da instabilidade legislativa ou da rigidez de uma intenção reguladora que pretende resolver, antecipada e abstractamente, os problemas da vida até ao mais infinito dos seus pormenores, desigadamente através da criação de sucessivos pretendos novos garantismos.

Na grande maioria dos casos, ao invés, o caminho é o da estabilidade do direito positivo ordinário (por maioria de razão, também do direito constitucional), ainda que com a sua necessária interpretação/aplicação à luz dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais estruturantes, sobre cuja ignorância repousa grande parte dos equívocos e vícios da nossa *praxis jurídica*.

Nesta perspectiva, em vez de permanecerem *esquecidos* ou praticamente considerados como *parentes pobres* no estudo do Direito Constitucional, direitos fundamentais e princípios constitucionais estruturantes, até pela importância extrema que já colhem na vida jurídica, como se infere de uma leitura cuidada da jurisprudência do Tribunal Constitucional, deveriam merecer uma atenção que nem sempre lhes tem sido dedicada.

Essa a razão pela qual, quando o ano lectivo de 2003/2004 nos foi atribuída uma regência da disciplina de Direito Constitucional III no 4.º ano da Faculdade de Direito de Lisboa, considerámos oportuno e necessário, e porque quanto aos direitos fundamentais já há uma disciplina autónoma, dedicar essa disciplina ao estudo dos princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa enquanto Estado de Direito. É desse estudo que aqui se dá conta.

O contexto do seu aparecimento explica, por outro lado, o carácter essencialmente didáctico destas *lições* e a ausência de notas remissivas de rodapé, o que, de alguma forma, se procura compensar com uma sintética indicação das principais referências bibliográficas portuguesas para cada um dos subtemas, sendo certo que nestas poderão ser buscadas as correspondentes listas bibliográficas desenvolvidas.

O plano do trabalho desenvolve-se em dois volumes. O que agora se publica contém o estudo do princípio do Estado de Direito, com os seus subprincípios, e o estudo do princípio da socialidade. Reserva-se para um segundo volume o tratamento desenvolvido do princípio democrático.

Dados os objectivos desta publicação, optámos por uma incidência particular na jurisprudência do Tribunal Constitucional, pelo que à abordagem de cada tema — onde se privilegia a dimensão normativa de cada princípio, a sua relevância prática e o seu sentido potencialmente mais controverso, em detrimento da simples descrição dos seus elementos — se segue uma resenha da principal jurisprudência constitucional e a transcrição de um acórdão que, ou por ser mais recente ou pela importância que teve no desenvolvimento das posições actuais do Tribunal Constitucional, considerámos de maior interesse para a compreensão crítica do *estado da arte*. Os acórdãos são, tanto quanto possível, citados a partir da sua publicação na colectânea de *Acórdãos do Tribunal Constitucional*.

## I

## O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS SEUS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

## 1. SENTIDO DE ESTADO DE DIREITO ENQUANTO TIPO HISTÓRICO DE ESTADO

### 1.1. PRIMÓRDIOS E ADVENTO DO ESTADO DE DIREITO

Como se sabe, na Idade Média só impropriamente se pode falar em Estado. A ideia anteriormente já surgida de um poder de Estado, enquanto poder político dotado de unidade e autonomia (ideia presente tanto na Cidade-Estado grega, como no Império Romano) deu lugar, na sociedade medieval, a uma pluralidade de poderes particulares, de natureza territorial, religiosa ou social: os feudos, os burgos, os senhorios ou, nos casos mais abrangentes, os próprios reinos. O sistema político baseado no poder estatal e a própria ideia de Estado haviam sido dissolvidos, na Idade Média, numa organização política e social multiplar assente em redes de vínculos unindo senhores e vassalos numa vasta cadeia hierarquizada e de dependências recíprocas.

Nesta teia medieval de relações de dependência, cada um era simultaneamente sujeito de obrigações, mas também de direitos, face ao seu senhor ou àqueles que se encontravam sob a sua tutela; esses direitos, reconhecidos como tendo sido legitimamente adquiridos, eram garantidos pelos tribunais comuns. Mas, em rigor e à luz das concepções atuais, não se deveria verdadeiramente falar em direitos, já que essas posições jurídicas particulares eram antes privilégios derivados da posição social que o seu titular ocupava na complexa hierarquia das relações feudais.

O chamado Estado moderno que se sucede à desagregação do sistema medieval surgirá, precisamente, como resultado dos processos de centralização do poder político e de supressão progressiva desses privilégios feudais e barreiras corporativas medievais.

As múltiplas relações de vassalagem típicas da anterior organização política e social são então substituídas por uma relação directa e sem

intermediários entre Monarca e súbdito, ou se se quiser, entre Estado e indivíduo; a «lei privada» do senhorio feudal dá lugar à lei-vontade do Monarca; o sistema de privilégios e obrigações feudais é substituído pela submissão de todos ao poder central, concentrado nas mãos do Rei, exercido agora por uma administração unificada e profissionalizada que se coloca, tal como os tribunais, na dependência do poder real.

Teoricamente, este novo tipo de Estado moderno assenta nas seguintes traves mestras: a ideia de Nação (a cada Nação deve corresponder um Estado, ou seja, o Estado tenderá a ser a correspondência política da comunidade de natureza histórica, cultural, religiosa, linguística, que se designa por Nação); a ideia de secularização (separação entre o poder político e os fins religiosos, reflectindo-se, desde logo, na emancipação do poder político estatal da anterior dependência do Papa); a ideia de soberania (poder de Estado concebido como poder supremo e independente).

Note-se que entre a desagregação do sistema medieval e o advento do Estado absoluto, é ainda possível autonomizar historicamente um Estado de transição, designado por Estado estamental. Neste tipo de Estado, a progressiva centralização e concentração do poder na pessoa do Rei tinha ainda como contrapartida a existência das assembleias representativas estamentais (cortes, dietas, parlamentos). Nestas assembleias representativas, as várias classes e sectores sociais — os estamentos — procuravam a conservação dos privilégios adquiridos na sociedade medieval e resistiam, nessa medida, aos esforços de centralização do poder e de unificação de direitos prosseguidos pelo Monarca.

No entanto, esta situação de relativo equilíbrio entre o novo poder real e os poderes tradicionais dos estamentos cederá, na maior parte dos casos, perante as tendências de afirmação do poder absoluto do Rei.

Assistir-se-á, então, ao advento de um novo tipo histórico de Estado — o Estado absoluto —, cuja expressão plena, independentemente da diversidade das várias experiências políticas, poderemos situar genericamente entre o século XVI e o século XIX. Situação excepcional é, contudo, a da Inglaterra, onde as várias tentativas para impor o Estado absoluto foram sucessivamente derrotadas pela unidade dos vários estamentos em torno dos poderes do Parlamento, culminando af, já durante o século XVII, na consagração definitiva da soberania do Parlamento.

Pode dizer-se que o Estado absoluto é verdadeiramente a primeira manifestação histórica do Estado moderno. Nele podem, todavia, distinguir-se duas fases: uma primeira fase, dita fase patrimonial, em que o Estado é considerado como um bem que integra o património do Príncipe e em que o poder real é justificado como tendo origem divina; uma segunda fase, em que a justificação do poder já não invoca uma origem divina, mas sim racional, na medida em que o Monarca, já não o «dono» do Estado mas antes o seu «primeiro servidor», se sente na obrigação racional de tudo fazer para prover a felicidade e o bem dos súbditos.

Na fase patrimonial era o conceito de soberania, isto é, de poder supremo do Estado, que cobria a assunção de poderes absolutos por parte do Monarca. Já na segunda fase, que tem o seu apogeu no século XVIII — o século das «luzes», do «despotismo iluminado» —, a justificação desses poderes faz-se, sobretudo, com recurso à ideia do *jus politice, direito de polícia*. Este direito, de que o Príncipe disporia, é compreendido como direito de o Rei intervir, em nome da Razão, em todos os domínios da vida política, social, cultural, económica ou mesmo privada, com vista à prossecução do interesse e bem públicos. Esta segunda fase do Estado absoluto que se segue à fase patrimonial é, então, designada como fase do Estado de polícia.

Este tipo de Estado era, no essencial, um Estado acima do Direito. Independentemente da matéria em causa, e desde que fosse essa a vontade do Monarca, os particulares tinham que se submeter ao Estado, não dispondo de quaisquer mecanismos de garantia jurídica face à actuação do Rei ou dos seus funcionários administrativos. As relações entre particulares e Estado eram concebidas como fazendo parte do «domínio de polícia», ou seja, de uma zona em que os direitos individuais teriam obrigatoriamente de ceder perante a «razão de Estado», que era, no fundo, a vontade do Rei.

Não podendo resistir à actuação do Estado, a única possibilidade que restava aos particulares era eventualmente a de, através de uma compensação de carácter patrimonial, serem reparados por lesões sofridas devido à intervenção estatal. Mas, como o Monarca estava acima do Direito e dos tribunais e, logo, o Estado propriamente dito não estava sujeito a qualquer controlo judicial, ficcionou-se então, para que o particular lesado pudesse reivindicar de alguém uma compensação

patrimonial, a existência de uma nova figura — o Fisco — a quem os particulares poderiam pedir indemnizações pelos prejuízos sofridos. Se o Estado enquanto tal não podia ser chamado a responder juridicamente, então, através deste seu desdobramento fictício, seria não o Estado, mas sim o Fisco quem disputaria com os particulares em tribunal.

Nas palavras de OTTO MAYER, «como não há nada a fazer contra o próprio Estado e como o Fisco nada mais pode fazer além de pagar, toda a liberdade civil no regime de polícia se resume nestas palavras: submete-te e apresenta a conta».

Ora, uma situação como a que se vivia no Estado de polícia gerava inevitavelmente um sentimento de insegurança nos particulares sujeitos às possibilidades de intervenção ilimitada e arbitrária da parte do Monarca. E essa ausência de regras pré-estabelecidas que pudessem constituir um limite efectivo à actuação da Administração estatal afectava especialmente a burguesia comercial e industrial, cujo poder económico crescente não obtivera ainda tradução no domínio do poder político. É que a actividade empresarial já significativa desta classe em ascenso não se compadecia com uma situação, como era a do Estado de polícia, onde a única certeza com que os particulares podiam contar era a possibilidade de actuação arbitrária do poder de Estado.

É certo que, numa primeira fase, o advento do Estado absoluto beneficiara a ascensão da burguesia como classe; de facto, na medida em que a centralização do poder no Rei se fazia à custa da destruição dos privilégios feudais, das barreiras corporativas e do protecionismo económico que caracterizavam a época medieval, a burguesia pôde aproveitar para prosperar economicamente e para se desenvolver como classe.

Porém, nos finais do século XVIII, a burguesia sentia já as condições suficientemente maduras para se libertar do dirigismo e paternalismos típicos da intervenção do Estado de polícia, que agora constituíam um entrave ao pleno desenvolvimento da actividade empresarial. Os objectivos da reacção burguesa contra o Estado absoluto são, então, os de conquistar o poder político depois de ter já adquirido o poder económico ou, no mínimo, os de controlar o poder político de forma a que este não entravasse a sua prosperidade e actividade económica.

No plano jurídico, esse projecto traduzia-se nas necessidades de «domesticar» o poder político, racionalizando o seu exercício através

### 1. Sentido de Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado

19

da sua prévia regulação e limitação jurídicas, de controlar a actividade da Administração através da sua submissão à lei, de garantir o livre desenvolvimento da actividade económica, protegendo-a de quaisquer intervenções estatais não previstas e, assim, genericamente, garantir a liberdade dos cidadãos.

Assiste-se, então, ao nascimento de uma nova concepção do Estado, dos seus fins e das suas relações com os cidadãos. Diferentemente do que acontecia nos tipos históricos de Estado pré-constitucionais, surge agora a ideia de organização e limitação jurídicas do Estado com vista à protecção dos direitos dos cidadãos, o que significa, no fundo, a ideia de uma Constituição para o Estado. Procurava-se, assim, garantir uma esfera de autonomia, liberdade e segurança dos cidadãos face ao Estado e prosseguia-se esse objectivo através do Direito, ou seja, essencialmente através e a partir da existência de uma Constituição e da subordinação de todos os poderes do Estado à lei.

Nos finais do século XVIII o êxito das Revoluções americana e francesa constitui o marco histórico decisivo que assinala a vitória desse novo projecto político que, inspirado originariamente na ideologia liberal, prenunciava a instauração generalizada de um novo tipo histórico de Estado ao longo dos séculos XIX e XX — o Estado de Direito.

Por sua vez, os contextos significativamente diferenciados do século XIX e do século XX não deixaram de marcar a concretização deste tipo histórico de Estado com formas e conteúdos igualmente diferenciados, dando azo à subdivisão entre Estado de Direito liberal e Estado social e democrático de Direito, com uma linha cronológica de fronteira que se pode situar na I Guerra Mundial e nos anos que se lhe seguiram.

#### 1.2. O ESTADO DE DIREITO LIBERAL

A ideia de Estado de Direito surge originariamente como conceito de luta política do movimento liberal contra o modelo de Estado de polícia do século XVIII. Se bem que a expressão *Estado de Direito* (*Rechtsstaat*) tivesse visto a luz na Alemanha sob a pena de ROBERT VON MOHL (1829), a ideia é comum a todo o pensamento liberal e ao movimento constitucionalista. Através dela se expressa o ideal, que desde os finais do século XVIII se desenvolveu generalizadamente na Europa e na América.

rica, de racionalização do Estado e de reconstrução radical das relações que este mantinha com a sociedade e os indivíduos.

O Estado de Direito não irrompe, como é natural, num momento histórico concreta e precisamente delimitado; tão pouco surge em todos os países simultaneamente ou através de processos idênticos. Como acontece com todos os tipos históricos de Estado, o seu advento foi diferenciado no tempo, na forma e nos processos de institucionalização.

Assim, começou por se desenvolver em França e nos Estados Unidos da América ainda nos finais do século XVIII; na Alemanha e em muitos outros países europeus, durante o século XIX; por sua vez, na Inglaterra, que não conheceu, como vimos, o modelo de Estado absoluto, o advento do Estado de Direito foi singularmente «antecipado» para os finais do século XVII.

Também quanto à forma e processo de institucionalização as diferenças são notórias: o Estado de Direito desenvolve-se na Alemanha de forma gradual e através de uma solução de compromisso com a legitimidade monárquica tradicional; surge na América e na França através de processos revolucionários de ruptura com o Antigo Regime; solidificou-se na Inglaterra por transição evolutiva natural, segundo um modelo de continuidade histórica típico das instituições constitucionais britânicas, ou seja, através da aceitação progressiva da ideia de limitação jurídica do Poder num processo que viria a obter êxito definitivo quando, ainda no século XVII, a «Glorious Revolution» consagrou a soberania do Parlamento e também a inviolabilidade das liberdades individuais.

Note-se, por último, que mesmo a designação sob a qual se expressa o mesmo ideal de limitação jurídica do Poder varia segundo as várias experiências: na Alemanha surge a designação *Estado de Direito* («Rechtsstaat»), enquanto em França se fala em *Estado constitucional* («état constitutionnel») e na Inglaterra em *império da lei* («rule of law»).

### 1.2.1. Natureza e elementos do Estado de Direito liberal

O Estado de Direito pode genericamente definir-se como sendo um Estado limitado e organizado juridicamente com vista à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Porém, sendo esse o núcleo essencial caracterizador do novo tipo histórico de Estado que surgira, originariamente, em oposição ao Estado

de polícia, a respectiva compreensão e concretização é sempre influenciada pelas condições materiais e pelo contexto ideológico em que se realiza praticamente.

Ora, o contexto histórico que preside ao nascimento do Estado de Direito é o de uma época caracterizada social, económica e politicamente pela afirmação da burguesia como classe dominante e marcada, no plano ideológico, pela hegemonia doutrinária do liberalismo. Daí que, em última análise, o Estado de Direito típico do século XIX só possa ser compreendido à luz das concepções ideológicas liberais.

Assim, independentemente das diferentes modalidades de concretização política, o ideal de Estado de Direito propõe-se sempre a garantia da segurança, liberdade e propriedade dos cidadãos através de (i) uma marcada separação entre o Estado e a sociedade que permita à sociedade constituir-se em espaço auto-regulado onde coexistam e concorram as esferas de autonomia económicas e morais dos cidadãos; (ii) uma redução da actividade do Estado ao mínimo exigido para a garantia da paz social e das condições objectivas que viabilizem o encontro das autonomias individuais e o livre desenvolvimento da personalidade de cada um; (iii) uma transformação progressiva de toda a actividade do Estado em actuação fundada, organizada e limitada juridicamente e uma concepção jurídica, regulada pelo Direito, das relações que o Estado mantém com os cidadãos.

No que respeita às relações entre o Estado e os indivíduos, o projecto liberal assenta no pressuposto básico de uma separação ideal entre Estado e sociedade. Mais precisamente, defende-se a ideia de uma necessária separação entre Estado e economia: o Estado deveria limitar-se a garantir a segurança, liberdade e propriedade dos cidadãos, deixando a vida económica entregue à sua própria dinâmica de auto-regulação através das leis do mercado livre. Como dizia ADAM SMITH, o bem-estar colectivo resultaria naturalmente do livre encontro e da livre concorrência entre produtores e consumidores; sem quaisquer interferências exteriores, logo, sem qualquer intervenção do Estado, os agentes económicos seriam como que comandados por uma *mão invisível* que, através das leis da oferta e da procura, conduziria os particulares aos melhores resultados e a sociedade ao melhor dos mundos.

Para o optimismo liberal, o Estado, qual guarda-nocturno ao serviço da sociedade, teria como única tarefa a garantia da paz social e da segu-

rança dos bens e das vidas, de forma a permitir o pleno desenvolvimento da sociedade civil de acordo com as suas próprias leis naturais. No plano das relações que estabelece com os cidadãos, pode dizer-se que o único fim deste Estado abstencionista é a garantia e protecção dos direitos e liberdades individuais.

É, portanto, para garantir um núcleo de direitos e liberdades fundamentais do homem que se orienta o projecto de reconstrução e racionalização do Estado levado a cabo pelos liberais do século XIX. Por sua vez, esses direitos eram entendidos à luz dos valores burgueses da época. Isto é, como estando subordinados aos valores supremos da iniciativa privada e da segurança da propriedade.

Nesse sentido, racionalizar o Estado é, então, ao contrário do que acontecia com a Razão típica do Estado de polícia, assegurar que a intervenção estatal não ultrapasse níveis mínimos, isto é, que o Estado não extravase dos seus fins e invada ilegitimamente as esferas da vida privada, particularmente as esferas patrimoniais.

Mas, mais que isso, racionalizar o Estado é também transformá-lo em Estado submetido ao Direito, em Estado ilimitado e organizado juridicamente.

Esta submissão do Estado ao Direito exige: em primeiro lugar, conceber o Estado como pessoa jurídica, titular de direitos e deveres, que se relaciona com as outras pessoas jurídicas — nomeadamente os cidadãos — sob a tutela do Direito e dos tribunais; em segundo lugar, proceder à conformação jurídica de todas as actividades do Estado, estruturando juridicamente os diferentes órgãos e serviços e repartindo as funções do Estado por vários órgãos; em terceiro lugar, estabelecer uma hierarquia jurídica entre os vários actos do Estado, na qual a lei geral e abstracta ocupasse o lugar supremo e de forma que as diferentes manifestações da actividade do Estado pudessem ser sujeitas a um controlo jurídico baseado na verificação da sua conformidade aos padrões estabelecidos no estalão que as precedia hierarquicamente.

Sendo o fim último da limitação jurídica do Estado a garantia dos direitos e liberdades fundamentais, para prosseguir tal fim recorre-se, no plano institucional e de organização do poder político, ao princípio da divisão e organização jurídica dos poderes do Estado.

Direitos fundamentais e divisão de poderes são, pois, os elementos essenciais do Estado de Direito, ou, como a visão liberal da Revolução

Francesa proclamava lapidarmente no artigo 16.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, só há Constituição onde há direitos do homem e separação de poderes.

Mas, sendo esses os elementos imprescindíveis à existência de qualquer Estado de Direito, e estando por isso intemporalmente presentes em quaisquer das suas manifestações, quer os direitos fundamentais quer a divisão de poderes assumem um carácter diferente consoante a época histórica em que se realizam e os diferentes fundamentos filosóficos ou ideológicos que os inspiram. Há, assim, como veremos, uma concepção liberal dos direitos fundamentais, tal como há um entendimento especificamente liberal da divisão de poderes.

#### **1.2.1.1. A concepção liberal dos direitos fundamentais**

A caracterização liberal dos direitos fundamentais funda-se no referido pressuposto de uma desejada separação entre Estado e sociedade e no ideal de um Estado mínimo, abstencionista, e essencialmente respeitador da autonomia e livre iniciativa dos indivíduos.

A preservação jurídica das esferas de autonomia individual perante o Estado é exactamente a função dos direitos fundamentais. Através deles constituem-se juridicamente zonas onde a liberdade do indivíduo é, em princípio, ilimitada, enquanto a faculdade de o Estado as invadir é, em princípio, limitada. Neste quadro liberal, os direitos fundamentais são sobretudo liberdades negativas, ou seja, são posições jurídicas individuais cuja plena realização exige, não uma qualquer intervenção de ajuda por parte do Estado, mas antes a abstenção deste.

Para o liberalismo oitocentista, por outro lado, verdadeiros direitos fundamentais são apenas os direitos do homem enquanto direitos do homem isolado e abstractamente considerado. Seria este o caso, por exemplo, da liberdade de consciência, da liberdade pessoal, da inviolabilidade de domicílio, do sigilo de correspondência ou do direito de propriedade.

Já os direitos do homem considerado na sua relação com os outros homens — tais como a liberdade de culto, a liberdade de associação e reunião — eram ou pura e simplesmente negados ou, quando muito, tolerados com desconfiança e só desde que permanecessem na área do puramente social, desde que não adquirissem uma dimensão política.

Assim se recusavam e se qualificavam de crimes direitos que são hoje considerados como indissociáveis da dignidade da pessoa humana e do homem enquanto cidadão e trabalhador, como são a liberdade sindical ou o direito à greve.

Como resulta óbvio, por detrás desta concepção liberal dos direitos do homem encontravam-se os interesses de classe da burguesia e nomeadamente o receio que o alargamento da titularidade plena dos direitos fundamentais, mormente os políticos, às camadas populares pudesse pôr em causa aquele que era considerado o direito supremo — o direito de propriedade.

De facto, no Estado de Direito liberal o direito de propriedade não é um «direito como os outros», assumindo antes um relevo que o eleva à categoria, não apenas de direito «absoluto», como também de verdadeira condição e medida do exercício pleno dos restantes direitos. Significa isto que a titularidade ou o pleno exercício de muitos outros direitos fundamentais dependia da condição de se ser ou não proprietário.

No plano político, o resultado mais contundente desta concepção de prevalência absoluta do direito de propriedade no Estado de Direito liberal era o facto de o direito de voto — e, consequentemente, os restantes direitos de participação política — estarem reservados aos proprietários (sufrágio censitário), o que tinha enormes consequências políticas.

Pode, pois, dizer-se que no Estado de Direito liberal falar em direitos do homem significava, de facto, direitos do homem burguês, já que só a propriedade garantia, de direito e de facto, o acesso à titularidade ou capacidade de exercício das restantes liberdades fundamentais.

#### **1.2.1.2. A concepção liberal da divisão de poderes**

É possível encontrar manifestações históricas do princípio da divisão de poderes remontando às doutrinas de Aristóteles e Platão, à prática das magistraturas romanas ou ao Estado estamental. Porém, o princípio vem a adquirir no processo de luta do movimento constitucionalista liberal contra o Estado absoluto um cariz substancialmente novo.

É que só agora se desenvolve e triunfa a ideia da divisão de poderes como especialização jurídica orgânico-funcional, isto é, como repar-

tição, operada através do Direito, de cada uma das funções do Estado pelos seus diferentes órgãos.

Por outro lado, só agora, no Estado de Direito liberal, a divisão dos poderes, para além de intentar uma racionalização do funcionamento do Estado, visa garantir juridicamente a liberdade individual contra os abusos do poder.

Como dizia Montesquieu — cujo nome e a obra «*De l'esprit des lois*» ficaram especialmente associados à doutrina da divisão de poderes —, perante a inevitável tendência para o abuso do poder da parte do seu titular, a liberdade individual só ficaria protegida caso o poder não estivesse concentrado.

Em regime de concentração de poderes os abusos seriam inevitáveis e a possibilidade de resistir a esses abusos seria impossível. Diversamente, distribuindo as várias funções do Estado por diferentes titulares, cada um deles constituiria uma resistência natural contra os abusos dos titulares dos outros poderes e seria necessariamente encontrado um equilíbrio entre o Legislativo, o Executivo e o Judicial. Desse equilíbrio ou neutralização recíproca resultaria, em última análise, a proteção da liberdade individual. Montesquieu propunha, então, não uma rígida separação entre esses três poderes — como frequentemente se confundiu —, mas uma colaboração, equilíbrio e interdependência.

Porém, em termos da prática vivida do Estado de Direito liberal podemos concluir que o princípio da divisão de poderes não se reflectiu num equilíbrio abstracto e neutral, vindo sobretudo a resultar numa hegemonia do poder legislativo, entendido como poder supremo dentro do conjunto dos poderes do Estado.

De resto, esta supremacia do legislativo — e, nesta altura, falar em supremacia do poder legislativo era falar em supremacia do Parlamento — correspondia às pretensões burguesas de conquista do poder de Estado, pois, como se sabe, foi o Parlamento o primeiro dos órgãos do Estado a ser estratégicamente «ocupado» pela burguesia ascendente.

Assim, os interesses políticos da burguesia iam de par com o projecto liberal de racionalização do Estado e de edificação de um Estado de Direito. Pois, se à burguesia interessava garantir que os órgãos e funções estatais que não controlava se submetessem à hegemonia do Parlamento, ao projecto de realização de um Estado de Direito interessava subordinar os vários actos e funções estatais ao império da lei.

O Estado de Direito liberal realiza-se, assim, como Estado racional através do império da lei sobre todos os actos estatais e através da respectiva supremacia do Parlamento sobre os restantes órgãos do Estado.

Só quando no Estado reinasse as leis e não os homens é que se garantia a soberania do Povo e se impedía que qualquer tirano pudesse governar em seu nome, pois só a lei representava — na medida em que fôrça aprovada pelo Parlamento — a vontade de todos, a vontade geral. Também só dessa forma se entendia ser possível alcançar a justiça e a liberdade, pois, sendo aprovada por todos, a lei seria necessariamente justa, já que, dizia-se, ninguém seria injusto contra si próprio.

Ao mesmo tempo, o império da lei garantia a igualdade e a segurança, na medida em que a lei era, por definição, geral e abstracta, ou seja, aplicável a todos e em todas as circunstâncias. Dessa forma, sendo todos os homens iguais perante a lei, estariam automaticamente excluídos a discriminação, os privilégios individuais e o arbítrio dos governantes.

No entanto, para que o edifício do Estado de Direito se completasse, era necessário que o carácter soberano da função legislativa se traduzisse na consequente subordinação do Executivo, da Administração e do poder judicial aos comandos da lei aprovada pelo Parlamento.

No que se referia ao poder judicial, defendia-se, então, a estrita e exclusiva subordinação do juiz à lei como forma de evitar as pressões exteriores sobre a função judicial; só através da exclusiva dependência da lei o poder judicial seria verdadeiramente independente, pois só dessa forma ficaria imunizado e salvaguardado perante quaisquer pressões e interesses que não fossem os do próprio Direito.

Na altura receavam-se, sobretudo, as ameaças que o Executivo e a Administração potencialmente projectavam sobre a segurança e a liberdade individual, pois eram esses os órgãos e as funções do poder de Estado que mais duradouramente escapavam ao controlo político da burguesia.

É nesse domínio que se desenvolve, então, um princípio que desempenhará um papel capital na construção do Estado de Direito — o princípio da legalidade da administração. Com ele se garantia a integral subordinação da Administração à lei aprovada pelo Parlamento, na medida das duas exigências em que o princípio se traduzia. Primeiro: na aplicação da lei às situações concretas a Administração não podia vio-

lar a lei, só poderia actuar dentro dos quadros da lei. Segundo: nos assuntos mais importantes — os que dissessem respeito à liberdade e à propriedade — o Estado só poderia intervir através de lei ou com base em lei.

Por último, e ainda no domínio da divisão de poderes, cabe realçar a importância da consagração progressiva da chamada justiça administrativa, ou seja, a possibilidade de os particulares recorrerem aos tribunais para se defenderem contra actos ilegais praticados pela Administração e que afectassem os seus direitos. Só então os cidadãos se podiam considerar efectivamente protegidos contra a Administração, pois as eventuais ilegalidades cometidas por esta ficavam agora sujeitas ao controlo e sanção de órgãos independentes — os tribunais (fossem eles os tribunais comuns ou os tribunais administrativos).

### 1.3. ESTADO DE DIREITO (MATERIAL E FORMAL) E ESTADO DE LEGALIDADE

O projecto liberal de Estado de Direito — pelo menos na sua primeira fase, quando o *Estado de Direito* era um conceito de luta política — surge como uma construção acentuadamente material, uma vez que assentava tanto na ideia da limitação da forma de agir do Estado quanto, sobretudo, na da limitação do seu próprio querer por força da assunção de valores materiais cuja plena realização exigia a instauração de uma nova ordem. Nesse sentido, estamos perante um Estado de Direito material, pois a limitação jurídica do Poder justifica-se em função da garantia de um núcleo de valores que se impõe ao próprio Estado.

Porém, a confluência de alguns factores produzirá o esbatimento desta caracterização material em favor da identificação progressiva do conceito de Estado de Direito com os seus elementos formais, seja o princípio da legalidade da administração seja a justiça administrativa.

Por um lado, uma vez que o projecto originário correspondia ao sentido da oposição revolucionária burguesa ao Estado absoluto e se legitimava, consequentemente, numa particular ideia de Direito ou de justiça material em ruptura com o *Ancien Régime*, é natural que essa intenção material se desvaneça à medida que a burguesia se vai instalando e se consolida o seu domínio. É que a anterior intenção revolucionária e prospectiva própria da caracterização material do Estado de

Direito era agora tendencialmente incômodo, pois, proclamando o primado do Homem e dos seus direitos como valores universais, induzia a assunção das reivindicações de liberdade por parte de um *quarto-estado* que emergia em oposição à burguesia já dominante.

Convergentemente, embora por diferentes razões, verificava-se também a tendência para a ocultação da intenção material do Estado de Direito nas situações em que, como na Alemanha do século XIX, as regras do Estado de Direito se instauravam através da via do compromisso com o princípio monárquico no quadro institucional de uma monarquia constitucional limitada. Em tais circunstâncias, era menos contundente a teorização do reconhecimento dos direitos fundamentais enquanto resultado de um processo de autolimitação do Estado do que como valores que se impunham por força do seu carácter pré e supra-estadual.

Tudo o que, estimulado e coberto pelo manto do positivismo jurídico dominante nos finais do século XIX, contribuía para a formalização do conceito de Estado de Direito, ou seja, para o sucesso da progressiva redução do anterior ideal de submissão do Estado ao Direito (*justo*) à simples procura de uma integral, mas neutra, subordinação da Administração à Lei. Estado de Direito seria tão simplesmente o Estado onde vigorasse o princípio da legalidade da administração.

Em todo o caso, a diferenciação entre Estado de Direito material e formal não traduzia, nesta altura, a existência de diferentes tipos de Estado ou diferenças essenciais na concepção das relações entre governantes e governados, uma vez que os pressupostos políticos que fundavam o Estado liberal informavam, expressa ou implicitamente, as duas noções.

De facto, quando os juristas construíssem uma teoria formal, politicamente asséptica, de Estado de Direito procediam apenas a uma autonomização dogmática dos mecanismos jurídicos que se propunham garantir os direitos fundamentais. Deixavam de se interrogar acerca da lei *justa* ou das liberdades individuais porque pressupunham uma natural identificação entre acto emitido pela representação nacional e justiça, entre lei e garantia dos direitos fundamentais, com o que lhes interessava apenas a protecção do indivíduo face à aplicação da lei pela Administração e, daí, a quase exclusiva relevância do princípio da legalidade e das garantias jurídicas que permitissem aos particulares reagir contra a sua eventual violação.

Todavia, a emergência da construção formal do Estado de Direito legitimava-se, ainda e sempre, numa adesão subjacente e subentendida aos valores dos direitos fundamentais, ainda que a essa vinculação implícita se não reconhecesse relevância jurídica autónoma.

Mas quando se reduz Estado de Direito a Estado que age na forma do Direito, a Estado autolimitado pelo seu próprio direito positivo independentemente do respectivo conteúdo, então estão a criar-se as condições de compatibilização teórica do conceito com qualquer tipo de Estado. E quando, com o advento dos Estados autocráticos do século XX, se quebram todos os vínculos entre lei e garantia da liberdade, a formalização da ideia de Estado de Direito vê-se interessadamente manipulada através de uma sua utilização abusiva por parte de projectos fortemente desvalorizadores das garantias e liberdades individuais.

Porém, mesmo admitindo que os Estados autocráticos, nos seus perfodos ou versões mais *doces*, pudessem constranger-se voluntariamente aos limites da sua própria legalidade — o que, num contexto autocrático é sempre conjuntural ou precário, dado o carácter objectivamente limitador e, como tal, dificilmente tolerado, que sempre resulta da observância das formas jurídicas —, aquilo que verdadeiramente aí existiria não seria já Estado de Direito (mesmo formal), mas, quando muito, mero Estado de legalidade.

Aplicar a estes Estados a qualificação de Estado de Direito não seria nem cientificamente ajustado nem politicamente legítimo. De facto, o conceito perderia toda a operatividade, pois qualquer Estado, não importando o conteúdo que fosse actuado através da via da legalidade, seria *Estado de Direito*; por outro lado, permitir-se-ia que Estados situados nos antípodas do projecto originário de limitação jurídica do Poder pudessem recolher, parasitariamente, o prestígio acumulado por aquele ideal.

Se o Estado de Direito *formal* do positivismo jurídico deixara apenas de se interrogar pelos valores da liberdade que, entretanto, continuava a assegurar politicamente, o novo Estado de legalidade abre-se materialmente a quaisquer fins, desde que prosseguidos na forma de lei.

Assim, ao longo deste percurso, o princípio da legalidade transmuta-se sucessivamente de técnica por excelência de garantia dos valores liberais (no Estado de Direito liberal em sentido material) em fim autonomiadamente considerado de garantia desses valores (no Estado

de Direito formal) e, por último, no Estado de legalidade, em quadro neutro de realização dos mais diversos projectos políticos, na medida em que os valores que necessariamente nele vêm implicados — a certeza e a segurança jurídicas — são compatíveis com as necessidades de estabilização de qualquer ordem estadual.

#### 1.4. O ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A transição do século XIX para o século XX caracteriza-se, no domínio da evolução dos tipos históricos de Estado, pela crise dos pressupostos, dos valores e da ideologia em que assentava o modelo de Estado liberal. As novas experiências políticas que se sucedem após o eclodir da I Guerra Mundial revelam, na sua radical diversidade, uma intenção comum de superação do legado liberal. Mas, enquanto os fascismos e o nacional-socialismo, de um lado, e a revolução soviética, do outro, destruíram a possibilidade da própria subsistência do Estado de Direito, desenvolve-se, na mesma época, uma outra alternativa que procura reatar ou prosseguir este ideal nas novas condições do século XX e que dará origem ao que designamos genericamente de Estado social e democrático de Direito.

Este novo modelo de Estado — com elementos delineados juridicamente na Constituição mexicana de 1917 e na de Weimar de 1919 e retomados, posteriormente, em inúmeras Constituições do segundo pós-guerra — inscreve a assunção da integralidade do ideal de limitação jurídica do Poder e da preservação das garantias individuais legado pelo Estado de Direito liberal num quadro de profunda reavaliação dos fins do Estado e de reconstrução das relações entre o Estado e a sociedade.

Pode dizer-se que o conflito mundial do início do século XX põe termo ao optimismo liberal expresso na crença numa justiça natural imanente às relações económicas e sociais e marca, consequentemente, a crise de uma visão idealizada de separação radical entre Estado e Sociedade. A confiança liberal nas potencialidades de um livre jogo das leis da concorrência actuando num mercado livre da intervenção do Estado era, agora, seriamente posta em causa pela crise generalizada gerada a partir dos países capitalistas desenvolvidos.

Verificado, na prática, o esgotamento do modelo, buscam-se remédios. A sociedade deixa, nesta altura, de ser concebida como uma rea-

#### *I. Sentido de Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado*

lidade auto-suficiente, para passar a ser encarada como um objecto que o Estado deveria estruturar, regular e transformar com vista à prossecução da justiça social e do progresso económico.

O Estado empenha-se então, consciente e deliberadamente, no processo produtivo, na redistribuição do produto social e na direcção ou mesmo planificação do processo económico. A justiça social e a prossecução da igualdade material — e não já apenas da igualdade perante a lei — são elevadas a fins essenciais do Estado, que assim se afirma como Estado social.

Por um lado, pretende-se uma estruturação e regulação da vida social a partir do impulso e da conformação estaduais, quer através de uma política económica intervencionista quer através da providência das condições de existência vital dos cidadãos, prestação de bens e serviços e criação de infra-estruturas materiais.

Em contrapartida, reconhece-se e estimula-se a pressão e o controlo da Sociedade sobre o Estado, visando a possibilidade de inflexão e apropriação social das decisões políticas através da acção permanente e institucionalizada dos partidos, grupos de interesse e organizações sociais sobre os aparelhos do Estado.

A expressão Estado social procura sintetizar o sentido desse processo concertado de estadualização da sociedade e de recíproca socialização do Estado, sendo esta dupla dimensão que permite distinguir, de algum modo, o Estado social das designações afins mais vocacionadas para traduzir apenas aspectos parcelares daquelas tendências (Estado assistencial, Estado-providência, Estado de Bem-Estar, Estado de Partidos, Estado Administrativo).

No entanto, as transformações assinaladas na forma de conceber as relações entre Estado e sociedade e os próprios fins do Estado continuam a integrar-se e dar continuidade ao mesmo ideal de limitação jurídica do Estado que também caracterizava o Estado de Direito liberal. Significa isto que o Estado assume novos fins, desenvolve uma intervenção social e económica quantitativa e qualitativamente diferente da intervenção do Estado liberal do século XIX, mas continua a fazê-lo no mesmo quadro de limitação jurídica e de respeito pelos direitos e liberdades individuais que são pressupostos da existência de qualquer Estado de Direito.

O Estado social e democrático de Direito do século XX acolhe e dá continuidade ao legado fundamental do Estado de Direito liberal. Mas,

a necessária adaptação do Estado de Direito às novas circunstâncias e valores do século XX impõe uma substancial alteração dos seus elementos tal como haviam sido conformados no século anterior, alteração essa que se projecta tanto no que respeita às concepções dos direitos fundamentais quanto às da divisão de poderes.

#### **1.4.1. A alteração dos elementos do Estado de Direito liberal**

Nos termos referidos, a realização do Estado social e democrático de Direito pressupõe a preservação dos valores e princípios que, independentemente da época, permitem classificar um Estado como Estado de Direito. Isso implica que a garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos continua a ser considerada como o fim essencial do Estado.

Ora, independentemente das novas circunstâncias históricas, a prossecução daquele objectivo exige uma adequada estruturação jurídica do Estado e, desde logo, a manutenção do núcleo principal das técnicas jurídicas associadas ao aparecimento do Estado de Direito: a divisão de poderes, o princípio da legalidade da administração e a tutela jurisdicional dos direitos dos particulares.

Contudo, a nova natureza de um Estado preocupado não apenas com a manutenção da segurança jurídica, mas também com a criação das condições materiais que permitam a cada um o livre desenvolvimento da sua personalidade e uma existência condigna vai provocar alterações sensíveis no entendimento, quer dos direitos fundamentais quer das técnicas jurídicas associadas à respectiva protecção.

##### **1.4.1.1. No plano dos direitos fundamentais**

No plano específico dos direitos e liberdades fundamentais as alterações surgidas no Estado social e democrático de Direito orientam-se em três direcções principais:

Em primeiro lugar, verifica-se um processo de fundamentalização dos chamados direitos sociais (incluindo os direitos económicos, sociais e culturais). Isto quer dizer que, ao lado dos direitos e liberdades clássicos, são agora também considerados como direitos fundamentais os direitos positivos de carácter social, ou seja, os direitos que se traduzem na exigência de prestações positivas materiais a realizar pelo Estado em favor

#### **1. Sentido de Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado**

dos indivíduos. Enquanto as liberdades negativas clássicas se realizavam tanto mais quanto menor fosse a intervenção do Estado, os novos direitos sociais requerem, não uma abstenção do Estado, mas antes uma intervenção positiva estatal destinada a conferir-lhes realidade existencial.

Em segundo lugar, os próprios direitos, liberdades e garantias tradicionais do Estado liberal são agora reinterpretados e reavaliados à luz da nova perspectiva de socialidade. Isto significa que o exercício destes direitos passa também a ser condicionado por uma nova perspectiva de integração comunitária e vinculação social; passam, por outro lado, a ser admitidas compressões do próprio conteúdo dos direitos clássicos, determinadas pelo objectivo de garantir uma igualdade material entre todos os cidadãos — e não uma mera igualdade jurídico-formal — e assegurar o respeito pelos direitos de todos. Isto significa que o Estado não se limita a proclamar a existência das liberdades negativas, mas se preocupa, simultaneamente, em garantir a possibilidade do seu exercício efectivo e igualitário por parte de todos, prevenindo eventuais abusos, assegurando as condições da igualdade material no seu exercício, regulando prováveis conflitos de direitos e colisões entre os direitos fundamentais e outros bens igualmente dignos de protecção jurídica.

Esta vinculação social dos direitos afecta particularmente a átea das relações de produção e, especialmente, as concepções acerca do direito de propriedade. Este direito, à luz das novas exigências sociais, perde o seu anterior carácter de direito absoluto, de medida suprema de todos os outros direitos, para ceder perante uma concepção de dignidade da pessoa humana que é independente do grau de riqueza ou da posição social de cada um.

Em terceiro lugar, e em consequência desta desvalorização do direito de propriedade, assiste-se a uma generalização da atribuição dos direitos políticos, particularmente o direito de voto, e a um aprofundamento e consolidação das regras da democracia política como condição indispensável à existência do Estado de Direito.

Em quarto lugar, surgem novos tipos de direitos atinentes à integração e corresponsabilização social de todos e às exigências de solidariedade geracional e universal, como sejam os direitos próprios de certas categorias sociais, como os direitos das crianças, das mulheres, de

minorias sociais, étnicas, sexuais, bem como os novos direitos do ambiente ou os direitos dos povos ao desenvolvimento.

Por último, os direitos fundamentais são agora concebidos, não só como direitos de defesa contra os abusos e violações praticadas pela autoridade pública, mas também como valores que se impõem genericamente a toda a sociedade e que, sem prejuízo da autonomia privada de cada um, repercutem também nas relações jurídicas privadas e adquirem, como tal, relevância jurídica face aos poderes particulares.

#### 1.4.1.2. No plano da divisão de poderes

Também neste domínio as alterações se processam no mesmo sentido: permanecem as características e fins essenciais que presidiram ao aparecimento do princípio da divisão de poderes no Estado liberal, mas este princípio sofre as transformações inerentes à evolução para um novo tipo histórico de Estado.

Assim, a divisão de poderes perde o seu anterior carácter de repartição mecanicista e estanque de funções — legislativa, executiva e judicial — pelo Parlamento, Governo e tribunais, se é que alguma vez essa separação rígida existiu de facto.

A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da actuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais.

Em primeiro lugar, verifica-se uma progressiva diluição de fronteiras entre as áreas do «legislativo» e do «executivo».

Por um lado, há um aumento considerável da actividade legislativa dos Governos, o que se traduz, não só na sua crescente participação na iniciativa das leis que o Parlamento aprova, mas também na institucionalização de uma competência legislativa governamental própria ou delegada pelo Parlamento.

Em contrapartida, os Parlamentos invadem a área tradicionalmente reservada aos Governos, na medida em que grande parte das leis aprovadas pelos Parlamentos perdem o seu anterior carácter geral e abstracto. Surge a figura das chamadas leis-medida, destinadas a respon-

#### 1. Sentido de Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado

der a situações e necessidades governativas concretas, bem como a aprovação de leis individuais que configuram a prática pelo órgão legislativo de verdadeiros actos administrativos sob a forma de lei.

Essas tendências ambivalentes fazem, por outro lado, ressurgir as preocupações com a autonomia funcional e a garantia dos âmbitos nucleares de Governo e Parlamento em ordem à preservação da racionalidade inerente à estruturação de um Estado de Direito com separação e interdependência de funções.

Em segundo lugar, e porventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado social e democrático de Direito, verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado.

Assiste-se a uma reavaliação das relações entre política e jurisdição, com a consequente atribuição ao poder judicial do controlo da verificação da conformidade constitucional dos actos legislativos e de alguns actos políticos. Até então, se a Administração violava a lei e se isso se traduzia na lesão de direitos e interesses dos particulares era possível o recurso à justiça administrativa como forma de controlar a legalidade da actuação da Administração e chegar à eventual anulação dos actos administrativos ilegais. Porém, a função legislativa estava isenta de qualquer controlo, na medida em que se considerava que, por definição, lei era equivalente a garantia dos direitos.

Hoje, verificadas as insuficiências da justiça administrativa como forma exclusiva de controlo da actuação da autoridade pública e perdida a confiança na pretensa justiça e racionalidade imanentes à lei, conclui-se, no Estado social de Direito, pela necessidade de preservar os direitos fundamentais e as garantias constitucionais, não apenas das eventuais violações praticadas pela Administração, mas também das provindas dos órgãos legislativos e políticos e actuadas através da forma de lei.

Daí o pleno reconhecimento do carácter formalmente superior das normas constitucionais relativamente às leis ordinárias e, consequentemente, a exigência do controlo da constitucionalidade das leis pelos tribunais comuns ou por tribunais especialmente criados para o efeito — os tribunais constitucionais. Daí o surgimento generalizado da justiça constitucional como espécie de coroamento do edifício de garantias do Estado de Direito e as preocupações com a institucionalização de

mecanismos que garantam uma tutela plena e efectiva contra quaisquer agressões aos direitos fundamentais.

Desenvolvem-se, por último, novos mecanismos de limitação efectiva do Poder que, na vigência do Estado liberal, ou não existiam ou não eram tão especialmente valorizados.

É o caso do reconhecimento e encorajamento do pluralismo, dos direitos da oposição e das minorias, do direito de alternância política, da importância da opinião pública e de uma imprensa livre; é o caso da chamada divisão vertical ou territorial de funções, através da regionalização e descentralização política e administrativa; é a repartição social de funções, com o aprofundamento dos mecanismos de democracia participativa e de integração dos cidadãos e das suas associações na vida política e no próprio exercício das funções estatais; valorizam-se, por último, novos mecanismos de racionalização da democracia representativa e de limitação do Poder, como sejam a limitação temporal de certas funções públicas, a instituição de sistemas de governo mais complexos e a valorização de escolhas institucionais decisivas para a vida política, como sejam as do sistema eleitoral e sistema de partidos.

#### **1.4.2. A decisiva dimensão democrática e pluralista do actual Estado de Direito**

É no aperfeiçoamento da ineliminável dimensão democrática e pluralista que o Estado de Direito dos nossos dias recolhe a legitimidade que o habilita à plena assunção do princípio de socialidade.

À própria natureza do Estado social é inerente a existência de regras de democracia política, pois o desenvolvimento do processo de socialização do Estado — que, como se referiu, é uma das dimensões identificadoras do Estado social — pressupõe o controlo do Poder por parte da sociedade, o que seria incompatível com um regime não democrático. Com efeito, a exigência de socialização do Estado implica quer o reconhecimento da legitimidade da intervenção dos grupos de interesses e organizações sociais na tomada das decisões políticas, quer a recondução institucional dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade.

Por outra parte, o quadro democrático é também uma exigência da natureza actual do Estado de Direito, já que os direitos fundamen-

tais — com a extensão que resulta da concepção actual da dignidade da pessoa humana — só obtêm cabal realização e protecção em regime democrático. Sem o reconhecimento integral dos direitos de participação política — só concebível numa situação democrática — a esfera de autonomia individual estaria decisivamente amputada, para além de que são radicalmente distintos o alcance e o exercício dos restantes direitos consoante eles se vivam em democracia política ou se procurem realizar num contexto autoritário tendencialmente desvalorizador do indivíduo.

Assim, se o Estado de Direito tem sido, por exigência da verificada assunção do princípio da socialidade, Estado social de Direito, o Estado social de Direito é, por inherência da própria natureza e dos valores que prossegue, Estado democrático de Direito.

Em todo o caso, a incindibilidade tendencial de Estado de Direito e democracia não implica a dissolução da irreduzível e essencial dimensão de defesa ou reserva da autonomia individual face ao Poder (público e privado) que constitui o cerne do Estado de Direito. Quando a intervenção estadual tem por fonte a decisão democrática da maioria, o princípio do Estado de Direito não perde operatividade ou redonda supérfluo — como demonstra a história e a vivência das nossas democracias —, pois mesmo aí, mesmo legitimada democraticamente, a actuação do Poder pode ser violadora das garantias individuais e, como tal, ilegítima à luz da ideia de Estado de Direito.

Tal como o temos vindo a caracterizar, o Estado de Direito da nossa época é, por definição, social e democrático, pelo que, em rigor, seria desnecessária, por pleonástica, a referida adjectivação. Todavia, a sua utilidade reside na transparência com que elucida as dimensões essenciais de uma compreensão actualizada do ideal de limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. De facto, ela sugere imediatamente a confluência no mesmo princípio estruturante da ordem constitucional de três elementos que poderíamos sintetizar por: a segurança jurídica que resulta da protecção dos direitos fundamentais, a obrigação social de modelação da sociedade por parte do Estado e a autodeterminação democrática.

E, se é certo que da compenetração destes três elementos resulta a impossibilidade de uma interpretação que no isolamento de cada um deles acabasse por afetar o sentido global do conjunto, importa igual-

mente preservar a especificidade do contributo de cada um, sem o que o verdadeiro alcance do princípio unitário não será apreendido.

Nesta perspectiva, rejeitamos a diluição do primado da ideia de proteção da autonomia e realização da personalidade individual — que, em nosso entender, constitui o núcleo fundamental e imprescindível de qualquer realização histórica do ideal de Estado de Direito — no princípio do Estado social e democrático de Direito.

Pois, embora concordemos que o Estado de Direito não possa ser hoje abstractamente perspectivado como princípio essencialmente anti-estadual, pensamos, contudo, que há no conceito uma irredutível e essencial dimensão de defesa ou reserva da autonomia individual face ao Poder (público ou privado), mesmo quando se exige do Estado uma intervenção configuradora da esfera social ou quando o próprio Estado se legitima, natural e intrinsecamente, na tarefa de possibilitar e promover a autonomia individual. E nem mesmo quando essa intervenção tem origem na decisão democrática da própria sociedade — e nela se funda a legitimidade da dimensão social do Estado democrático — as garantias próprias do Estado de Direito redundam supérfluas e o princípio perde operatividade, já que, como referímos, só de uma perspectiva algo redutora da natureza do Estado de Direito e do Estado democrático é possível sobrepor incondicionalmente os dois conceitos.

A colocação da ordem económica e social à disposição da actividade conformadora do Estado democraticamente constituído só pode ser entendida, justificada e determinada em função da promoção das esferas de autonomia individual e da criação das condições objectivas da sua realização. Por sua vez, o Estado social e democrático de Direito não eleva a vontade popular democraticamente expressa a fonte incondicionada de poder absoluto, na medida em que acolhe a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder e valor vital e indisponível da ordem comunitária.

De facto, se, tal como defendemos, o Estado de Direito é hoje, ineliminavelmente, Estado democrático, é sempre possível conceber um Estado democrático em que a maioria no poder — reconhecendo embora as liberdades públicas, os direitos políticos da minoria e o princípio da alternância, e assim garantindo a permanência da democracia política — aplique, contudo, as decisões democraticamente tomadas com prejuízo das garantias jurídicas dos cidadãos, comprimindo ilegitimamente as

esferas de autonomia privada. Ora, se é certo que uma prática sistemática deste tipo afectaria tendencialmente a própria subsistência do regime democrático, já o seu carácter pontual é uma realidade vivida nas democracias ocidentais, o que aponta para a necessidade de preservar a especificidade do princípio e das garantias do Estado de Direito. Daí a importância que, a nosso ver, tem a procura fundamentada de um núcleo essencial ou momento decisivo do conceito, capaz de funcionar como critério global de interpretação que o simples elencar dos elementos e dimensões do Estado de Direito — por mais importante ou expositivo que se revele — nunca poderá substituir.

O Estado social e democrático de Direito apresenta-se, assim, impregnado de uma intenção material que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que prossegue e na dimensão social da sua actividade, mas não menos no carácter metapositivo dos vínculos que o limitam.

Com efeito, e em primeiro lugar, é a protecção dos direitos fundamentais que justifica o objectivo de limitação do Estado, pelo que a certeza e a segurança jurídica e as técnicas formais que lhes vêm associadas só cobram verdadeiro sentido e são susceptíveis de ser consideradas como valores a se desde que integradas, vinculadas e subordinadas à realização da axiologia material implicada na dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, a intenção material ocupa o cerne da dimensão social do Estado de Direito, na medida em que a promoção das condições objectivas do desenvolvimento da liberdade e personalidade individuais constitui simultaneamente, e por si mesma, um momento decisivo de realização de igualdade e justiça material na sociedade dos nossos dias.

Por último, aquela axiologia impõe-se como limite originário e transcendente ao poder do Estado no seu conjunto, com o que se afastam liminarmente os pressupostos da redução formalista do Estado de Direito, ou seja, a concepção dos direitos subjectivos públicos como criação do Estado que, num processo de autolimitação, demarcava legislativamente as esferas individuais que a Administração se obrigava a respeitar. Pelo contrário, o Estado social e democrático de Direito reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante que, independentemente dos fundamentos filosóficos,

políticos ou ideológicos invocados, afecta não só a Administração e o conjunto dos poderes constituidos, mas que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário. Assim, o poder de autodeterminação democrática da sociedade no Estado de Direito inscreve-se, originária e obrigatoriamente, nos limites demarcados por aquela vinculação material.

Nestes termos, o Estado de Direito actual — enquanto síntese das três dimensões que se recolhem na fórmula Estado social e democrático de Direito — revela-se em toda a sua extensão como Estado de Direito material.

Note-se, porém, que uma tal caracterização não pode, em nosso entender, justificar a pretensão de determinar unilateral, abstração e definitivamente a ordem de valores que exprima a intencionalidade material do Estado de Direito para, a partir dela, hipostasiar uma dada ordem jurídico-política e retirar legitimidade às suas eventuais transformações. Pelo contrário, reconhecida a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objectivos da limitação jurídica do Estado — e esse é o único ponto fechado na caracterização material do Estado de Direito —, ficam por determinar não só as modalidades de garantia institucional daqueles objectivos (variáveis em função de inúmeros factores, desde a complexidade da situação concreta à tradição histórica e cultural e à natureza do tipo de sistema jurídico), como o sentido da concretização política que se proponha realizar aqueles valores.

E exactamente neste plano que a dimensão democrática do Estado de Direito adquire a maior relevância, já que, numa sociedade politicamente heterogénea, pluralista, atravessada por profundos conflitos sociais e dissensões ideológicas, não se pode pretender — a não ser recorrendo a soluções autoritárias exclusas por definição — chegar a uma decisão unívoca e consensual sobre esta matéria. Um acordo mínimo só é possível em torno da remissão deste problema (o da determinação da forma política mais adequada a realizar a axiologia da dignidade da pessoa humana) para a decisão popular democraticamente expressa nos seus momentos constituinte (originário e derivado) e constituído, o que não significa, note-se, a pura recondução da legitimidade ao processo, na medida em que o sentido da decisão se legitima exter-

namente, como vimos, na intenção de realizar a justiça material na vida da comunidade.

Com este sentido, o Estado social e democrático de Direito é um quadro impregnado de uma intenção material aberta a uma pluralidade de concretizações, entre as quais se desenvolve a tensão conflitual inerente aos diferentes programas políticos e interesses sociais que nelas se consubstanciam. Tal como o Estado de Direito liberal se compatibilizava com diferentes, e por vezes opostas, formas de governo (desde a monarquia limitada germânica ao governo representativo francês, britânico ou norte-americano), também o Estado social e democrático de Direito comporta — por maioria de razão, dada a complexidade, heterogeneidade e pluralismo da sociedade contemporânea —, e sem prejuízo da sua relevância como princípio estruturante da ordem constitucional, a possibilidade de ser actuado em diferentes quadros políticos.

Importa por último salientar que, não se coadunando esta abertura com a consideração das possíveis concretizações do Estado social e democrático de Direito como modelos definitivos e estanques — tanto mais que à mobilidade e reversibilidade da decisão democrática vão associadas as possibilidades, ou mesmo exigências, da transição gradual e do compromisso —, tão pouco ela pode significar a subvalorização das substanciais diferenças que se exprimem sob a comum intenção de realizar a justiça material e a emancipação do homem, pois, ainda que não se traduzam imediatamente em diferentes institutos de garantia dos direitos fundamentais, sempre terão de ser tidos em conta enquanto critérios decisivos de interpretação da natureza, sentido e alcance desses direitos.

Nestes termos, a caracterização de um Estado como «social e democrático de Direito» — independentemente da consagração constitucional desta ou outra fórmula — não esgota nem consome o trabalho do intérprete, antes o remetendo, inevitavelmente, para a necessidade de esclarecer o sentido que nesse Estado cobram a intenção de socialidade e a dignidade da pessoa humana.

Dir-se-ia, então, que no termo do percurso o princípio se veria carecido de um sentido unívoco operativo. Mas, ao contrário, é a abertura que acompanha o Estado de Direito desde o seu nascimento que tem estimulado a revitalização do conceito ao longo de um trajecto plurisecular e lhe garante uma renovada actualidade. Pode, assim, o Estado

social e democrático de Direito — enquanto conceito que exprime a limitação e vinculação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos fundamentais do homem e à promoção das condições do livre e autónomo desenvolvimento da personalidade individual — acolher e integrar juridicamente as transformações económicas e sociais democraticamente decididas e, com tal alcance, constituir-se em princípio estruturante da ordem constitucional das sociedades democráticas contemporâneas.

## 2. A TRADUÇÃO DO MODELO DE ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO EM PRINCIPIOS JURÍDICO-CONSTITUCIONAIS

Tendo analisado o sentido do surgimento e evolução do Estado de Direito, enquanto tipo histórico de Estado, ao longo dos dois últimos séculos, importa verificar em que medida essa história se precipita e sedimenta em princípios jurídicos com um carácter normativo consensualmente reconhecido na ordem comunitária. Trata-se, agora, de saber em que se traduz e quais as virtualidades jurídicas que assume, na generalidade das sociedades ocidentais, o princípio do *Estado de Direito* ou, como se diz na nossa Constituição, o princípio do *Estado de Direito democrático*.

Se bem que no Preambulo da versão originária da Constituição de 1976 se afirmasse já, por parte da Assembleia Constituinte, a decisão popular de assegurar o «prinípio do Estado de Direito democrático», foi na revisão constitucional de 1982 que o princípio adquiriu expressamente foros de princípio constitucional vinculativo de todos os poderes do Estado, na medida em que, no artigo 2.º, precisamente sob essa epígrafe se passou a definir a República Portuguesa como «Estado de direito democrático». Este artigo viria a sofrer alterações ou précisões nas revisões de 1989 e de 1997, chegando-se, então, à redacção actual sob a epígrafe «Estado de direito democrático»: «A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa».

Numa definição tão exaustiva encontram-se todos os elementos que, independentemente das expressões utilizadas, identificam o Estado

das sociedades democráticas dos nossos dias como Estado social e democrático de Direito. É certo que não há na fórmula constitucional — porventura por razões de uma pretendida clara *separação de águas* relativamente às fórmulas mais divulgadas no regime de 1933 — uma referência expressa à natureza social do Estado. Porém, essa ausência não tem qualquer significado, já que o princípio da socialidade é um elemento indissociável do Estado de Direito democrático, como, de resto, se procura expressar na fórmula constitucional, menos feliz mas comprehensível no contexto da revisão de 1982, da «realização da democracia económica, social e cultural».

A assunção constitucional do princípio da socialidade resulta, igualmente, do artigo 9.º da Constituição, quando se faz uma enumeração das tarefas fundamentais do Estado e onde, ao lado da garantia dos direitos e liberdades fundamentais e do respeito pelos princípios do Estado de direito democrático [alínea b)] e da defesa da democracia política [alínea c)], avulta também a promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais [alínea d)]. Por último, o princípio da socialidade encontra refracções generalizadas em todas as partes da Constituição e, particularmente, na Parte II relativa à organização económica, onde, especialmente no artigo 81.º, se definem como incumbências prioritárias do Estado objectivos e tarefas só compatíveis com a conceção da República Portuguesa como Estado social.

As exigências decorrentes da existência de um Estado social e democrático de Direito não deixam, pois, de se reflectir expressamente na reunião significante dos três princípios jurídico-constitucionais resultantes da sedimentação histórica do ideal do Estado de Direito, ou seja, a conjunção do princípio do Estado de Direito, do princípio da socialidade e do princípio democrático. É o estudo mais desenvolvido da concretização dogmática de cada um desses princípios, enquanto princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa que se fará ao longo deste curso.

Desde logo, e em primeira instância, princípio do Estado de Direito significa e exige, como dissemos, garantia e promoção dos direitos fun-

damentais, pois é em função desses objectivos que o Estado adopta a particular estruturação e vinculação ao Direito que o identificam como tipo histórico de Estado. Como se dizia no advento do Estado de Direito, Constituição significa, nesse sentido, liberdades fundamentais e separação de poderes. Porém, a nossa atenção não incide aqui sobre estes dois elementos essenciais do Estado de Direito enquanto tais, mas antes sobre os princípios jurídicos inerentes à vivência desse modelo ideal, ou seja, os princípios jurídicos que devem comandar o relacionamento entre Estado e indivíduos numa República que, como afirma a nossa Constituição, se baseia na dignidade da pessoa humana e se vincula aos direitos fundamentais.

Neste volume estudamos os principais subprincípios caracterizadores da República Portuguesa enquanto Estado social de Direito, remetendo para um posterior segundo volume o desenvolvimento dos princípios atinentes à dimensão democrática deste tipo de Estado. Porém, e desde logo pelo sentido já referido de inseparabilidade e imbricação entre as três dimensões, esta sistematização é resultado de uma opção metodológica naturalmente discutível, já que grande parte dos subprincípios que remetemos para essa segunda parte poderia perfeitamente integrar-se no princípio do Estado de Direito em sentido estrito.

Designadamente, princípios que aí estudaremos, como sejam o princípio da separação e interdependência dos poderes, bem como o da legalidade e da reserva de lei, assumem, para lá de uma dimensão democrática, uma clara intencionalidade garantista de protecção da liberdade e de segurança jurídica que marcaram o Estado de Direito desde a sua origem até aos nossos dias. No entanto, a opção pela sua inserção sistemática no princípio democrático, se bem que discutível, não se deve apenas a razões pragmáticas de evitar a sobrecarga deste primeiro volume. É que, como se viu, consideramos que, e desde logo na sua origem, o advento destes princípios era já inspirado por um forte sentido de luta política e por um designio interessado de particular estruturação «democrática» do Estado. Por outro lado, e ainda que sem prejuízo da sua função garantística, propendemos para justificar a sua actualidade sobretudo enquanto elementos de racionalização da estrutura e funcionamento do Estado democrático.

**BIBLIOGRAFIA SOBRE O ESTADO DE DIREITO**

- JORGE REIS NOVAIS — *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 1987
- GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Almedina, 2004, págs. 92 e segs.
- JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 83 e segs.

II

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS  
ESTRUTURANTES**

## 1. PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO E SUBPRINCÍPIOS DENSIFICADORES

No princípio do Estado de Direito em sentido estrito sobressai, como dissemos, a dimensão *garantista* ou *defensiva* que se traduz na garantia dos direitos e liberdades fundamentais e na segurança jurídica que lhe vem associada. Isso não significa, porém, como vimos, que o princípio do Estado de Direito possa ser legitimamente invocado contra toda e qualquer intenção e transformação social operada nos quadros de uma democracia política.

Com efeito, na garantia dos direitos fundamentais (na sua dimensão subjectiva e objectiva) vem sempre implicada a necessidade de toda uma actuação positiva destinada, não apenas à sua protecção e ao reconhecimento do seu efeito irradiante, mas também à criação das condições objectivas possibilitadoras de um exercício efectivo em condições de igualdade real entre os seus titulares, o que, no que ao Estado se refere, não apenas permite como até pode mesmo exigir o desenvolvimento da correspondente acção política transformadora. Por outro lado, a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais, incluindo das clássicas liberdades negativas, não pode petrificar-se segundo os padrões em dada época estabelecidos, antes devendo fazer-se à luz dos parâmetros actualizados de uma sociedade que, como se diz no artigo 1.º da Constituição, «baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária», se obriga a uma renovação permanente em busca da realização desses valores.

Entendido com tal amplitude, o princípio do Estado de Direito desenvolve toda uma dimensão garantista que, para além da protecção da liberdade individual, projecta exigências diferenciadas sobre a actuação do Estado que, de alguma forma, possa afectar os particulares. Essas exigências traduzem-se em princípios jurídicos que, enquanto con-

essas exigências traduzem-se em princípios jurídicos que, enquanto con-

princípios consagrados mais tarde na República Portuguesa

cretizações da ideia e do princípio de Estado de Direito, funcionam como limites da actuação estatal e constituem, o que nos importa sobremaneira, parâmetros de avaliação da constitucionalidade dos actos dos poderes públicos. São esses princípios que se vão agora estudar.

Alguns desses subprincípios jurídicos concretizadores do princípio do Estado de Direito encontram consagração expressa na Constituição e a sua aplicação poderia, por esse facto, fazer-se mesmo sem a referência à sua matriz originária. Alguns outros, diferentemente, não tendo menção constitucional explícita no texto constitucional, são uma decorrência necessária do princípio do Estado de Direito, pelo que este princípio desenvolve um alcance jurídico autónomo que vai muito para além das garantias constitucionais expressamente positivadas. Daí a importância que reveste o percurso histórico feito na primeira parte, pois é a partir de uma compreensão constitucionalmente adequada do sentido de Estado de Direito que dele se podem extrair dogmaticamente consequências jurídicas independentes da respectiva consagração formal no texto da Constituição.

Vamos, assim, e sem quaisquer pretensões de ordenação ou de definitividade, estudar sucessivamente os seguintes subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade; princípio da proibição do excesso; princípio da segurança jurídica e princípio da proteção da confiança.

### 1.1. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Não consideramos aqui a dignidade da pessoa humana enquanto valor moral ou, tão pouco, a ampla margem de indagação e controvérsia que acompanham a tentativa de determinação do seu conteúdo nesse âmbito. Preocupamo-nos apenas com a sua qualidade de princípio constitucional passível de produzir consequências jurídicas práticas. Pois, quando é formalmente acolhida no texto constitucional, a dignidade da pessoa humana, sem perder a sua qualidade de valor moral legitimador da força normativa da Constituição de um Estado de Direito material, transforma-se também em dever-ser jurídico, em princípio que vincula toda a actuação dos poderes do Estado, pelo que se suscita naturalmente o problema dos potenciais efeitos jurídicos concretos que é possível extraír dessa sua natureza.

Foi principalmente no pós-guerra e como resultado da tomada de consciência que se seguiu às experiências autocráticas anteriores que, designadamente através do impulso dado pelas Nações Unidas (veja-se o preâmbulo da Carta e, sobretudo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem), a dignidade da pessoa humana adquiriu foros de relevância jurídica. A sua recepção na Lei Fundamental de Bona foi posteriormente seguida por inúmeras Constituições, entre as quais a Constituição de 1976 que, logo no seu artigo 1.º, consagra formalmente a dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da República Portuguesa.

Nessa qualidade, o princípio da dignidade da pessoa humana desenrola consequências jurídicas em várias direcções, designadamente enquanto tarefa ou obrigação jurídica a cargo do Estado e enquanto limite e parâmetro da sua actividade. Por outro lado, na medida em que é fim do Estado de Direito e princípio fundamental da sua ordem de valores, constitui-se igualmente em padrão identificador da natureza

do relacionamento entre Estado e indivíduo, com enormes consequências, desde logo, na interpretação da natureza e alcance dos direitos fundamentais.

Relativamente ao Estado, a exigência moral de respeito pelos ditames de uma vida digna é, agora, critério de valoração último da legitimidade da sua actuação e fundamento de invalidação dos actos de qualquer dos poderes do Estado tidos como violadores da dignidade da pessoa humana.

Simultaneamente, o reconhecimento jurídico daquela exigência moral vincula o Estado a desenvolver uma actividade de prevenção e protecção da dignidade da pessoa humana contra todas as intervenções — provindas de particulares ou de outras entidades — que, de alguma forma, sejam suscetíveis de a afectar. Desde logo, a elevação da dignidade da pessoa humana a princípio supremo da República e, logo, do seu Direito objectivo, obriga o Estado a conformar toda a sua ordem jurídica num sentido consentâneo e vincula todos os poderes do Estado a interpretar e a aplicar as respectivas normas em conformidade.

Num plano diverso, a consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito democrático afasta decisivamente qualquer ideia de projecção do Estado como fim em si, como se o Estado pudesse prosseguir o próprio engrandecimento enquanto destino de uma pretensa realidade ética em que o indivíduo se devesse, subordinadamente, integrar. Pelo contrário, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana é a pessoa que é fim em si, como indivíduo singular e não enquanto membro de qualquer corpo ou realidade transpersonalista, seja a família, a corporação, a classe ou casta, a nação ou a raça; o Estado é instrumento que não existe para si, mas que serve as pessoas individuais, assegurando e promovendo a dignidade, autonomia, liberdade e bem-estar dessas pessoas concretas.

Nessa perspectiva, a consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que respeita, garante e promove, corresponde ao desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizada, a essa ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana. Pode acreditá-se que nem todos os direitos fundamentais constitucionalmente enumerados apresentem o mesmo grau de proximidade e incindibilidade àquele núcleo inspirador, mas, em última análise, é a dignidade da pessoa humana que confere uni-

dade de sentido explicativo ao chamado sistema constitucional de direitos fundamentais e orienta as margens de abertura e actualização do respectivo catálogo.

Por sua vez, reciprocamente, a enumeração constitucional dos direitos fundamentais, na sua diversidade e plurifuncionalidade, ajuda a perceber o sentido constitucional da dignidade da pessoa humana neles explicitada. Assim, a dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito não é mais a do individualismo possessivo, a do homem burguês e isolado, que erigia a garantia de uma esfera de autonomia do proprietário livre de qualquer intervenção estatal em paradigma de realização do ideal de limitação jurídica do Estado. A representação constitucional do homem enquanto pessoa, cidadão e trabalhador, a desvalorização relativa da propriedade e iniciativa económica privada, a visão universalista dos direitos, a tônica na criação de condições de uma igualdade real ou o carácter profundamente social das tarefas fundamentais atribuídas ao Estado mostram que a dignidade da pessoa humana não pode ser hipostasiada segundo os pressupostos de qualquer ideia de conservação social historicamente situada.

A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos.

Na ideia de direitos fundamentais furtados à disponibilidade do Estado e oponíveis à maioria e aos titulares conjunturais do poder, mas, simultaneamente, todos limitáveis em função da prossecução de um bem comum moldado, também ele, pela mesma ideia de realização da dignidade da pessoa humana, espelha-se, precisamente, essa actualização ambivalente do princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, se no relacionamento entre o Estado e o indivíduo há uma presunção de partida a favor da pessoa e da sua autonomia, no sentido tradicional de que a liberdade é, em Estado de Direito, em princípio ilimitada e que as possibilidades de o Estado nela intervir são limitadas e carentes de justificação, já não é mais possível, no Estado de Direito democrático dos nossos dias, fazer assentar na máxima *in dubio pro*

*libertate* o critério último de resolução dos conflitos e colisões de valores e interesses que a própria Constituição não resolve.

Na base desta máxima está a mesma ideia aqui defendida de que na ordem constitucional de valores, a dignidade e a liberdade da pessoa humana, com a consequente prioridade do homem relativamente ao Estado, ocupam o lugar de topo. Daí decorreria a possibilidade, nos casos de mais difícil compatibilização, de recorrer a uma presunção geral em favor da liberdade, *in dubio pro libertate*, no sentido de que, partindo da posição prevalente da liberdade individual em Estado de Direito e da presunção fáctica de que, em princípio, o homem faz um uso legítimo da sua liberdade, a norma jusfundamental só deve ceder quando aquelas presunções básicas puderem ser indiscutivelmente ilididas.

Porém, com este alcance — e só com ele aquela máxima poderia desenvolver, pelo menos nos casos duvidosos, as pretendidas virtualidades de determinação objectiva das soluções dos conflitos entre direitos fundamentais e outros bens constitucionais —, o princípio *in dubio pro libertate* é objecto de críticas insuperáveis. Ele não se afigura ser um princípio adequado de interpretação numa ordem jurídica em que os fins do Estado são, essencialmente, os de garantia da dignidade da pessoa humana e da autonomia individual e de promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

No Estado de Direito dos nossos dias a máxima *in dubio pro libertate* perde, paradoxalmente, razão de ser, na medida em que a sua aplicação efectiva redundaria em concretização constitucional inadequada e, até, eventualmente, em próprio prejuízo da liberdade.

De facto, estando toda a ordem constitucional e consequente actividade do Estado estruturalmente orientadas à promoção da dignidade, liberdade e autonomia individuais, o prejuízo de quaisquer bens constitucionalmente protegidos redonda sempre, directa ou indirectamente, actual ou mais remotamente, em prejuízo da liberdade. Com efeito, se, por exemplo, as actividades de segurança pública visam, não o engrandecimento do Estado, mas a garantia das condições objectivas que permitam a todos o exercício dos seus direitos, liberdades e garantias, então, se uma restrição das liberdades de alguns particulares que tinha em vista o incremento da segurança pública é inviabilizada por força de uma aplicação mecânica do princípio *in dubio pro libertate*, em última

análise é a liberdade de todos que, em desconformidade ao princípio da unidade da Constituição, resulta inadequadamente afectada.

Por outro lado, dada a integração relacional e comunitária do exercício das liberdades individuais, uma interpretação demasiado extensiva das possibilidades de acção de uns reflecte-se inevitavelmente na correspondente diminuição da liberdade de outros.

O conflito de bens constitucionais deve ser resolvido não em função da prevalência do interesse imediato de liberdade, mas em função da solução mais correcta. Ora, numa ordem constitucional orientada à promoção dos direitos fundamentais como é a ordem jurídica de Estado de Direito, a solução constitucionalmente mais correcta não é necessariamente a que dê sempre prevalência ao interesse pontual ou parcelar de liberdade em colisão com outros bens constitucionais.

Assim, apesar da inevitável relativização que aí vem envolvida, a dignidade da pessoa humana não pode ser considerada ilegitimamente afectada só pelo facto de os direitos fundamentais em que se desenvolve e concretiza poderem ou deverem ser restringidos com vista à garantia de outros valores igualmente dignos de protecção. Mas mesmo então, mesmo quando a restrição se apresenta como constitucionalmente adequada ou necessária, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire nova vitalidade enquanto referência e critério último da solução dessa questão central em Estado de Direito que é a da composição equilibrada entre valores igualmente dignos de tutela jurídica e que entram em tensão.

É, no fundo, a delicadeza e sensibilidade dessa composição entre valores que remete para a importância da determinação do conteúdo a atribuir à dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico. Essa delimitação é tão mais importante quando o conflito ou colisão de bens que se pretende solucionar se refere a direitos fundamentais onde assoma, com mais intensidade, o valor da dignidade da pessoa humana, como sejam, nos exemplos mais frequentes e actuais, as situações que envolvem o direito à vida e à integridade física, a identidade genética, a reserva de intimidade e privacidade, a igualdade jurídica, a bioética, a investigação e experimentação científicas, o tratamento de dados pessoais, as opções e formas de vida que entram em oposição aos cânones tradicionais ou maioritários.

Ora, se é certo que o princípio da dignidade da pessoa humana se impõe à observância de todos e se a sua violação implica, necessaria-

mente, em Estado de Direito, a invalidade dos correspondentes actos dos poderes públicos, há, todavia, factores de relativização do seu alcance. Entre esses factores contam-se, como se disse, a limitabilidade *natural* dos direitos fundamentais em que o princípio da dignidade da pessoa humana se concretiza, mas também, e desde logo, a dificuldade na determinação de um conteúdo concretizado deste princípio de forma intersubjectivamente contestável.

O conceito de dignidade foi assumindo diferentes feições ao longo da história, devendo-se ao cristianismo, nas sociedades ocidentais, a sua difusão e confirmação na qualidade de atributo incindível da pessoa tomada em si, enquanto dádiva concedida por Deus, sem discriminações, a todos os homens criados à sua imagem. Nessa qualidade, a incindível ligação entre pessoa e dignidade confere a ambos os termos um sentido material carregado de conotações axiológicas: a pessoa, com a sua dignidade é, em si mesma, só por existir e ter sido criada à imagem de Deus, entidade com valia intrínseca.

Porém, nessa visão religiosa associada a preocupações de salvação da alma o conceito de dignidade da pessoa humana tende a ser materialmente preenchido com os valores próprios da mundividência teológico-cristã. Ora, nessa densificação materialmente orientada o princípio aliena objectivamente virtualidades de generalização e consensualização, o que inviabiliza a sua operatividade enquanto princípio jurídico-constitucional estruturante de um Estado laico, não confessional, baseado na sua separação das igrejas e doutras comunidades religiosas.

De facto, no Estado de Direito dos nossos dias são as ideias do pluralismo, tolerância, neutralidade confessional e inclusividade, baseadas na igual liberdade e dignidade de cada um, que mais adequadamente correspondem à actualização do ideal de racionalização e limitação jurídica do Estado com vista à garantia dos direitos e liberdades fundamentais. Neste Estado, o conteúdo da dignidade da pessoa humana não pode ser determinado como produto de definições ou preconceitos ideológicos particulares ou de ordenações fechadas e abstractamente hierarquizadas de valores, por mais que se pretendam sustentados ou deduzidos a partir de pretensas «verdades» morais, religiosas ou filosóficas.

Foi perante esta impossibilidade que no pós-guerra, designadamente na Alemanha, onde os abusos extremos verificados no período anterior

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

estimulavam uma nova reflexão, ganhou corpo uma nova configuração do princípio da dignidade da pessoa humana que, sob influência doutrinária de DÜRIG e posterior acolhimento pelo Tribunal Constitucional alemão, viria a ser conhecida como «fórmula do objecto». Numa clara inspiração kantiana — no sentido do reconhecimento da independência e valor intrínseco da pessoa como fim em si mesma, como algo que não é substituível ou sujeito a um preço —, sustenta-se, agora, que a dignidade é violada quando a pessoa é degradada ao nível de uma coisa ou de um objecto do actuar estatal, na medida em que a pessoa deixe de ser considerada como sujeito autónomo e fim em si para ser tratada como instrumento ou meio de realização de fins alheios.

Obviamente, a «fórmula do objecto» não pode reivindicar uma aplicação sem modulações atinentes às circunstâncias da integração comunitária das pessoas, pois, de algum modo, as necessidades de convivência social e compatibilização de valores e interesses em tensão sempre hão-de determinar que o indivíduo seja objecto de imposições ordenadas pelo interesse geral tal como são apreciadas pela maioria democrática.

Em qualquer caso, a pessoa humana será inconstitucionalmente degradada e coisificada quando o Estado a afecte desnecessariamente, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objectiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de protecção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes. A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de acção nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de protecção jurídica.

Assim, quando a pessoa tenha de ser objecto de imposições estatais que afectam o seu direito de autodeterminação, a dignidade da pessoa humana exige, pelo menos, que em tais circunstâncias seja dada ao indivíduo a possibilidade de participar em condições de liberdade e igual-

dade na formação da vontade democrática; exige, por outro lado, que as imposições que afectem a sua liberdade de autodeterminação não sejam iniquitárias, arbitrárias, excessivas, desproporcionais ou desrazoáveis e exige, por último, que não seja afectado ou esvaziado um núcleo mínimo de possibilidades de levar uma vida digna em condições de liberdade e de autoconformação que vêm implicadas na necessária consideração do indivíduo como sujeito.

Pesem embora as críticas de formalismo e de vazio ou relativismo ético dirigidas à «fórmula do objecto», o conceito actual de dignidade tende a desenvolver-se nessa continuidade de assunção do legado axiológico iluminista, concretizado numa mundividência actualizada onde dignidade, como algo intrinsecamente valioso, é essencialmente identificada com autonomia ética da pessoa. Mas, se o sentido essencial da definição de dignidade da pessoa humana se centra na impossibilidade de a pessoa ser tratada como mero objecto, então tal terá, como consequência lógica, que na sua plena assunção como sujeito é ao indivíduo que cabe, primacialmente, a configuração e densificação do conteúdo preciso da sua dignidade.

Na relevância da autonomia pessoal como valor e fim em si vem, portanto, também implicado o reconhecimento da pessoa como sujeito capaz de produzir o sentido da sua própria dignidade, o que remete para as ideias-chave da autodeterminação, do livre desenvolvimento da personalidade, da livre eleição e adopção de planos e formas de vida. A partir dessa capacidade de *prestaçāo* e *representaçāo* da própria dignidade, não são admisíveis outras interferências estatais na determinação do conteúdo da dignidade da pessoa humana que não sejam as estritamente derivadas da necessidade de garantir a reciprocidade do respeito pela igual dignidade de todos, com a consequente proibição da diferenciação de estatutos de dignidade estabelecidos em função de atributos pessoais sobre os quais o indivíduo não dispõe de qualquer controlo.

É neste plano que deve ser apreciada a eventual margem de conformação de que o legislador dispõe na imposição ou proibição de comportamentos com base em visões particulares do conteúdo da dignidade da pessoa humana. Se é certo que numa sociedade plural e aberta não há uma *concepção oficial* susceptível de tradução objectiva a realizar pelo legislador e, como tal, plenamente sindicável pelo juiz, também dela não pode decorrer a conclusão de que compete ao legislador democrá-

### 1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

tico o exclusivo da densificação do conteúdo do princípio. Só deve haver aqui razão para uma autocontenção no controlo judicial sempre que o legislador dê mostras de igual contenção na tentação frequente de impor as suas próprias e particulares concepções de dignidade.

Designadamente quando estão em causa restrições aos direitos fundamentais, cabe ao poder judicial — não com base nas suas próprias concepções de dignidade, mas, precisamente, em nome do carácter intrinsecamente *aberto* do conteúdo da dignidade da pessoa humana de que a «fórmula do objecto» procura dar conta e em nome da indisponibilidade dos direitos fundamentais por parte da maioria — garantir que o legislador não invoque ilegitimamente o princípio como cobertura para a imposição de concepções particulares e *fechadas* da dignidade da pessoa humana restritivas da liberdade e autonomia individuais.

Pensada assim, esta é uma dignidade da pessoa em si, uma dignidade fundada numa capacidade abstracta e potencial de autodeterminação, independentemente da capacidade ou vontade concreta da sua realização que pode mesmo nem sequer existir facticamente, como acontece quando se reconhece necessariamente a dignidade da pessoa humana dos doentes mentais.

Nesse mesmo sentido, a vinculação do Estado à protecção da dignidade da pessoa humana, enquanto valor constitucional objectivo, inclui a protecção da dignidade antes do nascimento e após a morte, independentemente da sua não titularidade subjectiva nessas circunstâncias. Da mesma forma, o eventual consentimento de intervenções ablativas ou a renúncia a garantias eventualmente protegidas, à partida, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não desresponsabiliza o Estado da verificação da manutenção dos pressupostos da efectiva possibilidade futura de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade; é que sem a garantia dessas condições qualquer consentimento ou renúncia seria constitucionalmente inadmissível.

Uma tal concepção de dignidade da pessoa humana tem a maior importância na configuração do sentido do relacionamento entre o Estado e o indivíduo. É que a assunção da dignidade da pessoa humana como valor supremo por parte do Estado de Direito dos nossos dias garante aos indivíduos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autónomas de fins e modos de vida, o que, na relação entre os indivíduos e o Estado, se traduz no reconhecimento constitucional, expresso

ou implícito, de uma margem de liberdade incomprimível que conforma, se se quiser, um núcleo ou conteúdo essencial em cada direito fundamental onde as concepções, representações e mundividência de cada um valem tanto quanto as concepções da autoridade estatal, da maioria política ou dos restantes concidadãos.

Nesse sentido, por mais ponderosas que sejam ou por maior apoio que reúnam, as concepções e decisões da maioria não *quebram* só pelo facto de serem maioritárias, sob pena de inconstitucionalidade, a liberdade individual. É numa tal linha de continuidade da concepção da dignidade da pessoa humana em Estado de Direito que se fundava a originária concepção liberal dos direitos fundamentais como direitos pré e supra-estatais e que, hoje, funda a concepção dos direitos fundamentais como *trunfos* contra a maioria.

Por outro lado, como se viu, uma tal visão da dignidade da pessoa humana tem ainda consequências dogmáticas importantes num domínio em que a auto-representação pode ser decisiva, ou seja, no chamado tema da renúncia ou da disponibilidade sobre os próprios direitos fundamentais. Não se aceitando que seja o Estado, a sociedade, a maioria ou terceiros a impor ao próprio representações de dignidade que lhe são alheias, são sempre problemáticas em Estado de Direito as situações em que o Estado se arroga o poder de defender a dignidade de uma pessoa contra a vontade, as representações ou as convicções livre e conscientemente formadas por essa pessoa.

Sendo certo que a intervenção do consentimento do próprio não afasta, por si só, a possibilidade de violação da dignidade da pessoa humana, esse consentimento ou essa vontade não podem deixar de ser relevados no juízo sobre a existência de uma violação concreta, havendo seguramente actuações que, feitas contra a vontade do particular, serão indiscutivelmente consideradas atentatórias do princípio da dignidade da pessoa humana, mas que, beneficiando do consentimento do lesado, perdem ou vêm relativizado aquele carácter.

Assim, uma esterilização forçada atenta contra a dignidade da pessoa humana, mas uma esterilização voluntariamente realizada por alguém que, por exemplo, sofra de doença grave geneticamente transmissível, já parece não pôr em causa o princípio; uma castração imposta é considerada uma pena degradante atentatória da dignidade da pessoa humana, mas uma castração voluntária, em certas circunstâncias (veja-se o caso refe-

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

rido ou algumas operações realizadas por razões de transsexualidade), pode ser considerada admissível.

Do reconhecimento da dignidade da pessoa humana decorre o reconhecimento do poder de a pessoa dispor livremente das possibilidades de autoconformação da sua vida, incluindo aí o poder de se vincular ao não exercício ou invocação de uma posição de direito fundamental, desde que tal não anule ou destrua as condições futuras de autodeterminação e de livre desenvolvimento da personalidade. O consentimento do interessado é, assim, relevante para efeitos de relativização do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possa ser invocado como fundamento do próprio poder de disposição sobre posições protegidas por normas de direitos fundamentais.

Ora, essa verificação não pode ser feita sem o apelo à consideração de todos os aspectos e circunstâncias relevantes do caso concreto. Assim, quando alguém aceita submeter-se a experiências de teste de um medicamento de que ainda se desconhecem todos os efeitos e que lhe pode, eventualmente, provocar danos irreversíveis, não se pode, sem mais, dizer que há violação do princípio da dignidade da pessoa humana. É que essa conclusão pode ser válida quando se trate, por exemplo, de um recluso ou de um soldado que, a troco de uma hipotética melhoria das suas condições de reclusão ou de prestação do serviço militar, pode estar a pôr em risco as possibilidades do seu auto-desenvolvimento, mas já será, no mínimo, duvidosa quando se trate de um doente infectado com o vírus do HIV que vê nesta experiência a última tentativa de salvar a própria vida e contribuir para salvar a dos seus semelhantes.

Em segundo lugar, a relativização verifica-se porque o próprio conteúdo da dignidade da pessoa é condicionado pelo consentimento do lesado e pelas suas convicções acerca do sentido da sua dignidade.

Numa concepção de dignidade da pessoa humana como conceito aberto a um preenchimento onde impera a autonomia do interessado e o seu poder consequente de conformação da própria vida, aceitar-se-á difficilmente que possam ser a sociedade, a autoridade pública, o intérprete oficial ou terceiros a impor ao titular do direito representações de dignidade da pessoa humana pretensamente objectivas que colidam com as concepções segundo as quais o próprio pretende modelar a sua vida.

Muito menos se aceitará que, em nome de uma concepção de dignidade em que o interessado não se revê, a autoridade pública se arrogue o poder de o proteger contra si próprio, impedindo-o, por exemplo, de renunciar a posições protegidas de direitos fundamentais.

Não está tanto aqui em causa saber se o particular pode renunciar à pretensão de respeito e protecção da sua dignidade — o que seria inadmissível —, mas, fundamentalmente, saber quais os limites aceitáveis ao poder de o particular determinar por si próprio o sentido e conteúdo da sua dignidade. Recorrendo, então, ao sentido da «fórmula do objecto», dir-se-á que esses limites intervêm quando, mesmo com o consentimento do lesado, este anua na destruição ou anulação das condições da sua autodeterminação futura ou aceite colocar-se numa situação que iniba a possibilidade de continuar a conformar a sua vida de acordo com planos pessoais livremente concebidos, na medida em que isso signifique uma degradação irreversível, ainda que voluntária, ao nível de um objecto heteronormamente determinado.

Em síntese, quando se consideram as projecções jurídicas práticas do princípio da dignidade da pessoa humana, dir-se-á que, não obstante as inevitáveis imprecisões na determinação do seu conteúdo, ele constitui um limite e parâmetro objectivo de avaliação de toda a actividade do Estado, designadamente da que se traduzir em efeitos restritivos na autonomia e liberdades pessoais jufusfundamentalmente protegidas.

Sendo susceptível de lesão inconstitucional directa e autónoma sempre que a pessoa seja degradada a «coisa» ou tratada como mero «objecto» da actuação estatal, a dignidade da pessoa humana informa o núcleo irredutível de autonomia garantido por cada direito fundamental, pelo que, se em geral a violação da dignidade da pessoa humana é simultaneamente lesão inconstitucional de um direito fundamental particular, também a violação de um direito fundamental, estando em causa uma afectação significativa e ilegítima da liberdade e autodeterminação individuais, se traduz, em alguma medida, em lesão do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dai que a utilização mais comum do princípio da dignidade da pessoa humana como critério de apuramento de eventuais inconstitucionalidades se faça praticamente sempre associada à invocação de lesão de um direito fundamental particular — normalmente confundida ou iden-

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

tificada com violação do conteúdo essencial desse direito, sobretudo quando se defende a identidade das duas garantias — e, nesse âmbito, só muito raramente surge como fundamento exclusivo da inconstitucionalidade.

Em geral, a violação do princípio da dignidade da pessoa humana é apurada em função ou como resultado de simultânea violação de outros princípios próprios de Estado de Direito. Nos domínios mais comuns de utilização do princípio, como sejam os direitos de personalidade, a esfera de intimidade pessoal, a protecção de dados pessoais, as discriminações arbitrárias ou feitas com base em factores constitucionalmente ilegítimos, ou a restrição dos direitos dos arguidos em processo penal, a violação do direito fundamental em razão de violação do princípio da dignidade da pessoa humana é simultaneamente representável como consistindo em violação de outros princípios constitucionais, designadamente, os princípios da igualdade, da proibição do excesso ou da protecção da confiança. Dir-se-ia, nesse sentido, que só porque os outros princípios de Estado de Direito foram preteridos é que a dignidade da pessoa humana resultou igualmente afectada.

Porém, se tal verificação tende a diluir a autonomia do princípio e a dispensar esforços complementares de dilucidação de um seu conteúdo autónomo ou, até, a conferir-lhe uma dimensão quase apenas retórica, ocorre por vezes que, nomeadamente no âmbito dos direitos sociais, a eventual violação da dignidade da pessoa humana surge, pelo menos aparentemente, como fundamento essencial ou exclusivo na determinação da inconstitucionalidade.

Na maior parte dos casos, ela surge invocada nesse domínio num contexto em que imposições fiscais ou que de alguma forma atentam gravemente contra o património de um particular ameaçam deixá-lo numa situação de penúria que não lhe permite uma existência condigna. Ora, se bem que, nessas condições, a inconstitucionalidade dessa medida também pudesse ser fundamentada na violação do princípio da proibição do excesso, designadamente na sua dimensão de exigência de razoabilidade (cfr. infra), uma tal utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, eventualmente associada à defesa de um direito fundamental a um mínimo vital — no âmbito do direito à vida ou como direito fundamental autónomo —, é cada vez mais frequente e pacificamente reconhecida.

Ainda noutra perspectiva, e na medida em que a protecção da dignidade da pessoa humana se impõe igualmente como tarefa a realizar pelo Estado, dela decorrem, não apenas exigências de omissão de todos os comportamentos atentatórios da dignidade, como, para o que agora nos importa, a protecção da dignidade da pessoa humana coloca também a necessidade de prestações estatais que permitam uma existência autodeterminada, sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em «mero objecto do acontecer estatal», e, logo, com igual violação do princípio.

Surge, então, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana, a invocação de um direito a um mínimo de existência condigna que se traduz, não apenas na referida exigência de não se ser privado desse mínimo, mas também na exigibilidade, juridicamente reconhecida, de prestações destinadas a garantir a todos os cidadãos um mínimo de ajuda material que lhes permita levar uma vida condigna. Entre nós, de forma porventura algo inesperada — atendendo à debilidade fáctica do nosso Estado social —, o Tribunal Constitucional, que em diferentes ocasiões já aplicara aquela dimensão negativa do direito a um mínimo de existência condigna, recorreu recentemente, no Acórdão 509/02, sobre o rendimento social de inserção, a uma utilização do princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento de um reconhecimento pleno, pelo menos implícito, da aplicabilidade daquela dimensão presencial do direito a um mínimo vital.

#### **1.1.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana tem merecido um acolhimento adequado por parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional português, designadamente, como seria de esperar, nos domínios do processo penal e dos direitos de personalidade, mas também de forma porventura mais controversa, como se referiu, na área dos direitos sociais.

É no domínio do processo penal que aflora mais nitidamente uma utilização do princípio em moldes afins aos da chamada «fórmula do

#### **1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana**

objecto». Isso reflecte-se na consideração global das garantias de defesa do artigo 32.º da Constituição como expressão necessária da dignidade da pessoa humana. E traduz-se, mais especificamente, na invocação do princípio como fundamento para a rejeição de todo o carácter infamante ou estigmatizante às penas e, logo, para a proibição constitucional de efeito automático e necessário da pena na perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos; para a consideração da relevância determinante dos princípios da culpa, da proibição do excesso e da legalidade na incriminação, na responsabilização e na medida da pena; para a elevação do princípio da culpa a fundamento legitimador e limite da pena; para a importância atribuída à recuperação e reintegração social do delinquente na ponderação dos fins das penas; para a determinação do conteúdo de uma esfera de intimidade pessoal imune a intervenções restritivas justificadas pelo interesse da prossecução da acção penal em Estado de Direito, no domínio da avaliação da legitimidade das provas admissíveis em processo penal.

Salientamos, nesse quadro, os Acórdãos n.ºs 16/84 (2.º vol., págs. 367 e segs.), 40/84 (3.º vol., págs. 241 e segs.), 426/91 (20.º vol., págs. 423 e segs.), 748/93 (26.º vol., págs. 31 e segs.), 83/95 (30.º vol., págs. 521 e segs.), 443/95 (31.º vol., págs. 725 e segs.), 527/95 (32.º vol., págs. 17 e segs.) e, por último, com referência a decisões anteriores no mesmo domínio, o Acórdão n.º 607/03.

No domínio dos direitos de personalidade e nas garantias de liberdade e autonomia privada o Tribunal tem praticado uma utilização contida do princípio (vejam-se, assim, os Acórdãos n.º 130/88, 11.º vol., págs. 431 e segs., sobre colheita de órgãos em cadáveres, e n.º 319/95, 31.º vol., págs. 501 e segs., a propósito da realização pública de testes de alcoolemia) dando em diferentes ocasiões mostras de adesão a uma concepção aberta do seu conteúdo.

Particularmente no Acórdão n.º 105/90 (15.º vol., págs. 357 e segs.), relatado por BRAVO SERRA, a propósito dos fundamentos para o requerimento de divórcio, o Tribunal Constitucional recusa expressamente qualquer visão apriorística e atemporal da dignidade da pessoa humana, entendendo-a, antes, como contendo uma dimensão eminentemente cultural que se vai actualizando e concretizando nas ordens jurídicas ordinárias através da intervenção primacial do legislador. Nesse sentido, a

invalidação dessa intervenção legislativa com fundamento constitucional na violação do princípio da dignidade da pessoa humana só deve ocorrer, sobretudo nos domínios em que existe um pluralismo mundividencial, quando se manifeste uma incompatibilidade real e inequivoca determinada segundo critérios objectivos e não segundo os padrões subjectivos do juiz.

Esta atitude parece-nos de aplaudir no que se refere ao reconhecimento do conteúdo aberto do princípio, mas já deve merecer algumas reservas quando resulta em autocontenção relativamente ao legislador que, sem autorização constitucional, restringe os direitos fundamentais. Aí, precisamente em nome da indisponibilidade desses direitos por parte do poder político e do carácter aberto do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, o controlo deve ser tanto mais denso quanto o legislador maioritário procure impor à sociedade as suas próprias visões do mundo, derivadas de particulares conceções da dignidade da pessoa humana e que se traduzam em restrições da liberdade e autonomia individuais num sentido que põe decisivamente em causa o referido pluralismo mundividencial. Essa é a única forma de quebrar o absurdo que consistiria em remeter para o legislador a concretização do princípio constitucional em nome do seu carácter aberto e abrir mão do controlo dessa concretização mesmo quando o legislador *anarra* a dignidade das pessoas humanas à sua visão particular da dignidade e com isso *fecha* ilegitimamente o conteúdo do princípio.

Por último, como se disse, no domínio dos direitos sociais o Tribunal Constitucional tem feito uma utilização do princípio plena de consequências, associando-o, aí, à invocação e reconhecimento constitucional — com base na dignidade da pessoa humana — de um direito fundamental ao mínimo necessário para uma existência condigna.

O Tribunal Constitucional começou por acolher a dimensão subjectiva e negativa deste direito, a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho e da impenhorabilidade de prestações sociais na parte que excedam um rendimento mínimo de subsistência, enquanto reconhecimento de um direito a não se ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna. Vejam-se, assim, os Acórdãos n.os 232/91 (19.º vol., págs. 341 e segs.), 349/91 (19.º vol., págs. 515 e segs.),

### I.I. Princípio da dignidade da pessoa humana

62/02 (vol. 52.º, págs. 327 e segs.) e 177/02 (52.º vol., págs. 259 e segs.).

Posteriormente, o Tribunal Constitucional deu um passo decisivo da maior relevância quando, no Acórdão n.º 509/02, que se reproduz a seguir, relatado por Luís NUNES DE ALMEIDA, reconheceu a dimensão objectiva que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana associado ao direito à segurança social, enquanto proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas jusfundamentais que prevêem a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna.

A importância desta decisão não deriva, em nosso entender, do resultado de inconstitucionalidade a que o Tribunal Constitucional chegou, mas da sua fundamentação. Recorde-se que o Tribunal considerou aí inconstitucional a norma que retirava às pessoas entre os 18 e os 25 anos o direito ao rendimento social de inserção (anterior rendimento mínimo garantido) a que anteriormente tinham acesso, ainda que não se afectasse o direito às prestações por parte dos menores de 25 anos que já estivessem a auferi-las.

O Tribunal Constitucional, que poderia ter chegado ao resultado de inconstitucionalidade quer por violação do princípio da igualdade no acesso a prestações sociais, quer por violação directa do direito à segurança social, já que o legislador não invocava qualquer fundamento razoável e suficiente para justificar tanto a discriminação dos menores de 25 anos quanto a restrição do direito social tal como fôra concretizado desde 1988; daí resultava um notório excesso da medida restritiva e a inconstitucionalidade da restrição (cfr. *infra*, a propósito da relevância jurídica dos direitos sociais).

Porém, o Tribunal Constitucional optou por fundamentar a inconstitucionalidade da norma, que suprimia as anteriores ajudas e que não fornecia qualquer alternativa ou compensação eficaz, como resultando de uma violação directa do princípio da dignidade da pessoa humana. Significa isto que o Tribunal Constitucional deduziu deste princípio, independentemente das debilidades notórias do nosso Estado social, uma obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar uma existência condigna; essa passa, então, a constituir uma exigência mínima de garantia positiva da

dignidade da pessoa humana por parte do Estado e que este fica vinculado a observar independentemente de dificuldades financeiras circunstanciais ou de particulares orientações políticas.

### **1.1.2. Acórdão n.º 509/02 do Tribunal Constitucional, sobre o rendimento social de inserção**

#### **ACÓRDÃO N.º 509/02**

Proc. n.º 768/02

Plenário

Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

#### **I — Relatório**

1. O Presidente da República requereu, nos termos do artigo 278.º, n.os 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa (CRP) e dos artigos 51.º, n.º 1, e 57.º, n.º 1, da Lei sobre Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional (LTC), a apreciação da constitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, recebido na Presidência da República, no passado dia 22 de Novembro de 2002, para ser promulgado como lei.

2. Alega, em síntese, o requerente:

- o diploma procede à revogação do rendimento mínimo garantido previsto na Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, e cria o rendimento social de inserção, podendo, grosso modo, dizer-se que os direitos e prestações previstos na legislação que instituía e regulamentava o rendimento mínimo garantido são substituídos, com as devidas adaptações, pelos direitos e prestações previstos na legislação que cria e, posteriormente, virá a regulamentar, o rendimento social de inserção;
- a dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4.º, n.º 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na

#### **I.I. Princípio da dignidade da pessoa humana**

medida em que, enquanto que o artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das exceções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos actuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.

- a dúvida de constitucionalidade respeita, assim, a saber se uma tal restrição objectiva da titularidade do direito em causa é constitucionalmente fundada e se é feita com observância das normas e princípios constitucionais;
- e isto, tanto mais quanto, tendo a Lei n.º 50/88, de 19 de Abril, e legislação complementar, que regulava o subsídio de inserção de jovens na vida activa, sido revogada pela legislação instituidora do rendimento mínimo garantido, e não sendo represtinada pelo actual Decreto n.º 18/IX da Assembleia da República nem substituída por qualquer compensação assim, se verificaria neste domínio, se este diploma entrasse em vigor nos seus presentes termos, uma desprotecção objectiva da generalidade das pessoas de idade inferior a 25 anos, constituindo, objectivamente, para essa faixa etária, uma regressão na protecção social correspondente aos tempos anteriores a 1988;
- aliás, a legislação que visa assegurar um rendimento mínimo garantido ou um rendimento social de inserção constitui uma concretização do direito de todos à segurança social (artigo 63.º, n.º 1, da CRP), correspondendo, mais especificamente, à obrigação derivada de o Estado organizar um sistema de segurança social em ordem a proteger «os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho» (artigo 63.º, n.º 3, da CRP);
- assim, os direitos ou pretensões subjectivas e os conteúdos objectivos decorrentes daquela legislação constituem, nesse sentido, uma manifestação juridicamente sustentada de direitos derivados a prestações que, sendo, embora, formalmente reconhecidos em legislação ordinária, são indissociáveis e beneficiam da força jurídica e dos efeitos irradiantes reconhecidos aos direitos fundamentais económicos, sociais ou culturais constitucionalmente consagrados;
- nesse sentido, sem perda do poder de conformação autónomo reconhecido ao legislador em Estado de direito democrático, a partir e à medida

- que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos
- mesmo quando — atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam — não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional
  - na medida em que se lida com direitos fundamentais — e, enquanto tal, sujeitados à disponibilidade do poder político —, quando pretende retroceder no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo
  - e, mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afectar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados como sejam o princípio da confiança próprio do Estado de Direito ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais
  - a dúvida de constitucionalidade que se suscita é se, quando converteu, de uma forma geral, o anterior rendimento mínimo garantido em rendimento social de inserção, o legislador podia ter privado, genericamente, as pessoas de idade inferior a 25 anos da titularidade dos direitos que lhe era anteriormente reconhecida ou atribuída, sem que se vislumbre uma justificação, constitucionalmente apoiada, para

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

- proceder a tal discriminação relativamente às pessoas maiores de 25 anos
- poderia, eventualmente, sustentar-se que a restrição agora operada seria compensada por medidas substitutivas aplicáveis a essa faixa etária, mas, na inexistência, ainda que temporária, dessas medidas, não se vê como justificar a entrada imediata em vigor das alterações restritivas agora adoptadas.
  - nem, por outro lado, o facto de os actuais beneficiários manterem, transitoriamente, o direito às prestações, responde às dúvidas de constitucionalidade, na medida em que há sempre pessoas que, nos termos da legislação actualmente em vigor, acederiam àquelas prestações e que se veriam, agora, objectivamente impossibilitadas de o fazer
  - não estando em causa, pelo valor quantitativa e relativamente insignificante dos montantes em causa, uma incapacidade financeira de manutenção do direito às prestações, nem se apresentando qualquer valor de natureza constitucional justificador da restrição, a alteração legislativa em causa pode surgir como constitucionalmente injustificada e, enquanto tal, violadora do direito de todos à segurança social e da obrigação estatal de prover nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho do artigo 63.º, n.º 1 e 3, da CRP
  - por outro lado, na medida em que discrimina, sem fundamento razoável para o fazer, entre pessoas maiores ou menores de 25 anos, o legislador pode estar a violar o princípio da igualdade constitucionalmente consagrado no artigo 13.º da CRP, bem como, na medida em que, sem fundamento constitucional, priva uma parte das pessoas de direitos e prestações anteriormente concedidos, estará a violar o princípio da universalidade genericamente consagrado no artigo 12.º, n.º 1, da CRP e, mais especificamente, no que ao direito à segurança social se refere, no artigo 63.º, n.º 1.

Conclui o requerente, pedindo a apreciação da constitucionalidade da norma em causa, por eventual violação do artigo 63.º, n.º 1 e 3, bem como dos artigos 12.º, n.º 1, e 13.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

3. Notificado o Presidente da Assembleia da República, nos termos e para o efeito do preceituado nos artigos 54.º e 55.º da LTC, limitou-se o mesmo a oferecer o merecimento dos autos e a juntar os Diários da Assembleia da República que contêm os trabalhos preparatórios relativos ao diploma em apreciação.

## II — Fundamentação

### a) Enquadramento histórico-jurídico

4. A norma questionada, que se inscreve num diploma que cria o rendimento social de inserção e revoga o rendimento mínimo garantido, previsto na Lei n.º 19-A/96, é do seguinte teor:

#### Artigo 4.º

##### *Titularidade*

1 — São titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade igual ou superior a 25 anos e em relação às quais se verifiquem os requisitos e as condições estabelecidos na presente lei.

Todavia, com relevância para a dilucidação da questão a resolver se apresentam outros preceitos do diploma em apreço:

#### Artigo 1.º

##### *Objecto*

A presente lei institui o rendimento social de inserção, que consiste numa prestação inclusiva no subsistema de protecção social de cidadania e num programa de inserção, de modo a conferir às pessoas e aos seus agregados familiares apoios adaptados à sua situação pessoal, que contribuam para a satisfação das suas necessidades essenciais e que favoreçam a progressiva inserção laboral, social e comunitária.

#### Artigo 2.º

##### *Prestação*

A prestação do rendimento social de inserção assume natureza pecuniária e possui carácter transitório, sendo variável o respectivo montante.

#### Artigo 4.º

##### *Titularidade*

1 — [...]

2 — Poderão igualmente ser titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade inferior a 25 anos e em relação às quais se

### 1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

verifiquem os demais requisitos e condições previstos na presente lei, nos seguintes casos:

- Quando possuam menores a cargo e na sua exclusiva dependência económica;
- Quando sejam mulheres grávidas;
- Quando sejam casados ou vivam em união de facto há mais de um ano.

#### Artigo 5.º

##### *Conceito de agregado familiar*

2 — Para efeitos da presente lei, desde que estejam na dependência económica exclusiva do requerente ou do seu agregado familiar e sejam maiores, são igualmente susceptíveis de integrar o agregado familiar do titular nos termos a definir por decreto regulamentar:

- Os parentes em linha recta até ao segundo grau;
- Os adoptados plenamente;
- Os adoptados restritivamente;
- Os tutelados.

#### Artigo 39.º

##### *Direitos adquiridos*

Os actuais titulares e beneficiários do direito ao rendimento mínimo garantido com idade inferior ao limite legal estabelecido no artigo 4.º, transitam para o actual regime do rendimento social de inserção, passando a reger-se pelas regras estabelecidas pela presente lei.

#### Artigo 41.º

##### *Norma revogatória*

1 — Considera-se revogada a Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, o Decreto-Lei n.º 196/97, de 31 de Julho, e o Decreto-Lei n.º 84/2000, de 11 de Maio.

2 — As disposições do Decreto-Lei n.º 196/97, de 31 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 84/2000, de 11 de Maio, que não contrariem a presente lei, mantêm-se em vigor até à data de entrada em vigor da respectiva regulamentação.

5. A existência de um rendimento social de inserção — ou de um rendimento mínimo garantido — enquadra-se na previsão da parte final do artigo 63.º, n.º 3, da Constituição, preceito onde se estabelece:

O sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho.

Nesta conformidade, ao considerar que o rendimento social de inserção se inclui no subsistema de protecção social de cidadania, o diploma em apreço (artigo 1.º) faz precisamente apelo ao subsistema que, no quadro da Lei de Bases Gerais do Sistema de Solidariedade e Segurança Social — a Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto — «visa assegurar direitos básicos e tem por objectivo garantir a igualdade de oportunidades, o direito a mínimos vitais dos cidadãos em situação de carência económica, bem como a prevenção e a erradicação de situações de pobreza e de exclusão, por forma a promover o bem-estar e a coesão social». E, dentro deste subsistema, aquele mesmo rendimento social de inserção integra-se no denominado regime de solidariedade, que se concretiza na atribuição de prestações que, fora do subsistema previdencial de natureza contributiva, asseguram um mínimo de subsistência, seja àqueles que, em princípio, não têm condições para o vir a obter — caso da pensão social ou equivalentes, em situações de invalidez, velhice, viuvez ou orfandade —, seja àqueles que, encontrando-se transitoriamente em situação de ausência ou insuficiência de recursos económicos para a satisfação das suas necessidades mínimas, precisam de apoio para promover a sua progressiva inserção social e profissional, como é o caso do ainda vigente rendimento mínimo garantido ou do projectado rendimento social de inserção (cfr. artigos 24.º a 33.º da Lei n.º 17/2000; sobre o âmbito, modalidades, condições de atribuição, montante e outras regras atinentes às prestações não contributivas do regime de solidariedade, v. APELLES J. B. CONCEIÇÃO, *Segurança Social — Manual Prático*, 7.ª ed., 2001, Rei dos Livros, págs. 270 e segs.).

Esta última eventualidade começou por ser prevista no nosso ordenamento jurídico pela Lei n.º 50/88, de 19 de Abril, que criou o subsídio de inserção dos jovens na vida activa, muito embora os seus destinatários fossem precisamente tão-só os jovens carenciados com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos e à procura do primeiro emprego. Este subsídio de inserção viria, porém, a ser posteriormente absorvido pelo rendimento mínimo garantido, sendo a Lei n.º 50/88 revogada pelo Decreto-Lei n.º 196/97, de 3 de Julho, que regulamentou a Lei n.º 19-A/96.

Aliás, foi igualmente em 1988 que o Parlamento Europeu, através de uma resolução, considerando, nomeadamente, o agravamento da exclusão social em grupos mais atingidos pela pobreza — entre os quais, «os jovens» — se pro-

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

nunciou a favor da «instituição, em todos os Estados-membros, de um rendimento familiar mínimo garantido, como factor de inserção social dos cidadãos mais pobres» (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º C 262, de 10 de Outubro de 1988, pág. 194). Logo após, em 1989, o Conselho Europeu veio a aprovar a Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, em cujo n.º 10 se proclama que, «de acordo com as regras próprias de cada país», «as pessoas excluídas do mercado de trabalho, quer porque a ele não tenham podido ter acesso quer porque nele não se tenham podido reinserir, e que não disponham de meios de subsistência, devem poder beneficiar de prestações e de recursos suficientes, adaptados à sua situação pessoal» (<http://www.parleurop.pt/docs/50anos/085.html>).

Já em 1992, o Conselho aprovaria ainda a Recomendação n.º 92/441/CEE, relativa a critérios comuns respeitantes a recursos e prestações suficientes nos sistemas de protecção social (Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º L 245, de 26 de Agosto de 1992, págs. 46-48). Aí se recomenda aos Estados-membros que «reconheçam, no âmbito de um dispositivo global e coerente de luta contra a exclusão social, o direito fundamental dos indivíduos a recursos e prestações suficientes para viver em conformidade com a dignidade humana e, consequentemente, adaptem o respectivo sistema de protecção social, sempre que necessário»; por outro lado, de acordo com esta Recomendação, a implementação do mencionado direito deve, para além do mais, «preservar nas pessoas com idade e aptidão para trabalhar a vontade de procurar um emprego» [C, 1, d)] e nortear-se, entre outros, pelo seguinte princípio (B, 3):

A abertura deste direito a todas as pessoas que não disponham, nem por si próprias nem no seio do seu agregado familiar, de recursos suficientes,

- sob reserva da disponibilidade activa para o trabalho ou para a formação profissional com vista à obtenção de um posto de trabalho, relativamente às pessoas cuja idade, saúde e situação familiar permitam essa disponibilidade activa ou, se for caso disso, sob reserva de medidas de integração económica e social, relativamente às outras pessoas, e
- sem prejuízo da facultade dos Estados-membros de não abrirem este direito às pessoas que tenham um emprego a tempo inteiro nem aos estudantes.

6. Terá sido também na sequência desta preocupação manifestada pelos órgãos comunitários que, logo em 1993 e 1994, surgiram as primeiras iniciativas legislativas destinadas a assegurar um mínimo vital de subsistência naquelas situações não abrangidas pela pensão social ou pelo subsídio de inserção dos jovens na vida activa — o Projecto de lei n.º 309/VI (PCP), propondo a criação de um rendimento mínimo de subsistência, e o Projecto de lei n.º 385/VI

(PS), propugnando o estabelecimento de um rendimento mínimo garantido que procurasse favorecer uma progressiva inserção social e profissional (cfr. *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 32, de 8 de Maio de 1993, e n.º 26, de 3 de Março de 1994, respectivamente), ambos discutidos (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 52, de 25 de Março de 1994, e n.º 76, de 26 de Maio de 1994, respectivamente) e rejeitados pelo Parlamento (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 55, de 8 de Abril de 1994, e n.º 78, de 28 de Maio de 1994, respectivamente).

Na legislatura subsequente, seguiram-se novas iniciativas legislativas sobre a matéria — o Projecto de lei n.º 6/VII (PCP) e a Proposta de lei n.º 25/VII (cfr. *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 2, de 8 de Novembro de 1995, e n.º 36, de 20 de Abril de 1996, respectivamente) —, as quais foram discutidas conjuntamente (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 68, de 10 de Maio de 1996), vindo o projecto de lei a ser rejeitado, enquanto a proposta de lei seria aprovada (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 71, de 17 de Maio, e n.º 77, de 31 de Maio de 1996) e daria origem à já mencionada Lei n.º 19-A/96.

No que respeita à questão da idade para poder ser titular do direito, os projectos de lei apresentados pelo Grupo Parlamentar do Partido Comunista Português fixavam-na nos 18 anos; já o projecto de lei subscrito pelo Grupo Parlamentar do Partido Socialista a estabelecia nos 25 anos, sem previsão de revogação, contudo, do subsídio de inserção dos jovens na vida activa, então vigente.

A Lei n.º 19-A/96 dispunha, sobre esta matéria da idade mínima para a titularidade do direito, no seu artigo 4.º:

#### *Artigo 4.º*

##### *Titularidade*

São titulares do direito à prestação de rendimento mínimo os indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, ou inferior, se tiverem menores na exclusiva dependência económica do seu agregado familiar, desde que satisfaçam as restantes condições estabelecidas na presente lei.

E esta disposição foi assim regulamentada pelo já mencionado Decreto-Lei n.º 196/97, diploma que, no seu artigo 50.º, procedeu igualmente, como atrás se disse, à revogação da Lei n.º 50/88:

#### *Artigo 3.º*

##### *Titularidade*

São titulares do direito à prestação de rendimento mínimo os indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, ou inferior, desde que estejam em situa-

#### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

ção de autonomia económica, satisfaçam as restantes condições de atribuição e se encontrem em alguma das seguintes situações:

- a) Tenham sido emancipados pelo casamento;
- b) Tenham outros menores na sua exclusiva dependência económica ou na do seu próprio agregado;
- c) Se encontrem grávidas.

Verifica-se, assim, no plano que ora nos interessa, que as situações que permitem fazer baixar dos 18 anos a idade para ser titular do direito são, grosso modo, aquelas que agora se prevê possam fazer baixar essa idade dos 25 anos.

Aliás, uma iniciativa legislativa tendente, para além do mais, a fazer passar dos 18 para os 25 anos a idade para poder ser titular deste direito ocorreu entretanto com a apresentação do Projecto de lei n.º 176/VII (CDS-PP), rejeitado no Parlamento, quando da sua votação na generalidade (cfr. *Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 35, de 27 de Abril, e I Série, n.º 75, de 8 de Junho de 2000).

7. É neste contexto que surge, pois, a Proposta de lei n.º 6/IX (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 10, de 1 de Junho de 2002), em cuja exposição de motivos se justifica assim, no passo mais relevante, a alteração legislativa concretamente questionada pelo Presidente da República:

[...] Nestes termos, e à semelhança do que se verifica noutras países da União Europeia, estabelece-se como idade mínima de acesso à prestação como titular os 25 anos, pois que a integração e a autonomia destes jovens deverá ser feita noutro plano, potenciando as medidas de formação e emprego já existentes e ainda estabelecendo metodologias de inserção prioritárias para esta faixa etária. Com efeito, a capacidade empreendedora e a disponibilidade dos jovens devem ser reconhecidas, aproveitadas e fomentadas de outra forma, designadamente através da prossecução e desenvolvimento de políticas activas de emprego.

No entanto, considerando o quão socialmente arraigado se encontra este direito, a presente proposta consagra um regime transitório para os titulares nestas condições [...]

Esta proposta de lei, depois de apreciada (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 13, de 15 de Junho de 2002) pela competente comissão parlamentar especializada — a Comissão de Trabalho e dos Assuntos Sociais —, foi objecto de pareceres emitidos pela Assembleia Legislativa Regional da Madeira (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 14, de 20 de Junho

de 2002) e pela Assembleia Legislativa Regional dos Açores (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 15, de 22 de Junho de 2002). O parecer desta última assembleia, negativo quanto ao ponto em causa, refere-se deste modo à questão:

O artigo 4.º, ao passar a considerar como titulares do direito cidadãos com idade igual ou superior a 25 anos (quando o anterior sistema atribuía a titularidade do direito a cidadãos com idade igual ou superior a 18 anos), faz com que algumas centenas de açorianos fiquem excluídos do sistema.

Mais se considera que o hiato de tempo que decorrerá entre o fim da escolaridade mínima obrigatória e a idade proposta para aceder ao direito será um factor negativo, uma vez que este universo de jovens tem uma baixa escolaridade e constitui mão-de-obra não qualificada, dificultando o acesso aos canais normais de empregabilidade que o RMG facilitava e promovia e que o sistema ora proposto não preconiza e até pode subverter nos termos apresentados no artigo 19.º

Efectuada igualmente audição pública às comissões de trabalhadores, sindicatos e associações patronais (Separata n.º 7/IX do *Diário da Assembleia da República*, de 24 de Junho de 2002), veio a proposta de lei a ser apreciada na generalidade (*Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 20, de 15 de Junho de 2002). Durante esse debate na generalidade, a questão da idade mínima para a titularidade do direito foi também várias vezes suscitada.

Assim, logo na apresentação inicial da proposta de lei, o Ministro da Segurança Social e do Trabalho sublinhou:

Com esta proposta de lei procede-se a importantes alterações em relação ao quadro legal existente. Refiro-me, desde já, à alteração da idade de acesso à titularidade, que passa dos 18 para os 25 anos, sem prejuízo dos direitos adquiridos pelos actuais titulares naquelas condições.

Não se trata de menor atenção para com os jovens e nem sequer é uma medida inovadora, pois noutras países da União Europeia o limite é de 25 anos e, até, de 30 anos de idade. No início da sua vida, os jovens necessitam de um apoio específico na procura de um papel activo na comunidade. O que é prioritário é promover as capacidades de trabalho e empreendedora daquela população, pelo que esta nova orientação tem de ser conjugada com outros dispositivos, nomeadamente nas áreas do emprego e da formação profissional, cuja diversidade de programas é considerável e se encontram subaproveitados.

E, mais adiante, instado para concretizar as medidas que foram tomadas para compensar os jovens entre os 18 e os 25 anos, o mesmo membro do

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

Governo, depois de esclarecer que, face à escassez de recursos, «em política social há uma questão fundamental, que é ter prioridades, e ter prioridades significa escolher umas coisas em detrimento de outras», logo acrescentou:

Portanto, a nossa ideia é a de que para este grupo dos 18 aos 25 anos — considerando, repito, que esta é uma prestação de último recurso — há muitas e melhores soluções de opções prioritárias, designadamente nos programas de emprego, de formação profissional, de formação qualificante, de aprendizagem, de combate à toxicodependência [...] onde devem radicar as questões fundamentais destes jovens, onde lhes pode ser garantida autonomia, independência, dignidade cívica e capacidade laboral e não, pura e simplesmente, ser alimentados através de subsídios [...]

A proposta de lei em causa, depois de aprovada na generalidade (*Diário da Assembleia da República*, I Série-A, n.º 22, de 21 de Junho de 2002), foi votada na especialidade na comissão parlamentar respectiva (*Diário da Assembleia da República*, II Série-A, n.º 30, de 8 de Outubro de 2002), onde a mesma questão foi particularmente controvertida, constando do respectivo relatório:

Relativamente ao artigo 4.º («Titularidade») da proposta de lei, foram apresentadas pelo Grupo Parlamentar do PS propostas de substituição dos n.os 1 e 2 do artigo e, ainda, uma proposta de substituição de todo o artigo (tornando-o número único), apresentada pelo BE. Todas estas propostas tinham por base a consideração de que a alteração do limite etário dos titulares (de 18 para 25 anos) consubstanciava uma injustiça, deixando desprotegido um conjunto de cidadãos, pelo que as propostas de alteração iam no sentido da manutenção do limite etário constante da Lei n.º 19-A/96.

O Deputado Vieira da Silva (PS) considerou que não se compreendia por que motivo um casal com determinado rendimento tinha direito à medida de inserção social em causa e dois irmãos órfãos com o mesmo rendimento, pelo facto de serem menores de 25 anos, já não poderiam auferir do mesmo benefício.

Finalmente, a proposta de lei foi aprovada em votação final global, com votos favoráveis do PPD/PSD e do CDS-PP e votos contrários do PS, do PCP, do BE e do PEV (*Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 41, de 27 de Setembro de 2002).

#### *a) Apreciação da questão de inconstitucionalidade*

8. Partindo do princípio de que a legislação atinente ao rendimento mínimo garantido, que concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carenciados — incluindo os jovens entre os 18 e os 25 anos em situação «deficiente ou diminuição de meios de subsistência» — constitui «uma manifesta

ção juridicamente sustentada de chamados direitos derivados a prestações», duvida o requerente que fosse possível «retroceder no grau de realização entanto atingido», sem que tal retrocesso «se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira» ou seja imposto «por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional». É que, tratando-se de «verdadeiras restrições a direitos fundamentais», não bastariam «para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados» a invocação de «razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados» ou a apresentação de «ejustificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo».

A questão da proibição do retrocesso não se colocará, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de Janeiro de 1984, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (L. FAVOREU/L. PHILIPPE, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, 10.<sup>a</sup> ed., Dalloz, 1999, págs. 581 e segs., e, em especial, n.<sup>o</sup> 26/27, págs. 595/596). E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287, de 16 de Janeiro de 1991, in LOUIS FAVOREU, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, págs. 432 e segs.) a admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos económicos e sociais, não sem que a doutrina se tenha interrogado sobre essa extensão (LOUIS FAVOREU, *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1991, 6, pág. 293).

A propósito desta problemática, afirmou-se no Acórdão n.<sup>o</sup> 39/84 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3.<sup>a</sup> vol., pág. 95):

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Pronunciando-se em sentido idêntico, JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Coimbra Editora, 2000, págs. 397-398) assinala:

Logo não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eli-

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

miná-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.

Como escreve MIGUEL GALVÃO TELES em geral acerca das normas programáticas, quando um comando vise criar uma situação duradoura, uma vez cumprido convola-se em proibição — de destruir essa situação.

Por seu turno, J. J. GOMES CANOTILHO (*ob. cit.*, pág. 477) ensina:

Os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de «guarda de flanco» (J. P. MÜLLER) desses direitos garantindo o grau de concretização já obtido. Consequentemente, eles radicam-se subjectivamente não podendo os poderes públicos eliminar, sem compensação ou alternativa, o *núcleo essencial* já realizado desses direitos.

E, mais desenvolvidamente sobre o princípio do não retrocesso social, o mesmo autor explana o seguinte:

O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social.

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económica (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inherente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito ao subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.<sup>o</sup> 39/84 — Caso do Serviço Nacional de Saúde — e Acórdão n.<sup>o</sup> 148/94, *Diário da República*, I,

13-5-94 — Caso das Propinas). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador é inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. [...]

Também JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*ob. cit.*, págs. 391-392) analisa detidamente a questão, que trata de forma mais sintética noutro lugar («La protection des droits sociaux fondamentaux au Portugal», in *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, *cit.*, pág. 690):

Em nossa opinião, é difícil accitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa.

Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:

- uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;
- uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança;
- uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional».

Mas o mesmo autor não deixa expressivamente de advertir (*Os Direitos Fundamentais ...*, *loc. cit.*):

Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma «esfericidade irradiante» dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um «bloco constitucional dirigente». A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.

9. Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações.

Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir execibilidade» (cfr. Acórdão n.º 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão — e terá sido essa a situação que se entendeu verdadeiramente ocorrer no caso tratado no já referido Acórdão n.º 39/84.

Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alterância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão n.º 101/92 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 21.º vol., págs. 389-390) parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afetados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. Ora, no caso vertente, é inteiramente de excluir que se possa

obrigar uma alteração redutora do direito violadora do princípio da proteção da confiança, no sentido apontado por aquele aresco, porquanto o artigo 39.º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos.

Todavia, ainda que se não adopte posição tão restritiva, a proibição do retrocesso social operará tão-só quando, como refere J. J. GOMES CANOTILHO, se pretenda atingir «o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», ou seja, quando «sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios», se pretenda proceder a uma «anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial». Ou, ainda, tal como sustenta JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação do princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam ineludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade.

No sentido de entender que, no caso sub judicio, se verificaria esta última condição — ou seja, que o nível de concretização legislativa do direito se encontraria de tal modo sedimentado na comunidade que teria passado a revelar, no que à idade mínima se refere, um valor «materialmente constitucional» — sempre se poderia argumentar com a própria exposição de motivos da proposta de lei que deu origem ao decreto em apreço, já que para justificar a salvaguarda dos direitos adquiridos pelos titulares do direito com idade inferior a 25 anos, o Governo invoca expressamente «o quanto socialmente arreigado se encontra este direito». Não se afigura, porém, que esta mera afirmação se apresente como suficiente para o efeito, tanto mais quanto, durante a anterior legislatura, a já mencionada proposta de lei n.º 176/VII, tendente a aumentar para os 25 anos a idade mínima para a titularidade do direito, embora rejeitada, recebeu o voto favorável de uma minoria significativa, constituída pelos grupos parlamentares do PPD/PSD e do CDS-PP.

Por outro lado, o diploma em que se insere a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação. É bem verdade que um certo grupo de cidadãos foi dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito.

Ora, assim sendo, a apreciação da questão da proibição do retrocesso perderá interesse no caso de se concluir que o direito a um mínimo de existência condigna se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto a esses cidadãos, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica. É que, então, sempre existirá uma constitucionalidade por

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

violação desse direito, independentemente do conteúdo da legislação anteriormente vigente.

Nesta conformidade, o que importará é averiguar o que impõe a Constituição relativamente ao direito a um mínimo de existência condigna — o que se fará mais adiante.

No entanto, a questão de saber se a redução do conteúdo do direito é efectuada de modo a atingir-se o princípio da igualdade já mantém autonomia conceptual relativamente à invocada proibição do retrocesso, uma vez que a sua análise se há-de efectuar sobretudo em função das relações que intrinsecamente se estabelecem entre as diversas situações reguladas pelo decreto em apreciação — e não da comparação entre o tratamento que agora lhes passará a ser dado e aquele que resultava do regime ainda vigente.

10. A eventual violação do princípio da igualdade assentaria, de acordo com o requerente, na circunstância de a norma questionada discriminar, «sem fundamento razoável para o fazer, entre pessoas maiores e menores de 25 anos».

O sentido juridicamente vinculante do princípio da igualdade tem sido explicitado numa já larga jurisprudência do Tribunal Constitucional, de certo modo sintetizada no Acórdão n.º 186/90 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16.º vol., pág. 383):

Princípio de conteúdo pluridimensional, postula várias exigências, entre as quais a de obrigar a um tratamento igual das situações de facto iguais e a um tratamento desigual das situações de facto desiguais, proibindo, inversamente, o tratamento desigual das situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais. Numa fórmula curta, a obrigação da igualdade de tratamento exige que «aquilo que é igual seja tratado igualmente, de acordo com o critério da sua igualdade, e aquilo que é desigual seja tratado desigualmente, segundo o critério da sua desigualdade».

Na sua dimensão material ou substancial, o princípio constitucional da igualdade vincula em primeira linha o legislador ordinário (para uma análise dos sentidos formal e material do princípio da igualdade, cfr., por todos, GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* Coimbra, Coimbra Editora, 1982, págs. 380 e 381; CASTANHEIRA NEVES, *O Instituto dos «Assentos» e a Função Jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1983, págs. 119, 120, 165 e 166; BÖCKENFÖRDE, W., *Der Allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters*, Berlin, W. de Gruyter, 1957, págs. 43 e 68). Todavia, este princípio não impede o órgão legislativo de definir as circunstâncias e os factores tidos como relevantes e justificadores de uma desigualdade de regime jurídico num caso concreto, dentro da sua liberdade de conformação legislativa.

Por outras palavras, o princípio constitucional da igualdade não pode ser entendido de forma absoluta, em termos tais que impeça o legislador de estabelecer uma disciplina diferente quando diversas forem as situações que as disposições normativas visam regular.

O princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proibe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*vernünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbítrio (*Willkürverbot*).

Por outro lado, entrecruzando o controlo jurisdicional do princípio da igualdade com a protecção também jurisdicional dos direitos sociais, e depois de mencionar que, quanto a esta última, «na maior parte dos casos, o juiz tem de aceitar o poder de conformação do legislador e só em casos excepcionais ou em aspectos limitados se poderá concluir pela violação, que terá de ser manifesta, das normas constitucionais», JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*ob. cit.*, pág. 387) assinala:

Uma das hipóteses de mais fácil verificação será a da inconstitucionalidade resultante da violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio. Poderá acontecer quando uma lei organize ou regule prestações em cumprimento das imposições constitucionais ligadas ou decorrentes da consagração de direitos sociais e, ao fazê-lo, restrinja injustificadamente o âmbito dos beneficiários, em manifesta contradição com os objectivos da norma constitucional, seja por um efeito de qualificação, por força do hábito ou por uma intenção discriminatória.

Esta força normativa resulta do princípio da constitucionalidade e não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos sociais, nem subtraída ao poder de fiscalização judicial.

E o Tribunal Constitucional alemão, na sua decisão de 18 de Junho de 1975 (BVerfGE, E 40, 121 (134)), sublinha:

[...] verifica-se uma violação do artigo 3, n.º 1 (igualdade), e do artigo 20 n.º 1 (Estado social), da Lei Fundamental quando a ajuda aos necessitados não satisfaz as exigências da justiça social, seja porque o círculo dos beneficiários de uma determinada prestação do Estado é delimitado sem respeito pela realidade substantiva (*sachwidrig abgegrenzt ist*) ou porque num exame de conjunto da protecção social um grupo importante não é tido em consideração.

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

Razões da mesma natureza estiveram igualmente na origem do julgamento de inconstitucionalidade proferido por este Tribunal no Acórdão n.º 181/87 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 9.º vol., pág. 747), relativamente à norma que estabelecia pressupostos mais gravosos para o viúvo do que para a viúva na atribuição do direito à pensão devida aos familiares de sinistrados falecidos por acidente de trabalho.

11. Significa isto que a distinção etária efectuada na norma questionada só será admisível se não for arbitrária, ou seja, se tiver uma justificação razoável.

Assim, o legislador não estará impedido de proceder a essa distinção, se a idade puder ser tida como factor relevante para a adopção de instrumentos jurídicos alternativos ao rendimento social de inserção, sublinhando-se aí certos e determinados objectivos específicos que se visa atingir relativamente ao grupo social dos jovens entre os 18 e os 25 anos — isto é, uma particular preocupação com a sua integração no mercado de trabalho.

Ora, parece razoável admitir que, relativamente aos jovens, se procure conceder inteira prioridade à sua preparação para uma plena integração na vida social, dando particular ênfase à formação profissional, à aprendizagem e ao estabelecimento de condições que favoreçam a colocação num primeiro emprego. E isto, tanto mais quanto «os jovens gozam de protecção especial para efectivação dos seus direitos económicos, sociais e culturais», nomeadamente «no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social», nos termos do preceituado no artigo 70.º, n.º 1, alínea b), da CRP, o que constitui credencial constitucional bastante para que lhes seja aplicável um regime que traduza, nesse domínio, uma discriminação positiva.

Diz-se-á, porém, que o que já não será possível é discriminar os jovens negativamente, excluindo-os da titularidade do rendimento social de inserção e não prevendo instrumentos suficientes de natureza alternativa. Só que, no fundo, uma tal questão também perde interesse, afinal, caso seja dada resposta afirmativa àquela já anteriormente identificada e que consiste em saber se o regime configurado, no que lhes concerne, respeita o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, no caso de se concluir que ele se encontra constitucionalmente garantido e que, quanto aos referidos jovens, não existem outros instrumentos que o possam assegurar, com um mínimo de eficácia jurídica.

12. A questão que se perfila, pois, com decisivas repercussões na solução do problema colocado, é a de saber se existe uma garantia constitucional a um mínimo de existência condigna.

A este propósito, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 2.ª ed., Almedina, 2001, pág. 388) interroga-se se, perante certas situações de carência, não se deverá reconhecer «a todas as pessoas o direito a esse mínimo», colocando assim a questão:

[...] Não estará aí em causa directamente o valor da dignidade da pessoa humana? Mas, a ser assim, não implicará isso um direito à sobrevivência, enquanto direito social de personalidade, entendido como um direito análogo aos direitos, liberdades e garantias e gozando, portanto, do respectivo regime, designadamente da sua imediata aplicabilidade?

E WOLFGANG DÄUBLER («La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Allemagne», in *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union européenne*, Bruylants, Bruxelas, 2000, pág. 68) assinala, no que se reporta ao direito à existência:

O texto da Lei fundamental não prevê expressamente uma obrigação para o Estado de conceder um mínimo de bens para assegurar a subsistência das pessoas que se encontram em território nacional.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional, no entanto, deduziu do artigo 1.º da Lei Fundamental, que garante a dignidade do homem, um direito subjectivo aos meios necessários à existência do indivíduo. Num acórdão de 18 de Junho de 1975, o Tribunal decidiu que a assistência social faz parte das obrigações de um Estado Social «que decorrem do próprio conceito»; e que deve ser garantida uma existência «digna». Dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim, é o legislador que decide quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio, se não se tratar do «mínimo indispensável». Esse mínimo é pois obrigatório e poderia, eventualmente ser invocado perante a jurisdição administrativa.

Na sua já citada decisão de 18 de Junho de 1975 (*loc. cit.*, (133)), afirma o Tribunal Constitucional alemão:

A comunidade estatal deve garantir-lhes, em qualquer caso, os pressupostos mínimos para uma existência humanamente digna e, além disso, esforçar-se pela sua integração na sociedade tanto quanto possível [...].

Este dever geral de protecção não pode, naturalmente, terminar numa determinada idade; antes deve corresponder à necessidade existente de auxílio social. No entanto existem muitas possibilidades de realizar a protecção prevista.

### 1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

Também GERRIT MANSSEN (*Grundrechte*, C. H. Beck, Munique, 2000, n.º 181, pág. 52) escreve:

Em parte também se deduzem da dignidade humana pretensões a prestações efectivas. Em conexão com o princípio do Estado social pode-se das deduzir que o Estado está obrigado a garantir o mínimo de existência da pessoa.

13. Este Tribunal, na esteira da Comissão Constitucional (cfr. Acórdão n.º 479, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 327, Junho de 1983, págs. 424 e segs.), tem vindo a reconhecer, embora de forma indirecta, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna ou a um mínimo de sobrevivência, seja a propósito da actualização das pensões por acidentes de trabalho (Acórdão n.º 232/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 341), seja a propósito da impenhorabilidade de certas prestações sociais (designadamente, do rendimento mínimo garantido — Acórdão n.º 62/02, *Diário da República*, II Série, de 11 de Março de 2002), na parte em que estas não excedam um rendimento mínimo de subsistência ou o mínimo adequado e necessário a uma sobrevivência condigna (cfr. Acórdão n.º 349/91, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 19.º vol., pág. 515; Acórdão n.º 411/93, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 25.º vol., pág. 615; Acórdão n.º 318/99, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., pág. 639; e Acórdão n.º 177/02, *Diário da República*, I Série-A, de 2 de Julho de 2002).

No Acórdão n.º 62/02, em que se julgaram inconstitucionais certas normas que permitiam a penhora do rendimento mínimo garantido, «por violação do princípio da Dignidade Humana contido no princípio do Estado de Direito, tal como resulta das disposições conjugadas dos artigos 1.º e 63.º, n.os 1 e 3, da Constituição da República», sublinhou-se:

Ora, no caso do rendimento mínimo garantido [...] parece fora de dúvida, quer pelo montante da prestação (...), quer pelas suas finalidades, condições de atribuição e forma de cálculo, que ela visa justamente assegurar à recorrente o mínimo indispensável à sua sobrevivência condigna e do seu agregado familiar.

Importa, porém, distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos casos, e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de prestações, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. É que esta última considera que «do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência», sendo de incluir na garantia

tia do mínimo de existência «as prestações sociais suficientes», nos termos da legislação sobre auxílio social (HORST DREIER, *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, págs. 62 e 125-126); ou seja, que «o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais» os «pressupostos mínimos» para «uma existência humanamente digna» (BVerfGE, 82, 60 (85)).

Esta afirmação de uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna, em paralelo com a sua dimensão negativa, parece ter sido igualmente recebida na fundamentação do Acórdão n.º 349/91 — e retomada no Acórdão n.º 318/99 —, tendo-se afi salientado:

[...] o artigo 63.º da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social, determinando o n.º 4 do mesmo preceito que «o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho».

Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63.º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1.º da Constituição» (cfr. Acórdão n.º 232/91 (...)).

É também por o considerar «inerente ao respeito da dignidade da pessoa humana» que J. J. GOMES CANOTILHO (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6.ª ed., Almedina, 2002, pág. 343) considera que o princípio da defesa de condições mínimas de existência pode fundar «uma imediata pretensão dos cidadãos», «no caso de particulares situações sociais de necessidade».

Daqui se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda aflorado no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e compete ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna.

Todavia, o legislador, «dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim» (cfr. WOLFGANG DÄUBLER, cit.), goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao mon-

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

tante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decoração do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1.º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.

Significa isto que, nesta perspectiva, o legislador goza da margem de autonomia necessária para escolher os instrumentos adequados para garantir o direito a um mínimo de existência condigna, podendo modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios. Assim, in casu, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do subsídio — designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do rendimento social de inserção —, mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como bolsas de estudo, de estágio ou de formação profissional ou salários de aprendizagem (maxime, quando associadas a medidas de inserção social).

Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência cor digna, para todos os casos.

14. Ora, os instrumentos jurídicos actualmente existentes destinados especificamente a promover a integração dos jovens na vida activa ou a sua formação profissional — a Portaria n.º 414/96, de 24 de Agosto, atinente ao «Programa Escolas-Oficinas»; a Portaria n.º 268/97, de 18 de Abril, alterada pelas Portarias n.º 1271/97, de 26 de Dezembro, e n.º 814/98, de 24 de Setembro, respeitante aos «Estágios Profissionais»; e o Despacho Normativo n.º 27/96, de 9 de Julho de 1996, regulador das «UNIVA — unidades de inserção na vida activa» — não conferem qualquer direito em situação de carência, nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos.

Assim, o «Programa Escolas-Oficinas» é de âmbito necessariamente limitado, porquanto, de um lado, visa tão-só a formação em actividades que abrangem os ofícios tradicionais de tipo artesanal e as novas profissões relacionadas com o meio ambiente e a jardinagem, e de outro lado, depende da candidatura de entidades enquadradoras, de natureza pública ou privada, ficando a concessão de apoios financeiros dependente das disponibilidades financeiras do IEFP para este Programa. A medida «Estágios Profissionais» depende igualmente da candidatura de entidades promotoras ou organizadoras e tem unicamente como destinatários os jovens com idades compreendidas entre os 16 e os 30 anos habilitados com qualificação de nível superior ou intermédio. Finalmente, os pro-

jectos «UNIVA» dependem essencialmente de iniciativas de entidades não-estaduais em que o apoio financeiro por parte do IEFP incide sobretudo na respectiva fase de arranque (3 anos), já que se visa um «desenvolvimento destas estruturas progressivamente auto-sustentada ou sustentada, pela entidade promotora».

Pode, assim, afirmar-se com segurança que não existem hoje — contrariamente ao que se poderia entender suceder durante a vigência da Lei n.º 50/88 — instrumentos alternativos ao rendimento social de inserção que possam garantir, em todos os casos, para os jovens entre os 18 e os 25 anos por ele não abrangidos, o direito a um mínimo de existência condigna, sendo certo que se tem vindo a assistir, nos últimos anos, a uma diminuição do emprego de jovens e a um aumento da sua taxa de desemprego relativamente aos adultos (cfr. Instituto do Emprego e Formação Profissional, *Relatório de Actividades, 2001*, págs. A-5 e A-8). E o problema coloca-se relativamente aos jovens desta faixa etária, já que no que concerne aos menores existem outros instrumentos, nomeadamente o acolhimento familiar, o internamento e a garantia da prestação de alimentos.

15. Consequentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana (sobre o valor jurídico deste princípio, cfr. JOSÉ MANUEL CARDOSO DA COSTA, «Le Principe de la dignité de la personne humaine dans les jurisprudences européennes», *Science et technique de la démocratie*, n.º 26, Commission européenne pour la démocratie par le droit, pág. 53), princípio esse consagrado pelo artigo 1.º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2.º, e ainda asforrado no artigo 63.º, n.os 1 e 3, da mesma CRP.

### III — Decisão

16. Nestes termos, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, por violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.os 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

Lisboa, 19 de Dezembro de 2002. — Luís Nunes de Almeida — Artur Maurício — Gil Galvão — Mário Torres — Maria Helena Brito — Maria Fernanda Palma — Alberto Tavares da Costa — Paulo Mota Pinto — Carlos Pamplona (vencido, nos termos da declaração que anexo) — Maria dos Pra-

### 1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana

zeres Pizarro Beleza (vencida, nos termos da declaração de voto junta) — Benjamim Rodrigues (vencido nos termos da declaração de voto junta) — Bravo Serra (vencido, nos termos da declaração de voto apresentada pela Ex.ªma Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza para a qual, com vénia remeto) — José Manuel Cardoso da Costa (vencido, conforme declaração junta).

#### Declaração de voto

Salvo o devido respeito, assegura-se-me que a presente decisão não é favorecida por uma robusta consistência doutrinária.

Na verdade, toda a fundamentação jurídica da decisão de inconstitucionalidade se concentra no ponto 14 dos respectivos fundamentos e é nestas poucas linhas, depois de exaustiva e significativamente ter afastado ou desvalorizado os argumentos aduzidos pelo Presidente da República e mesmo sem tomar posição sobre o problema de uma hipotética inconstitucionalidade por omissão, que o Tribunal vai surpreendentemente detectar um vício que é exterior ao diploma, pois proviria da circunstância de não existir uma outra normação (ainda que de natureza meramente administrativa) a garantir aquilo que entende dever ser «o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna». Ora, mesmo aceitando como correcto este (muito discutível) caminho lógico, impõe-se-lhe uma reflexão, que foi totalmente omitida, sobre a possibilidade de mediante outras fórmulas não necessariamente inscritas em lei o Estado garantir «o mínimo» do direito cuja ofensa se vê aqui desenhada na concretização de uma tarefa que, como bem se reconhece no anterior ponto 13, incumbe exclusivamente ao poder político, maxime aos governos, sem qualquer intervenção do Tribunal — sob pena de desvirtuamento da lógica de equilíbrio de poder dos órgãos de soberania que integram um Estado democrático.

Votaria, portanto, pela não inconstitucionalidade da norma em análise.  
— Carlos Pamplona de Oliveira.

#### Declaração de voto

Votei vencida, em síntese, pelas seguintes razões:

1. O pedido de fiscalização preventiva do n.º 1 do artigo 4.º do Decreto n.º 18/IX da Assembleia da República formulado pelo Presidente da República restringe-se à exigência da idade mínima de 25 anos (ressalvados os casos previstos no n.º 2 do mesmo preceito) como condição de acesso ao rendimento social de inserção; e a dúvida de constitucionalidade resulta do confronto com o regime que a Assembleia da República pretendeu substituir, constante da Lei n.º 19-A/96, de 29 de Junho, que previa a possibilidade de acesso ao rendimento

mínimo garantido (também com a ressalva que veio a ser introduzida pelo artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 196/97, de 31 de Julho) a partir dos 18 anos.

No seu entender, a elevação da idade mínima, não acompanhada, nem da reprimirão do regime constante na Lei n.º 50/88, de 19 de Abril (que foi revogada pela Lei n.º 19-A/96 e que previa o subsídio de inserção de jovens na vida activa), nem de «qualquer compensação assim», constitui uma «regressão na protecção social correspondente aos tempos anteriores a 1988».

Ora, estando em causa a concretização do direito fundamental à segurança social, e não existindo condicionantes financeiras a impor tal restrição, o Presidente da República entende que o Estado «não pode bastar-se» para a justificar «com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião plástica próprias da variação conjuntural das maioriais de governo».

Assim, coloca a dúvida de saber se tal restrição não violará o «direito de todos à segurança social e da obrigação estatal de prover nas situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho do artigo 63.º, n.º 1 e n.º 3, da Constituição», bem como o princípio da igualdade (artigo 13.º) e o princípio da universalidade relativamente ao direito à segurança social (artigos 12.º, n.º 1, e 63.º, n.º 1).

2. O juízo de inconstitucionalidade que fez vencimento coincide com o pedido de apreciação no que respeita à medida da inconstitucionalidade verificada mas não acolhe a fundamentação apresentada no requerimento.

Com efeito, o acórdão considera que, no caso, não tem interesse analisar, nem a «questão da proibição do retrocesso», nem a eventual existência de violação do princípio da igualdade. Em síntese, e porque concluiu pela consagração constitucional de um direito a um «mínimo de existência condigna» e pela sua violação pelo regime aprovado, o acórdão considerou não relevante, nem o confronto com o regime que se pretendeu substituir, nem a análise da questão de saber se estaria ou não em causa uma discriminação arbitrária dos jovens com idades compreendidas entre os 18 e os 25 anos.

3. Em meu entender, e independentemente de quaisquer considerações gerais sobre uma eventual tutela constitucional da proibição de retrocesso no âmbito da concretização pela lei ordinária de direitos sociais constitucionalmente previstos, deveria ter sido claramente afastada a existência de qualquer retrocesso constitucionalmente censurável. A mera invocação de tal princípio pelo pedido, desacompanhada da demonstração da adequação de um regime e da inadequação do outro, equivale a dar por assente, numa fírea em que há que reconhecer a legitimidade de concepções de política social diferentes, que só é constitucionalmente aceitável aquela que vingou quando foi aprovada a Lei

n.º 19-A/96, cristalizando a opção que a informou e negando ao legislador a liberdade de a considerar inadequada ao progresso social.

4. A posição que fez vencimento filiou a inconstitucionalidade, directamente, na violação do «direito a um mínimo de existência condigna, inherente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1.º, 2.º e 63.º, n.ºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa». Entendeu que, na concretização desse direito, o legislador goza de «uma larga margem de liberdade conformadora» na escolha dos instrumentos necessários para o efeito: necessário é que esses instrumentos sejam dotados de um «mínimo de eficácia jurídica». Entendeu ainda que os instrumentos actualmente existentes «não conferem qualquer direito em situação de carência nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos»; e daí concluiu que hoje, «contrariamente ao que se poderia entender suceder durante a vigência da Lei n.º 50/88», não existem instrumentos alternativos ao rendimento que o novo regime reserva aos maiores de 25 anos que possam garantir o «direito a um mínimo de existência condigna», em todos os casos, aos jovens de idade compreendida entre os 18 e os 25 anos (sendo certo que, para os menores, há outros instrumentos).

Só que, ao prescindir de qualquer confronto, quer com o regime que se pretendeu substituir, quer com a situação dos maiores de 25 anos, e ao justificar a inconstitucionalidade na ausência de outros instrumentos eficazes, o acórdão transformou em inconstitucionalidade por acto uma hipotética inconstitucionalidade por omissão, cujos pressupostos, aliás, não estariam verificados.

5. Não se nega que se possa filiar na Constituição o «direito a um mínimo de existência condigna, inherente ao princípio do respeito da dignidade humana». O Tribunal Constitucional já o reconheceu, embora num contexto e para efeitos de tal forma diferentes que não parece que a jurisprudência citada no acórdão possa ser aqui relevante.

Na verdade, no Acórdão n.º 232/91 foi apreciada uma norma que impunha às seguradoras o encargo da actualização de pensões por morte causada por acidente de trabalho, já fixadas à data em que a mesma entrou em vigor; a referência àquele princípio não aparece como fundamento para o júizo de não inconstitucionalidade, que se baseou na ausência de violação do princípio da segurança, mas, tão somente, para justificar o novo regime.

Nos demais arestos indicados estava em causa um conflito de direitos entre o direito credor-exequente a ser pago pelo seu crédito e o direito à subsistência por parte do devedor-executado; o Tribunal Constitucional entendeu então ser inconstitucional não considerar impenhoráveis determinados rendimentos considerados indispensáveis à sobrevivência condigna do devedor.

Como se reconhece no acórdão, é diferente afirmar a protecção constitucional de um «direito a não ser privado» do mínimo indispensável à subsistência e entender que a Constituição impõe que se reconheça «um direito a exigir do Estado esse mínimo de subsistência», como veio a concluir a posição que fez vencimento. Ora não creio que seja possível retirar esta conclusão, que exigiria uma muito maior precisão na definição constitucional do conteúdo do direito em causa.

6. Finalmente, não penso que tenha ficado suficientemente demonstrada no acórdão a inexistência instrumentos alternativos dotados de um «mínimo de eficácia jurídica».

Desde logo, o acórdão não retirou qualquer consequência da circunstância de, como refere, se tratar de um subsídio integrado no âmbito de um subsistema da segurança social, o subsistema de protecção social de cidadania, que inclui, também, a acção social (cfr. artigos 24.º e segs. da Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto). Ora a acção social, levada a cabo pelo Estado directamente ou em colaboração com entidades cooperativas e sociais e privadas não lucrativas, dirige-se especialmente «aos grupos de cidadãos mais vulneráveis, tais como (...) jovens (...)» e realiza-se através de prestações (artigos 35.º e 36.º da Lei n.º 17/2000). Estas afirmações continuam a ser verdadeiras para a Lei de Bases da Segurança Social recentemente aprovada pela Assembleia da República — Decreto n.º 19/XI, artigos 82.º e segs.).

Para além disso, não é exacto que os diplomas analisados no ponto 14. do acórdão, não possam ser considerados meio alternativos de tutela suficiente do direito em causa, justamente por não estar demonstrado que ele implica qualquer direito de exigir.

Saliente-se, a terminar, que, pese embora a contraposição feita entre o regime constante da Lei n.º 50/88 e os instrumentos normativos analisados no acórdão, da sua fundamentação retira-se não ser a concessão de um subsídio (semelhante ou não ao que consta do Decreto n.º 18/IX da Assembleia da República) a única via de dar cumprimento ao imperativo constitucional de respeito do direito a um mínimo de existência condigna, ainda que entendido como foi na posição que fez vencimento.

Não considero, pois, que tenha sido demonstrada a inconstitucionalidade na norma questionada pelo Presidente da República; o acórdão não deveria, assim, ter concluído nesse sentido. — *Maria dos Prazeres Pizarro Beleza*.

#### **Declaração de voto**

Votei vencido por não poder acompanhar a tese que fez vencimento. Numa situação em que o Tribunal não pôde concluir — e bem — pela inconstitucionalidade do artigo 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX com base no princípio que havia sido alegado como fundamento autónomo do

pedido como tendo natureza constitucional — do princípio da proibição do retrocesso social — por considerar não se poder afirmar ter-se por autonomamente atingido «o núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana», nem pela violação do princípio da igualdade, só de forma incoerente se poderá ter concluído que a não previsão dos jovens como titulares do direito ao rendimento social de inserção viola o conteúdo mínimo do direito a uma existência condigna postulado pelo princípio do respeito pela dignidade humana. Muito embora aceitando poder o princípio da dignidade humana constituir fonte constitucional autónoma de um direito a exigir do Estado uma prestação positiva, que poderá assumir as mais diversas formas, desde que funcionalmente adequadas a poder salvaguardar a existência física e psíquica humanas — atenta a circunstância desse princípio ser um princípio estruturante de todo o sistema constitucional e do próprio Estado — nunca tal direito será definido como um direito categorial ou respeitante a certo círculo de pessoas, mas antes um verdadeiro direito subjectivo constitucional que só existirá onde esse mínimo de existência possa ser surpreendido. Ora, esse mínimo é, por natureza diferente, de pessoa para pessoa e de idade para idade, e mormente nas idades que estão em causa. Nesta perspectiva e considerando que os menores de 25 anos tendem a estar ainda integrados na família e que as suas necessidades são essencialmente de inserção na comunidade de emprego, não se vê terreno para poder afirmar-se a necessidade de salvaguarda de um direito subjectivamente categorial a um mínimo de existência traduzido na atribuição de uma prestação pecuniária.

A tudo acresce que existem já alguns instrumentos jurídicos, como são aqueles de que o próprio acórdão dá conta, que, em concreto e relativamente a uma parte dos jovens, dão já alguma satisfação à necessidade de inserção na comunidade do trabalho.

Por outro lado, o acórdão nem sequer equacionou o facto bem conhecido da realização de muitas prestações, inseridas neste âmbito material, que são realizadas pelas Organizações Não Governamentais.

Finalmente, o acórdão sofre de uma petição de princípio, pois deixa por demonstrar quais as utilidades ou feixes de utilidades e a sua expressão positiva, mormente de natureza quântica, que devam integrar o núcleo do direito a um mínimo de existência e que o rendimento de inserção a que se refere o artigo 4.º do Decreto da Assembleia da República, cuja constitucionalidade se sindicou, corresponda a esse mínimo que tenha de ser necessariamente garantido de forma categorial. — *Benjamim Rodrigues*.

#### **Declaração de voto**

I. Não obstante os termos sintéticos da fórmula decisória, é óbvio como, de resto, resulta à evidência dos termos em que a questão foi posta

ao Tribunal e dos fundamentos do precedente acórdão — que o juízo de inconstitucionalidade neste emitido se cinge ao facto de o preceito em apreço, que define a titularidade do «rendimento de inserção social», não abranger, em geral, os cidadãos de idade compreendida entre os 18 e os 25 anos; está-se, pois, diante de uma inconstitucionalidade parcial «qualitativa», a qual radica, no fundo, e num certo sentido, numa «omissão» do legislador.

Mas — emerge isso ainda, clara e expressamente, da fundamentação do acórdão — tal inconstitucionalidade (ou omissão) não reside sequer, e sem mais, na circunstância de os cidadãos antes referidos não poderem ser, em regra, beneficiários do dito rendimento: reside mais precisamente, e tão-só, no facto de não poderem ser beneficiários dele nem lhes estar garantida, pelo conjunto da ordem jurídica, qualquer outra prestação «alternativa» (pecuniária ou em espécie) que lhes assegure o «direito a um mínimo de existência condigna».

No juízo de inconstitucionalidade assim emitido pelo Tribunal, destacarei, pois, dois aspectos:

— que ele se fundamenta na violação, não de um princípio de «proibição do retrocesso social», mas antes do direito (a um mínimo de existência condigna) acabado de referir;

— e que, no tocante à concreta modelação da prestação que há-de ser garantida aos jovens entre os 18 e os 25 anos, em geral, o Tribunal a deixa ao «poder de conformação» ou «autonomia» de escolha do legislador. O que significa — sem margem para qualquer dúvida — que o expurgo da inconstitucionalidade agora reconhecida não tem de passar necessariamente pelo alargamento do «rendimento de inserção social» (tal como regulado no diploma em que se insere a norma em apreço) àquele universo de pessoas (através de uma reformulação, em conformidade, dessa norma); pode perfeitamente ser obtido percorrendo outros caminhos.

2. Pese o fundamento do juízo de inconstitucionalidade, a que o Tribunal chegou, ser o referido (e não um princípio de «proibição do retrocesso social», que continua a merecer-me as maiores reservas, à luz da «teoria constitucional» que logo na declaração de voto apostila ao Acórdão n.º 39/84, p. ex., evoquei, e à qual me mantendo fiel) e pese, por outra banda, o alcance — afinal, limitado — desse juízo, não pude acompanhá-lo. As razões do meu dissenso convergem, no essencial, com as que constam das declarações de voto dos Ex.<sup>mos</sup> Juszes Conselheiros que igualmente não subscreveram a decisão do Tribunal. Apenas sublinharei, por isso, o seguinte:

— também comungo da ideia de que há um dever do Estado de promover as condições (de assegurar, se se quiser) a realização do limiar mínimo da

### *1.1. Princípio da dignidade da pessoa humana*

existência condigna de todas e cada uma das pessoas concretas que integram a comunidade política: um Estado que se confessa baseado, antes de mais, na «dignidade da pessoa humana» e se pretende «ao serviço da pessoa» (um Estado que existe propter nos homines et propter nostram salutem) há-de hoje, certamente, inscrever aquele objectivo entre os fins primários da sua actuação. Mas construir, a partir das, logo ao nível constitucional, um direito, no sentido estrito e dogmático do conceito (sublinho o ponto), com identidade e consistência bastantes, ainda que mínimas, para dele se extrair a conclusão a que o Tribunal chegou (e, afinal, como creio estar implicitamente contida na lógica do acórdão), também a de que, antes do diploma instituidor do «rendimento mínimo garantido», haveria nessa área uma vasta «omissão legislativa»), vai um largo e arrojado, mas problemático passo:

— depois, e mesmo dando esse passo, sucede que, tendo em conta, não apenas a norma em apreço, mas a regulamentação legal do diploma em que se acha inserida, mormente o disposto no n.º 2 do artigo 4.º e nos artigos 3.º e 5.º (destes resultando que a «unidade de atribuição» do «rendimento de inserção social» é o «agregado familiar», tal como definido nesse último preceito), tenderão a ser muito residuais — se bem vejo — as situações em que os cidadãos entre os 18 e os 25 anos poderão ficar, mormente por facto independente da sua vontade (que seria a situação mais justificadora, ou até verdadeiramente justificadora de uma tutela protectora específica), fora da cobertura do dito rendimento. Ora, sem uma indagação particularmente exaustiva, não só do direito como da realidade institucional portuguesa em matéria de protecção social, não me abalanço a concluir que essas situações (mais, ou verdadeiramente, carecidas de tutela) ficarão (ou ficariam) inteiramente desprovidas de qualquer protecção desse tipo;

— por último, ainda que assim fosse, e houvesse (ou haja) realmente uma situação de «omissão», e ainda que — deslocando-me agora para outro plano argumentativo — não rejeite a possibilidade jurídica de, havendo a emissão de uma norma (como sucede no caso sub judicio), a «omissão» do legislador ser sancionada através de um juízo de inconstitucionalidade parcial «qualitativa», não tendo forçosamente de ficar-se por um simples juízo de «omissão», ainda aceitando esse postulado metodológico, afigura-se-me que na situação em presença, tudo somado, e a verificarem-se realmente os correspondentes pressupostos (consoante o Tribunal entendeu) não deveria ir-se além desse outro tipo de juízo (se bem que o Tribunal o não pudesse emitir «formalmente», uma vez que para tanto se carece, como é sabido, de um processo próprio). É que emitir um juízo de inconstitucionalidade parcial redundante, em exigir ao legislador uma perfeita e completa «sincronia» de actuação e, para além de tudo o que antes ficou dito, sempre isso se me asfiguraria, na hipótese, claramente excessivo. — *José Manuel Cardoso da Costa*.

## BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

- JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, *Direitos Fundamentais*, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2000, pág. 180 e segs.
- GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2004, pág.
- VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2001, pág. 93 e segs.
- J. M. CARDOSO DA COSTA — «O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição e na jurisprudência do Tribunal Constitucional», in *Estudos em Homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, S. Paulo, 1999, pág. 193 e segs.
- JORGE REIS NOVAIS — «Renúncia a Direitos Fundamentais», in *Perspectivas Constitucionais*, I, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 326 e segs.
- N. M. PINTO OLIVEIRA — *O Direito Geral de Personalidade e a «Solução do Disensamento»*, Coimbra, 2002, pág. 105 e segs.
- João G. LOUREIRO — «O direito à identidade genética do ser humano», in *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, 1999, pág. 278 e segs.

## 1.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O princípio da igualdade é, porventura, dos princípios estruturantes do Estado de Direito, o de presença mais constante e mais antiga nos textos constitucionais, mas também é, mesmo em consequência dessa *longevidade constitucional*, o que tem experimentado uma evolução mais pronunciada e multifacetada. Entre a igualdade perante a lei dos primeiros tempos do constitucionalismo e a actual admissibilidade de políticas intencionalmente discriminatórias visando a produção de uma igualdade fáctica há, sob a égide do mesmo princípio constitucional da igualdade, dois séculos de evolução e controvérsias doutrinárias que reflectem, acompanham e influenciam as transformações sofridas pelo Estado de Direito enquanto tipo histórico de Estado.

Conservando, no essencial, a mesma ligação à ideia de justiça, à luta contra os privilégios e à dignidade da pessoa humana — que presidiu já ao seu acolhimento nos primórdios do Estado de Direito —, o princípio da igualdade, tal como é actualmente entendido na generalidade dos Estados democráticos, reúne, por um lado, as diferentes dimensões que foram sendo apuradas ao longo dessa evolução secular, mas, por outro, abre-se a novas e discutíveis utilizações que fazem dele um princípio sempre aberto, controverso e de compreensão não tão linear quanto uma evolução apurada ao longo de duzentos anos poderia fazer crer.

Por exemplo, quando hoje nos interrogamos sobre a legitimidade constitucional da chamada «política de quotas» é a própria natureza do princípio da igualdade que confrontamos. Assim, se já no Estado de Direito democrático e social, em nome do princípio da igualdade, se havia concluído pela proibição taxativa de quaisquer discriminações em função da raça ou do sexo (por vezes, como acontece entre nós, com consagração constitucional expressa dessa proibição), como compreender que, invocando razões de igualdade, se admitam, hoje, práticas discri-

minatórias entre pessoas, precisamente por facto da respectiva raça ou sexo?

Não se pode responder que outrora eram as discriminações *negativas* que se proibiam, enquanto hoje se trata, no caso, de discriminações positiva e, só essas, seriam agora constitucionalmente admitidas ou até impostas. É que, obviamente, se há alguém que é positivamente discriminado por causa da sua raça ou sexo, há outro alguém que reflexamente, por facto de ter outra raça ou sexo, pode estar a ser discriminado negativamente.

Significam estas interrogações que o princípio da igualdade não pode ser visto como algo de perfeitamente estabilizado e indiscutido e que a jurisprudência constitucional sobre o tema, por mais generalizada ou consensual que aparente ser, não deverá nunca deixar de ser criticamente avaliada e testada.

Com isso se alude, de resto, a um outro sub-tema da maior relevância para uma compreensão do princípio da igualdade, qual seja o da distinção entre as exigências constitucionais da igualdade e as possibilidades de controlo da actuação das entidades públicas nesse domínio. Porque uma coisa é reconhecer que todas as entidades públicas estão directamente vinculadas à observância dos comandos constitucionais de igualdade e outra coisa é determinar até onde pode o juiz, designadamente o juiz constitucional, ir no controlo dessa observância.

Historicamente, com o advento do Estado de Direito liberal, o princípio da igualdade significava, sobretudo, igualdade na aplicação da lei. O lema «todos são iguais perante a lei» traduzia uma reivindicação de igualdade que, no fundo, complementava ou, até, se identificava com a expressão mais simples do princípio da legalidade. Garantias que estavam, pelo menos na visão do optimismo liberal oitocentista, a justiça e a liberdade imanentes à lei emanada da vontade geral representada pelo Parlamento, tudo o que havia a assegurar era, em primeiro lugar, que os restantes órgãos do Estado, particularmente a Administração, se submetessem a tal lei (princípio da legalidade da administração) — não atentando contra os seus ditames e só actuando no seu quadro — e, para o que agora nos importa, que ela fosse aplicada a todos os seus destinatários por igual, *sem olhar a quem*, sem distinguir em função da posição social, de títulos ou de convicções. A lei é igual para todos, todos são iguais perante a lei.

## 1.2. Princípio da igualdade

Ao contrário do que por vezes se pensa, esta dimensão da igualdade não perdeu razão de ser. Se bem que os dados particulares das pessoas e da situação concreta a que a lei vai ser aplicada se imponham, hoje, com maior preemtoria e complexidade, tanto à Administração quanto ao juiz — e possam, nesse sentido, constituir fundamento de contestação da validade de uma lei que, em abstracto, pode até não ser constitucional —, a igualdade perante a lei continua a ser um mínimo que se impõe à observância de qualquer Estado de Direito enquanto exigência decorrente da igual dignidade de todos.

Aquilo que se alterou profundamente foi, sobretudo, a atitude para com o momento anterior, o de criação da lei. Se no Estado de Direito liberal as exigências de igualdade se satisfaziam, nesse plano, em primeiro lugar com a participação igual de todos os cidadãos (tanto quanto se pode falar em igualdade num *povo* constituído, apenas, pelos proprietários, os letreados, os homens ou os brancos) na formação da *vontade geral* e, depois, com as garantias de generalidade e abstracção — estas características essencialmente formais eram tidas como requisito suficiente da justiça da lei e da garantia da liberdade —, no Estado social o optimismo e confiança nesse tipo de garantias desvaneciu-se.

Mesmo quando a lei conferia os mesmos direitos e deveres a todos (o que nem sempre acontecia seja devido à concepção *particular* de cidadão, seja porque se discriminava em função de categorias de pessoas — os negros, as mulheres, os que professavam certa religião), a generalidade da lei não raras vezes encobria ou era ela própria fonte das maiores injustiças, já que, impedindo-se de proceder a diferenciações materiais, tratando da mesma forma aquilo que, à partida, era substancialmente diferente, a lei geral e abstracta legitimava, mantinha e aprofundava as situações de injustiça e desigualdade, deixando os mais fracos à inteira mercê da *mão invisível*, dos desígnios da (pouca) sorte e dos abusos dos poderosos.

Foi assim que, à medida que se foi tomando consciência das falsas expectativas sobre a justiça imanente da lei geral e se foram reconhecendo os abusos cometidos pelo próprio legislador democrático, as preocupações e anseios de igualdade — que até então se concentravam nos perigos provindos de uma aplicação inigualitária da lei — foram-se transferindo para o próprio plano da criação da lei e do seu conteúdo.

O legislador democrático do Estado social sente-se já não apenas autorizado, mas também obrigado, a atender às diferenças reais entre as pessoas, a preocupar-se não tanto com a forma, mas com os resultados, a não se satisfazer com a norma geral e abstracta que, tratando da mesma forma o milionário e o mendigo, encobria e criava desigualdade e injustiça. A igualdade do Estado social não é mais tratar tudo e todos da mesma forma, mas passa a ser entendida, num lema sempre repetido, como igualdade material traduzida na exigência de *tratamento igual daquilo que é igual e tratamento desigual daquilo que é desigual*. Fica claro que a generalidade nem é condição suficiente nem necessária da igualdade. Uma lei geral pode ser tão profundamente inigualitária — desde que trate indiferenciadamente situações e pessoas cuja extrema desigualdade fáctica exigiria as correspondentes diferenciações de tratamento — quanto uma lei individual e concreta pode ser uma verdadeira exigência da igualdade, desde que a situação e a pessoa em causa sejam tão particulares e especiais que exijam um tratamento correspondentemente individualizado.

Simultaneamente, o Estado actual adquire uma consciência aguda da importância da igual participação democrática na produção de resultados de igualdade. As preocupações com a representatividade das assembleias parlamentares, com a inclusão e protecção das minorias, a igualdade de oportunidades na competição eleitoral interpartidária, a igualdade do sufrágio e a generalização dos direitos políticos são, hoje, uma dimensão basilar da igualdade em Estado democrático.

Por último, as exigências de igualdade no Estado social não se limitam à igualdade jurídica, na lei e na sua aplicação, mas projectam-se igualmente enquanto igualdade fáctica, no plano da igualdade de oportunidades e da disponibilização das condições materiais que, pelo menos, atenuem as desigualdades de partida.

Assim sendo, em nome da justiça distributiva e da igualdade material, o legislador do Estado social pode, ou, até, deve, compensar as situações de desigualdade fáctica e repor ou criar as condições de uma verdadeira igualdade. E pode fazê-lo mesmo que, para tanto, seja necessário introduzir factores dinâmicos de compensação ou equalização que, no imediato, se traduzem em tratamentos privilegiados — e não apenas diferenciados — em favor dos que, por força de discriminações sistematicamente sofridas ao longo dos tempos e dos pre-

## 1.2. Princípio da igualdade

conceitos e inércia sociais, são vítimas, à partida, de desvantagens fácticas tão profundamente enraizadas que não lhes permitem a obtenção de resultados iguais apenas através da garantia de igualdade de oportunidades.

Pode dizer-se que a nossa Constituição acolhe expressa e eloquentemente todas estas dimensões da igualdade e procura, tanto quanto possível, determinar normativamente a solução dos problemas de igualdade inevitavelmente suscitados por facto da complexidade que o princípio adquiriu no Estado social. A Constituição não apenas consagra genericamente o princípio e o associa materialmente à dignidade da pessoa humana (artigo 13.º, n.º 1) como proíbe expressa e especificamente modalidades mais comuns, relevantes ou consensualmente rejeitadas de discriminação (artigo 13.º, n.º 2). Por outro lado, o princípio impregna largamente a regulação do exercício dos direitos políticos e sindicais e encontra uma refracção específica em particulares autorizações ou comandos de diferenciação material em favor de categorias particulares, como as mulheres, os trabalhadores, os menores e os jovens, os idosos, as mulheres grávidas, os afectados por deficiência ou os emigrantes e imigrantes [vejam-se, entre muitos, os artigos 10.º, 49.º, 54.º, n.º 4, 55.º, n.º 6, 113.º, n.º 3, alínea b), 114.º, n.os 1 e 2, 109.º, 58.º, n.º 2, alínea b), 59.º, n.º 1, alínea a), 59.º, n.º 2, alínea c), 64.º, n.º 2, alínea b), 68.º, n.º 3, 69.º, 70.º, 71.º, 73.º, n.º 2, 74.º, n.º 2, alíneas g), h), i) e j)].

Noutro local, o artigo 18.º, n.º 3, a Constituição contém ainda uma outra proibição que, no domínio sensível dos direitos fundamentais, de algum modo pode ajudar a delimitar o campo das diferenciações ilegítimas. Diz-se, aí, que «as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto», imposição essa que, sem prejuízo de outros objectivos, tem na sua origem claras preocupações de igualdade.

De facto, quando se restringem direitos, liberdades e garantias só de destinatários determinados (ou determináveis à partida) e só em casos determinados (ou determináveis à partida), as primeiras e imediatas dúvidas quanto à legitimidade constitucional de tais restrições remetem, inevitavelmente, para considerações sobre a igualdade. Não se pode afirmar uma identificação entre a exigência de observância do princípio da igualdade nas restrições aos direitos fundamentais e a exigência de

generalidade e abstracção das leis restritivas imposta pelo artigo 18.º, n.º 3. É que nem o princípio da igualdade esgota os fins que se procuram garantir com a proibição do artigo 18.º, n.º 3 — já que, na racionalidade que justifica a generalidade da lei restritiva, às exigências de igualdade acrescem, ainda, razões de Estado de Direito e de separação de poderes — nem, em contrapartida, como se viu, as vantagens asseguradas pela generalidade e abstracção da lei satisfazem integralmente os requisitos de uma igualdade materialmente concebida. Há, porém, que reconhecer que numa intenção restritiva exclusivamente dirigida a uma pessoa ou situação concreta vem sempre, no mínimo, abrigado o perigo de uma desigualdade de tratamento.

A solução restritiva individual ou concreta pode, eventualmente, não ser arbitrária, pode até justificar-se ou ser exigida por razões de igualdade, mas, por força da rigidez formal da proibição do artigo 18.º, n.º 3, o carácter não geral e/ou não abstracto da restrição é, pelo menos aparentemente, razão suficiente da sua inviabilização constitucional: essas leis são, à partida, constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando se possam fundar em razões ponderosas, incluindo as de busca ou garantia de uma igualdade material.

Nessa altura, a proibição do artigo 18.º, n.º 3, parece introduzir um momento de rigidez e inflexibilidade numa área em que, a partir do momento em que se admite a possibilidade de diferenciações assentes na busca de uma igualdade real, se pode resvalar para um terreno movediço em que, salvo os casos extremos expressamente resolvidos — seja pela proibição seja pela autorização constitucionais —, se reconhece ao legislador uma ampla margem para diferenciar.

Porém, tal como as proibições expressas do artigo 13.º, n.º 2, e as autorizações constitucionais de diferenciação não resolvem ou esgotam todo o problema da igualdade, também no domínio dos direitos fundamentais há factores de natureza diferenciada que relativizam a aparente rigidez da proibição contida no primeiro segmento do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição. Esses factores respeitam, de um lado, à necessidade de resolver adequadamente as frequentes e referidas eventuais tensões entre generalidade e igualdade; de outro, à dificuldade em distinguir, para fins de justificação constitucional, entre intervenções restritivas com o mesmo teor só por facto de serem actuadas por lei ou por acto da administração ou do poder judicial; por último, e como eventual fuga às

## *1.2. Princípio da igualdade*

dificuldades anteriores, a facilidade com que o legislador pode *camuflar* a natureza individual e/ou concreta das intervenções restritivas que pretende levar a cabo.

Como se viu, pode acontecer que, por razões de justiça material ou, se se quiser, por exigências de igualdade axiologicamente concebida em termos materiais, as particularidades de uma dada situação concreta mereçam um tratamento diferenciado e individualizado, eventualmente incluindo medidas que afectam desvantajosamente direitos, liberdades e garantias de um destinatário ou de destinatários determinados ou determináveis. Nessa altura, a proibição do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição, se entendida em termos estritos, definitivos e absolutos, impede a satisfação, por parte do legislador, de exigências de justiça e de igualdade que, de resto, haviam estado, como vimos, na génese daquela proibição. Noutras ocasiões, é a própria natureza das coisas que produz situações individuais e concretas, eventualmente isoladas, irrepetíveis ou não generalizáveis e que, todavia, carecem de uma regulamentação pelo Direito ou de uma decisão juridicamente sustentada. Por exemplo, uma expropriação para que se exija, segundo a lei geral em vigor, a forma de acto legislativo, configura-se, necessariamente, como lei individual e concreta que afecta desvantajosamente direitos fundamentais de um particular.

Por último, a acrescer a estas dificuldades, mas não menos considerável, a importância da imposição contida no artigo 18.º, n.º 3, mesmo quando entendida em termos de proibição estrita e definitiva, acaba por ser objectivamente relativizada quando se atenda à extrema facilidade com que o legislador pode camuflar de gerais e/ou abstractos comandos que, na realidade, são individuais e/ou concretos. De facto, de há muito que a doutrina intuiu a fragilidade das definições de individualidade/generalidade e concretação/abstracção da lei quando se procurem apurar critérios rígidos de distinção com a virtualidade de conferir sentido prático vinculativo à imposição do artigo 18.º, n.º 3, da Constituição.

O legislador pode sempre *escapar* à proibição de emitir leis restritivas individuais e/ou concretas através de uma redacção dissimulada do respectivo enunciado normativo e remetendo, assim, formalmente para a Administração ou o poder judicial a decisão do caso concreto que, na realidade, ele próprio já tomou. Nessas situações, o órgão de fis-

calização acaba por se ver obrigado a prescindir do parâmetro de controlo do primeiro segmento do n.º 3 do artigo 18.º e a determinar-se essencialmente com base na compatibilidade entre as normas em apreço e o princípio da igualdade ou o princípio de Estado de Direito.

Por outro lado, um entendimento definitivo e absoluto da proibição de leis restritivas individuais e/ou concretas induz, na prática, uma nova situação de tensão entre essa proibição e um outro princípio constitucional, qual seja, no caso, o princípio da indispensabilidade (*cfr. infra*). Com efeito, na medida em que se vê *impelido* a evitar a proibição de lei restritiva individual através do alargamento formal da sua inicial intenção restritiva individual a outros destinatários, o legislador vê-se *obrigado* a construir a restrição em termos desnecessários, atentando, assim, contra o princípio basilar da proibição do excesso.

No fundo, em circunstâncias em que os princípios da justiça material, da igualdade e da indispensabilidade justificariam, eventualmente, uma restrição aplicada só a situações concreta ou individualmente determináveis, uma concepção literal do sentido da proibição do artigo 18.º, n.º 3, estimula *escapatórias* de dissimulação por parte do legislador (o Tribunal acaba a *premiar* o legislador capcioso e a condenar aquele que revela aberta e transparentemente as suas intenções) ou de aparente resolução do problema num plano meramente conceptual (o Tribunal nega a natureza jusfundamental da liberdade individual afectada, foge ao reconhecimento da natureza restritiva da lei em causa), para além de introduzir factores de irracionalidade que afastam aquela proibição do seu sentido originário.

Assim, nos casos verdadeiramente difíceis em que uma intervenção restritiva, individual e/ou concreta, justificada por razões ponderosas e excepcionais, seja feita por lei e independentemente da forma sob que essa intenção restritiva individualizada se dissimula, ela deve ser sujeita, como todas as leis deste tipo e enquanto categoria *suspeita*, a um controlo agravado e especialmente atento às questões de igualdade, de discriminação e de arbitrio. Mas, em última análise, a apreciação da eventual inconstitucionalidade por violação da proibição constante do artigo 18.º, n.º 3, não deve fazer-se de forma mecânica e sem adequada ponderação dos interesses opostos que reclamam aplicação no caso concreto, tendo, designadamente, em conta se são actuais os perigos de potencial tratamento desigual e de arbitrariedade que a utilização de

## *1.2. Princípio da igualdade*

uma tal forma encerra ou se, ao invés, são mesmo razões de igualdade, de indispensabilidade e de justiça material que exigem uma intervenção restritiva com aquele âmbito limitado.

De qualquer forma, independentemente das fórmulas particulares da consagração constitucional do princípio, as dificuldades suscitadas pelo princípio da igualdade, que estão longe de ficar resolvidas ou inteiramente apaziguadas através das normas constitucionais expressas, são comuns a qualquer Estado de Direito dos nossos dias. Reconhecida a admissibilidade ou até a necessidade de proceder a diferenciações em nome da garantia, preservação ou promoção da igualdade, tudo reside em duas questões capitais: quais os critérios admissíveis da diferenciação e qual a densidade do controlo a que as diferenciações feitas em seu nome podem ser sujeitas por parte do juiz que garante a observância do princípio constitucional da igualdade.

Ora, quanto à primeira questão, a fórmula *o igual igualmente, o desigual desigualmente* não dá qualquer resposta. De resto, será ilusória a pretensão de encontrar uma resposta mecânica ou critérios objectivos indiscutíveis que nos permitam resolver os *casos difíceis* de igualdade. Por um lado, determinar o que é *igual* ou *desigual* exige o recurso a selecção de características e escolha de termos de comparação não inter-subjectivamente reconhecíveis de forma indiscutível e comprovável; por outro lado, determinar qual a justa medida da diferenciação ou da equiparação entre o que é, respectivamente, desigual ou igual envolve valorações e avaliações essencialmente pessoais que nunca podem pretender uma adesão universal.

A redução do subjectivismo e intuicionismo inerentes a estas escolhas e valorações pode, desde logo, procurar-se através do recurso a outros princípios e valores constitucionais, incluindo um esforço hermenêutico na determinação do sentido constitucional do princípio da igualdade.

Como diz DWORKIN, a cláusula da igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito, ou seja, o princípio da igualdade não lhe garante o mesmo tratamento, mas antes um tratamento como igual.

Esta garantia resulta, em última análise, da incindível ligação que, em Estado de Direito, existe entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana. Como se diz no artigo 13.º, n.º 1, da Constituição, «todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei». É porque todos têm igual dignidade que devem ser tratados como iguais. Assim, e em primeiro lugar, só são admissíveis as diferenciações fundamentadas em critérios que não ponham em causa a igual consideração e respeito devidos a todas as pessoas.

Historicamente repetiram-se e ainda se reproduzem na actualidade situações em que as diferenciações se fundamentam em factores claramente atentatórios da igual dignidade e reconhecimento devidos a todas as pessoas pelo facto de o serem. São conhecidas as mais comuns discriminações em razão do sexo, da raça, da religião professaada, da ideologia ou filiação partidária, da língua ou do território de origem, da orientação sexual, da doença, da pertença a minorias impopulares, da simples diferença no modo de vida ou da aparência exterior. Todas elas, sempre que se baseiem exclusivamente em atributos sobre os quais as pessoas não têm qualquer possibilidade de controlo ou em opções individuais sobre planos de vida e orientações que as pessoas são livres de formar, atentam contra a igual dignidade das pessoas e, enquanto tal, são ilegítimas à luz da Constituição de Estado de Direito.

É precisamente porque há, hoje, um precipitado imediatamente reconhecível das discriminações mais frequentes e de resultados mais desastrosos que os textos constitucionais podem proibir expressamente algumas delas. É o caso do artigo 13.º, n.º 2, da nossa Constituição, onde se diz que «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual».

Em contrapartida, e porque de outro modo as diferenciações seriam inconstitucionais por força deste artigo 13.º, n.º 2, há as situações já referidas em que a Constituição autoriza ou impõe as diferenciações ou tratamentos privilegiados relativamente a algumas categorias.

De qualquer das formas, e mesmo não considerando as situações complexas já aludidas em que a Constituição prosbe qualquer diferen-

ciação (por exemplo, em razão do sexo — artigo 13.º, n.º 2), mas, por outro lado, impõe a obrigação de o Estado promover a igualdade (entre os sexos — artigo 109.º), o que não é facticamente realizável sem que, de alguma forma, se introduzam privilégios, benefícios ou prejuízos em razão do factor aparentemente postergado, as proibições e autorizações constitucionais expressas não resolvem integralmente o problema. E não o fazem porque qualquer enumeração com esta natureza não pode ser considerada taxativa, pelo que resta saber que outras discriminações devem igualmente, por razões análogas, ser também vedadas ou, em contrapartida, autorizadas.

Estas dificuldades impeliram a doutrina e a jurisprudência a deslocar o problema da igualdade para o plano do controlo. Não sendo possível determinar objectivamente os critérios das diferenciações admisíveis, tudo residiria em saber até onde poderiam as decisões do legislador democrático neste domínio ser sindicáveis pelo juiz constitucional.

Uma concepção constitucional de igualdade material conduz inevitavelmente a um padrão de controlo da sua observância em que o julgador é invariavelmente remetido para juízos de valoração que incidem sobre os fundamentos ou os critérios que pretendem justificar, em caso de desigualdade de tratamento, a distinção ou discriminação levada a cabo pelo legislador e, em caso de igualdade, a equiparação ou indiferenciação produzida. Ora, desse ponto de vista, tendo sobretudo em conta o amplo espaço de conformação que deve ser reconhecido ao legislador democrático, a resposta mais comum vai no sentido de uma auto contenção judicial que, todavia, conhece várias graduações.

Para uma visão minimalista do papel do juiz neste domínio, ele só deveria poder invalidar as diferenciações arbitrárias, aquelas para as quais o legislador não pode apresentar qualquer fundamentação ou, pelo menos, qualquer fundamentação compatível com os critérios constitucionais e onde não haja um mínimo de coerência entre os objectivos prosseguidos e os resultados previsíveis ou verificados. Neste sentido, o princípio da igualdade identifica-se com o princípio da proibição do arbítrio. Não que em teoria essa identificação seja sustentada, mas, porque o controlo se limita à possibilidade de invalidação das diferenciações arbitrárias, então, em termos práticos, o alcance jurídico do prin-

cípio constitucional da igualdade não irá além da proscrição do arbítrio. O legislador estará, é certo, a cumprir os ditames da igualdade com um alcance muito mais amplo, mas, na medida em que só as suas decisões arbitrárias são juridicamente controláveis, tudo o mais paira no nível da mera vinculação política.

Tendo em conta o que está em jogo na igualdade enquanto direito a ser tratado como igual, esta identificação prática do princípio da igualdade com a proibição do arbítrio surge como marcadamente insuficiente. Aquilo que era uma exigência racional derivada do princípio da dignidade da pessoa humana — o igual não deve ser tratado desigualmente — transforma-se redutoramente em apelo virtuoso: o igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual. Algumas modulações desta fórmula (o *essencialmente* igual não deve ser tratado desigualmente; o *essencialmente* igual não deve ser *arbitrariamente* tratado como desigual ou como *essencialmente* desigual) procuram introduzir uma maior densidade no controlo, mas, atendendo à extrema indeterminação destes limites, o legislador continua a dispor da mais ampla margem de conformação.

É que por detrás de cada diferenciação há sempre uma miríade de argumentos que podem ser alegados em sua defesa. O princípio da igualdade, com a sua quase mística associação à ideia de justiça, acaba substancialmente esvaziado de consequências jurídicas ou reduzido à sua mínima expressão de necessidade de fundamentação das diferenciações operadas pelo legislador; só em casos extremos a diferenciação é puramente arbitrária e normalmente, nessas alturas, ela também poderia ser invalidada com recurso a outros princípios.

Ora, sobretudo quando as diferenciações se produzem no domínio dos direitos fundamentais, a atribuição de um poder de conformação tão amplo à lei ordinária diferenciadora configura uma perigosa situação de *restituição* das liberdades à disponibilidade do legislador democrático, frustrando substancialmente a vocação dos direitos fundamentais como *trunfos contra a maioria*.

Aquele minimalismo ou autocontenção judicial extrema que resulta da identificação prática entre princípio da igualdade e proibição do arbítrio encontra, então, uma primeira correção: há tipos de diferenciação tão repetidamente identificados com discriminações repudiáveis à luz dos princípios do Estado de Direito que se presumem, à partida, como

arbitrários ou injustificados. É o caso típico das diferenciações em função do sexo ou da raça.

Se o legislador só puder alegar razões fundadas exclusivamente nesses factores *suspeitos*, a diferenciação é tida como constitucionalmente ilegítima; se, diferentemente, o legislador puder demonstrar que, apesar da associação à categoria *suspeita*, a diferenciação é essencialmente determinada por outras razões justificadas ou por necessidades de compensação ou promoção de uma igualdade real no próprio domínio dessa categoria, então aquela presunção é ilidida.

Em qualquer caso a *suspeita* deve ser rigorosamente tomada como tal, isto é, como mera presunção. Se se confundisse presunção de inconstitucionalidade com inconstitucionalidade, então seriam erroneamente consideradas inválidas quaisquer diferenciações produzidas nestes domínios, mesmo quando constituíssem um meio efectivo, necessário e adequado a produzir uma igualdade real entre grupos onde imperava uma anterior situação discriminatória. Quando muito, só seriam consideradas admissíveis as diferenciações verificadas em domínios *suspeitos*, mas onde houvesse um apoio constitucional expresso que as viabilizasse, o que seria confiar demasiado na capacidade de previsão do legislador constituinte. Em última análise, só uma análise caso-a-caso, da responsabilidade do juiz, pode apurar quando a diferenciação é puramente motivada pelo preconceito, a hostilidade ou a intenção discriminatória em desfavor do grupo ou categoria mais desfavorecidos.

Há, ainda, todo um campo de incerteza quanto à delimitação das categorias ou factores tidos como *suspeitos* que deverá ser progressivamente reduzida através de uma enumeração deduzida do texto constitucional ou apurada através da actividade jurisprudencial. Certo é que, quando se defende a teoria da proibição do arbítrio como eixo central de resolução das questões de igualdade, toda a legislação que não entre no domínio da suspeição só pode ser invalidada quando se comprovar a sua arbitrariedade.

De qualquer forma, a aludida correção introduzida pela excepção das *categorias suspeitas*, trabalhada originariamente pela jurisprudência norte-americana, pode desenvolver potencialidades de controlo efectivo quando entendida de forma constitucionalmente adequada, ou seja, quando se proceda à sua devida associação ao princípio da dignidade da

pessoa humana que, em última análise, fundamenta a exigência do tratamento como igual.

Nesse sentido, os factores *suspeitos* relativamente aos quais se deve partir de uma presunção de arbitrariedade não devem limitar-se a uma categoria fechada resultante de uma qualquer enumeração constitucional, de um particular precipitado cultural ou jurisprudencial, mas a *suspeição* deve poder ser activada, para além das discriminações tradicionalmente tidas como injustificadas (e de que o nosso artigo 13.º, n.º 2, dá conta), sempre que: a diferenciação resultar em afectação séria de direitos fundamentais; a diferença de tratamento for dirigida ao reforço das posições, correntes ou concepções maioritárias, distorcendo, em favor dos que já dispõem de condições objectivas à partida mais favoráveis, as regras de uma competição livre entre ideias, grupos ou posições em concorrência (na democracia representativa dos nossos dias uma diferenciação é, em princípio, suspeita sempre que for eleitoralmente compensadora por força do apelo aos interesses e sentimentos mais imediatos da maioria com peso eleitoral); ou, como diz DWORKIN, sempre que a diferença negativa de tratamento resulta da especial vulnerabilidade de um grupo a preconceitos, hostilidade ou estereótipos e se projecta na consequente diminuição do seu *status* na comunidade política.

Por outro lado, mesmo quando a diferenciação não caia dentro de categoria *suspeita*, ainda assim o controlo deve ir mais além do que um mero controlo do árbitrio, mormente quando se lida com restrições à liberdade. Ou seja, qualquer afectação por força de tratamento desigual não se deve bastar com a simples exclusão do árbitrio, mas deve, pelo menos, ser sujeita a um tipo de controlo tão rigoroso quanto o aplicável às restrições aos direitos fundamentais.

Assim, mesmo que não se adira à concepção que deduz do princípio da igualdade um direito fundamental à igualdade (controvérsia que, por enquanto, entre nós, só tem algum sentido útil quando, na prática, se identifique redutoramente o princípio da igualdade com o princípio da proibição do árbitrio — e só então a dedução de um verdadeiro direito fundamental à igualdade produziria consequências não proporcionadas também pelo princípio da igualdade), a fundamentação exigida a qualquer diferenciação tem, no mínimo, de passar o teste da proibição do excesso (com os seus diferentes elementos — cfr. *infra*), o que remete

## **1.2. Princípio da igualdade**

o julgador, em grande medida, para decisões fundadas em ponderação de interesses em confronto no caso concreto.

No fundo, é este o sentido que é atribuído ao princípio da igualdade pela mais recente jurisprudência constitucional norte-americana e europeia que sujeita o controlo da igualdade a diferentes níveis de densidade consoante os interesses em jogo, a existência de categorias *suspeitas*, a gravidade da diferenciação ou o grau e intensidade de afectação de direitos fundamentais.

Foi assim que, segundo alguns Autores, a jurisprudência norte-americana evoluiu ou para uma *escala móvel (sliding scale)* da densidade do controlo baseada fundamentalmente em ponderação de interesses, ou, segundo outros, para a aplicação ao controlo de igualdade de um teste complexo de três escalões de controlo (*three-tier*), onde, consoante a menor ou maior gravidade da diferenciação e o domínio (*não suspeito, quase-suspeito* ou *suspeito*) sobre que incide, assim se exige, respectivamente, que ela seja sustentada por uma fundamentação meramente razoável ou racional, um interesse importante e uma relação de substancialidade entre os fins prosseguidos e os meios utilizados, ou um interesse compulsivo.

### **1.2.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da igualdade**

A jurisprudência do Tribunal Constitucional português sobre a igualdade só pode ser devidamente apreciada se se tiver em conta a seguinte reserva inicial: uma coisa é o que o Tribunal diz, uma outra é aquilo que ele faz.

Ou seja, em teoria o Tribunal Constitucional adere basicamente à identificação do controlo jurisdicional da igualdade com controlo da proibição do árbitrio nos moldes *corrigidos* a que atrás fizemos referência. Isso significaria, na prática, que o Tribunal só poderia invalidar, por razões de igualdade, as diferenciações arbitrárias (aqueles que carecem de um fundamento racional, objectivo ou razoável) e as que se incluíssem nas categorias mencionadas no artigo 13.º, n.º 2. Porém, na prática, mesmo quando proclama a sua adesão àqueles princípios, o Tribunal Constitucional faz muito mais que isso.

No geral, e em nosso entender, as decisões do Tribunal Constitucional fundam-se e dependem dos juízos concretos de ponderação de interesses que ele leva a cabo. Quando o resultado dessa ponderação se conforma à teoria da proibição do arbítrio, o Tribunal proclama a adesão a essa teoria e decide em conformidade; todavia, quando os resultados da ponderação divergem do sentido redutor da teoria da proibição do arbítrio, o Tribunal Constitucional, sem que, no plano da fundamentação teórica, ponha em causa a adesão a essa teoria, decide em sentido divergente (normalmente com vários votos de vencido chamando a atenção para o facto).

O primeiro caso em que parece evidente esta *contradição* da nossa jurisprudência constitucional é, precisamente, a primeira vez em que a teoria do controlo da igualdade concebida como proibição do arbítrio surge, na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, defendida de forma globalmente estruturada, ainda que em voto de vencido (FIGUEIREDO DIAS). Referimo-nos ao Parecer n.º 2/81 da Comissão Constitucional (*in Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., págs. 123 e segs.), onde se considera inconstitucional a atribuição de preferência no acesso a cargos públicos a quem tenha cumprido serviço militar. Já para FIGUEIREDO DIAS, vencido, não sendo a diferenciação arbitrária — obviamente o Estado fundar-se-ia, no mínimo, no interesse em promover o cumprimento do serviço militar enquanto valor constitucional inequívoco —, e não estando proscrita directamente por qualquer direito especial de igualdade ou por qualquer dos factores suspeitos do artigo 13.º, n.º 2, a Comissão não poderia, à luz daquela teoria, tê-la invalidado.

Quanto a nós, este caso é exemplar no que se refere aos limites da teoria da proibição do arbítrio. FIGUEIREDO DIAS tem razão quando salienta a não arbitrariedade da preferência e a consequência normal de não inconstitucionalidade que o caso deveria ter tido desde que se seguissem os ditames daquela teoria. Porém, é a maioria da Comissão Constitucional que, embora através de um juízo de ponderação e avaliação global dos interesses em confronto — que não com base na proibição do arbítrio — toma a decisão correcta à luz dos valores constitucionais: um interesse de promoção do cumprimento do serviço militar, de eficácia mínima ou duvidosa, não deveria prevalecer, no domínio sensível dos direitos fundamentais, sobre o interesse na não dis-

## 1.2. Princípio da igualdade

criminação, na altura, das mulheres, dos objectores de consciência e de todos quantos, por qualquer razão legítima, não tivessem cumprido o serviço militar.

De qualquer forma, a teoria da proibição do arbítrio é posteriormente, já na jurisprudência do Tribunal Constitucional, retomada expressamente (veja-se, por todos, além do Acórdão n.º 232/03 a seguir transscrito, o Acórdão n.º 186/90, relatado por ALVES CORREIA, 16.º vol., págs. 383 e segs., sobre o regime especial dos capitães provenientes da Academia Militar) ou implicitamente em inúmeras decisões de não inconstitucionalidade. Vejam-se, assim, os Acórdãos n.º 44/84 (3.º vol., págs. 133 e segs.), sobre a preferência na colocação dos médicos de clínica geral no local de residência; n.º 126/84 (4.º vol., págs. 393 e segs.), sobre a protecção procedural especial conferida aos dirigentes sindicais; n.º 76/85 (5.º vol., págs. 207 e segs.), sobre a reserva da propriedade das farmácias aos licenciados em farmácia; n.º 142/85 (6.º vol., págs. 81 e segs.), sobre regime especial de colocação na disponibilidade na carreira diplomática; n.º 423/87 (10.º vol., págs. 77 e segs.), a propósito da exigência de declaração expressa a quem pretendesse ser dispensado das aulas de religião e moral católicas.

Encontramos, por sua vez, decisões de inconstitucionalidade fundadas na proibição do arbítrio, por exemplo, nos Acórdãos n.º 68/85 (5.º vol., págs. 525 e segs.), sobre regime de recurso especial aplicável só às associações sindicais, n.º 71/87 (9.º vol., págs. 567 e segs.), sobre diferenciação do regime de recursos para o Pleno do Supremo Tribunal Administrativo em função da respectiva data de inscrição para julgamento, n.º 12/88 (11.º vol., págs. 135 e segs.), sobre imposição de actualização automática das pensões por acidente de trabalho, mas só a partir de certa data fixada sem qualquer critério material.

Já noutras ocasiões em que a opção diferenciadora do legislador não é arbitrária, mas o Tribunal Constitucional se orienta para decisões de inconstitucionalidade porque, não obstante, há razões ponderosas que apontam nesse sentido, a teoria da proibição do arbítrio, apesar de relembrada, a propósito, pelos juízes vencidos, é esquecida pela maioria que faz vencimento.

Assim, no Acórdão n.º 143/85 (6.º vol., págs. 153 e segs.), a propósito da norma do Estatuto da Ordem dos Advogados que considerava a situação de funcionário público incompatível com o exercício da advoga-

cacia, com exceção dos funcionários públicos que fossem docentes de Direito, o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional o segmento normativo implícito que discriminava os docentes de outras disciplinas relativamente aos de Direito e os docentes do sector público relativamente aos do sector privado. Não se vê, porém, não obstante a concordância com o resultado, como pode o tratamento especial de docentes de Direito relativamente ao exercício de advocacia ser considerado arbitrário. O mesmo se diga relativamente ao Acórdão n.º 336/86 (8.º vol., págs. 263 e segs.), onde se considera violadora do princípio da igualdade a previsão de se ser solteiro e sem encargos de família como condição para o alistamento na Armada.

Ao invés, o Tribunal não invalida, uma vez que a disposição teria o fundamento racional de salvaguarda da qualidade do ensino público, a norma que proíbe a acumulação da docência universitária pública com a docência privada por mais de 12 horas, enquanto, de forma, em nosso entender, claramente arbitrária, permite sem quaisquer limites a acumulação da docência universitária pública, por exemplo, com o exercício da advocacia. Tal significa, porém, sem censura do Tribunal Constitucional, que um docente de Direito numa universidade pública pode dedicar mais de 90% do seu tempo ao exercício da advocacia e afectar o tempo residual ao ensino, mas fica impedido de leccionar as mesmas disciplinas a que se dedica na universidade pública numa outra escola desde que ultrapasse um número reduzido de horas. Curiosamente, esta posição é sustentada no Acórdão n.º 367/99, relatado por M. HELENA BRITO (44.º vol., págs. 265 e segs.), onde, excepcionalmente, o Tribunal se louva essencialmente numa perspectiva (ALEXY) do controlo da igualdade à luz da ponderação de valores que o deveria obrigar à consideração de todos aqueles factores e não apenas ao critério da existência de fundamento racional.

Quanto aos factores de discriminação expressamente previstos no artigo 13.º, n.º 2, o Tribunal Constitucional acolhe o seu sentido nos termos globalmente formulados atrás. Vejam-se, assim, os Acórdãos n.º 191/88 (12.º vol., págs. 239 e segs.), sobre diferenciações entre viúvos e viúvas, no regime de pensões por acidentes de trabalho, e n.º 231/94 (27.º vol., págs. 205 e segs.), no regime de pensões de sobrevivência, e, em domínio assim, mas já num sentido em que implicitamente se admitem algumas distinções em função do sexo desde que

## *1.2. Princípio da igualdade*

racionalmente justificadas, o Acórdão n.º 609/94 (29.º vol., págs. 173 e segs.).

Porém, também aqui, no domínio das categorias *suspeitas*, a prática do Tribunal Constitucional não é isenta de ambiguidades. Se bem que, em teoria o Tribunal parta da afirmação da presunção de invalidade das diferenciações feitas nesses domínios, nem sempre, e mais uma vez quando os juízos de ponderação o orientam noutro sentido, mesmo quando não há razões de peso suficiente para infirmar o princípio, o Tribunal Constitucional segue estritamente essa orientação.

Assim, o Tribunal considera violadora da proibição do artigo 13.º, n.º 2, a preferência no alistamento na Armada atribuída aos órfãos de militares da Armada (Acórdão n.º 336/86, citado) — preferência em razão da ascendência —, mas não já a exigência de declaração expressa a quem pretendesse ser dispensado das aulas de religião e moral católicas (Acórdão n.º 423/87, citado) — discriminação em função da religião. Enquanto que a Comissão Constitucional considerara inconstitucional a norma do Regulamento Geral do Serviço da GNR que previa uma vigilância especial sobre os ciganos (Parecer n.º 14/80, *in Pareceres*, 12.º vol., págs. 163 e segs.), o Tribunal Constitucional já não vê inconstitucionalidade na mesma norma quando ela passa a *designar*, na epígrafe, os ciganos por nómadas e prevê a «especial vigilância sobre grupos e caravanas de pessoas que habitualmente se deslocam de terra em terra fazendo comércio, participando em feiras ou desenvolvendo quaisquer outras actividades próprias da vida itinerante» (Acórdão n.º 452/89, 13.º vol., I, págs. 543 e segs.).

De resto, esta última decisão também nos parece substancialmente contraditada na posição sustentada no mais recente Acórdão n.º 232/03, a seguir transcrito e onde se contém a melhor síntese oficial do sentido da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a igualdade, com inúmeras referências doutrinárias e jurisprudenciais e para que remetemos. Com efeito, neste aresto se diz expressamente que, para além das diferenciações arbitrárias, o princípio da igualdade também veda «as chamadas ‘discriminações indirectas’, em que, e sempre sem que tal se revele justificável de um ponto de vista objectivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, afecte negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo de destinatários a que vai dirigida».

**1.2.2. Acórdão n.º 232/03 do Tribunal Constitucional sobre preferências regionais nos concursos para docentes**

**ACÓRDÃO N.º 232/03**

Proc. n.º 306/03

Plenário

Relator: Conselheiro Rui Moura Ramos

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

**I — Relatório**

1. O Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores veio, nos termos do artigo 278.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa e dos artigos 57.º e seguintes da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade da norma constante do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo artigo 1.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional dos Açores n.º 26/2003, bem como da norma constante do artigo 2.º desse Decreto, na medida em que estabelece uma redacção provisória para o n.º 4 do artigo 23.º daquele Regulamento, aplicável ao concurso do pessoal docente para o ano lectivo de 2003/2004.

O Decreto da Assembleia Legislativa Regional dos Açores n.º 26/2003 foi aprovado no dia 10 de Abril de 2003 e submetido para assinatura como decreto legislativo regional ao Ministro da República, nos termos do artigo 233.º, n.º 2, da Constituição, no dia 15 de Abril de 2003. O pedido de fiscalização preventiva da constitucionalidade deu entrada no Tribunal Constitucional no dia 23 de Abril de 2003.

O pedido fundamenta-se na circunstância de existirem dúvidas em torno da conformidade constitucional do regime regional da ordenação dos candidatos nos concursos do pessoal docente que, no final, o requerente sintetiza do seguinte modo:

«[...] têm-se desenvolvido, em torno da conformidade constitucional do regime regional de preferências na ordenação dos candidatos nos concursos do pessoal docente, duas linhas argumentativas fortes mas de sinal contrário, sublinhando uma que o critério da existência de uma ligação pré-

**1.2. Princípio da igualdade**

via e efectiva dos candidatos aos Açores e ao seu sistema educativo se não afigura arbitrário, estando constitucionalmente justificado pela necessidade de inserir a escola na comunidade; e salientando outra que aquele critério se mostra discriminatório e desproporcionado, não podendo sobrepor-se à graduação profissional e académica da generalidade dos candidatos. A validade dos argumentos esgrimidos pelos defensores de ambas as posições, assim como a impossibilidade de superar um problema jurídico com estas características e com este melindre no quadro institucional da Região Autónoma dos Açores, aconselham, pois, claramente, o recurso a uma intervenção do Tribunal Constitucional».

Para fundamentar este pedido, o Ministro da República para a Região Autónoma dos Açores afirmou designadamente o seguinte:

«[...]

**III**

Pode ler-se no n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento aprovado pelo artigo 1.º do Decreto n.º 26/2003, que “na ordenação dos candidatos a que se referem as alíneas c) do n.º 4 e c) do n.º 5 do presente artigo — isto é, na ordenação dos candidatos, respectivamente, nos quadros de escola e aos quadros de zona pedagógica, que possuam habilitação profissional e que “accitem ser providos por um período não inferior a três anos” — “ter-se-á ainda em conta a seguinte ordem de prioridades:

Tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência; ou tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham acedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores;

Candidatos detentores de habilitação profissional não incluídos na alínea anterior.”

[...]

Por sua vez, no n.º 4 do artigo 23.º do Regulamento em apreço, na redacção transitória que lhe foi conferida pelo artigo 2.º do Decreto n.º 26/2003,

pode ler-se que "podem concorrer a provimento por período não inferior a três anos, nos termos dos n.os 4 e 5 do artigo 25.º do presente regulamento, os candidatos que satisfaçam, pelo menos, uma das seguintes condições:

Tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência;

Tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

Tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

Tenham accedido ao ensino superior, para o curso que lhe confere habilitação profissional para a docência, integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores."

Os n.os 4 e 5 do artigo 25.º, também na sua redacção transitória, dada pelo artigo 2.º do Decreto n.º 26/2003, estabelecem que, na ordenação dos candidatos para os quadros de escola e de zona pedagógica, têm prioridade, respectivamente, quer entre os candidatos já providos em quadros de escola ou de zona pedagógica, mas que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade, quer simplesmente entre os docentes com habilitação profissional, aqueles que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos.

[...]

Por conseguinte, estamos em ambos os casos perante normas que estabelecem prioridades na ordenação dos candidatos aos quadros de escola e aos quadros de zona pedagógica, prioridades essas fundadas numa de quatro formas diferentes de ligação prévia entre os candidatos e o sistema educativo da Região Autónoma dos Açores. As diferenças existentes entre os dois conjuntos normativos manifestam-se, antes de mais, na técnica legislativa utilizada: no primeiro caso, a existência da referida ligação efectiva ao sistema educativo regional constitui, em si mesma, factor de prioridade; no segundo caso, a verificação daquela ligação efectiva prévia é condição para a aplicação do regime de provimento por período não inferior a três anos, accedendo-se, por esta via, a uma posição de prioridade na ordenação dos candidatos. Por outro lado, há também diferenças no âmbito de aplicação dos critérios de preferência, uma vez que, na norma transitória resultante do artigo 2.º do Decreto n.º 26/2003, tais critérios aplicam-se não apenas aos candidatos que simplesmente possuem habilitação profissional, como acontece na versão definitiva do Regulamento, mas também

## *1.2. Princípio da igualdade*

aos candidatos (com habilitação profissional) já providos em quadros de escola e quadros de zona pedagógica, desde que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade.

De qualquer forma, do ponto de vista da conformidade constitucional dos dois conjuntos normativos em apreciação, as diferenças registadas entre ambos não parecem ser relevantes, não se justificando por isso a sua análise autónoma.

## IV

As normas em questão não introduzem, contudo, soluções novas na ordem jurídica. Na verdade, elas reproduzem, com pequenas alterações, o sistema de preferências instituído pelo n.º 4 do artigo 43.º do anterior Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-escolar e Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

Acontece que estes dois diplomas regulamentares, que haviam sido emanados ao abrigo do artigo 24.º do Estatuto da Carreira Docente — Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, revisto pelo Decreto-Lei n.º 1/98, de 2 de Janeiro —, adaptado à Região Autónoma dos Açores pelo Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, foram declarados inconstitucionais com força obrigatória geral pelo citado Acórdão n.º 81/2003, com fundamento na sua inconstitucionalidade orgânica, por violação da reserva de competência da Assembleia Legislativa Regional decorrente da conjugação da segunda parte da alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º com o n.º 1 do artigo 232.º, ambos da Constituição. Tal inconstitucionalidade surge, aliás, na economia do dito Acórdão referido, como consequência directa da inconstitucionalidade do artigo 24.º do Estatuto da Carreira Docente, com a redacção que lhe foi dada pelo artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, que havia servido de lei habilitante para a emanção dos mencionados regulamentos do Governo Regional.

Com efeito, no entendimento susfragado pelo Tribunal Constitucional, "não é possível, através de um decreto legislativo regional, invocar a adaptação da legislação nacional para a transformar em legislação regional e permitir, consequentemente, a sua regulamentação por órgão incompetente para regulamentar a dita legislação nacional. Ora, nestes termos, na medida em que se admite que os órgãos regionais podiam regulamentar aquela lei geral emanada dos órgãos de soberania, tal regulamentação, contudo, não podia deixar de se efectuar em conformidade com o procedimento previsto na Constituição. Quer

isto dizer (...) que o artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, ao prever, no seu artigo 24.º, que a regulamentação seria efectuada por decreto regulamentar regional do Governo Regional, veio colidir com o preceituado no artigo 231.º, n.º 1, da Constituição da República [com referência ao artigo 227.º, n.º 1, alínea d), 2.ª parte], que reserva à assembleia legislativa regional a regulamentação das leis gerais emanadas dos órgãos de soberania que não reservam para estes o respectivo poder regulamentar".

## V

Nesta consonância, não parece haver agora razões para questionar, do ponto de vista formal e orgânico, a conformidade constitucional do Decreto da Assembleia Legislativa Regional n.º 26/2003, que aprova o novo Regulamento de Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-escolar e Ensinos Básico e Secundário.

Na verdade, o referido Decreto n.º 26/2003, que invoca como habilitação constitucional a alínea d) do n.º 1 do artigo 227.º, regulamenta de forma suficientemente densificada o disposto no artigo 24.º do Estatuto da Carreira Docente. Por sua vez, este Estatuto, que assume a posição da lei geral emanada dos órgãos de soberania regulamentada por diploma regional, não reserva para o Governo da República a respectiva regulamentação. Pelo contrário, o artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprovou a primeira versão do dito Estatuto da Carreira Docente, estabeleceu que "a aplicação do presente diploma, bem como a do Estatuto por ele aprovado, às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira não prejudica as competências dos respectivos órgãos de governo próprio".

De igual modo, aceitando-se que o interesse específico constitui não apenas um parâmetro da competência legislativa regional, mas também da competência regulamentar dos órgãos de governo autonómicos, não se vislumbram motivos sérios para duvidar do respeito por aquele parâmetro constitucional dos poderes normativos regionais. De facto, como se sublinha logo no primeiro parágrafo do preâmbulo do Decreto n.º 26/2003, "as regras de recrutamento do pessoal docente para o sistema educativo da Região Autónoma dos Açores devem ter em conta, para além das especificidades que resultam da estrutura dos órgãos de governo próprio, a necessidade de garantir a estabilidade dos seus quadros, impedindo que os mesmos sejam utilizados como mero ponto de passagem para o ingresso nos quadros de outras regiões do País. Daí a necessidade de garantir a adequação das regras dos concursos à situação específica dos quadros docentes regionais e à sua previsível evolução".

Assim sendo, a existirem problemas de constitucionalidade, afigura-se que os mesmos se deverão situar, em princípio, em sede material e, muito em par-

## 1.2. Princípio da igualdade

ticular, na eventual violação do princípio constitucional da igualdade consagrado no artigo 13.º da nossa Lei Fundamental. A violação deste princípio foi, aliás, invocada pelo Provedor de Justiça no seu requerimento de fiscalização sucessiva da constitucionalidade do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção que lhe foi dada pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

Contudo, o Tribunal Constitucional, tendo já tomado posição firme pela inconstitucionalidade orgânica de todas as normas dos referidos decretos regulamentares, não considerou "necessário o conhecimento das restantes questões de constitucionalidade suscitadas pelo Provedor de Justiça", desde logo porque estas respeitavam apenas a algumas das normas integradas naqueles mesmos diplomas, isto é, respeitavam às alíneas a) e d) do n.º 4 do artigo 23.º (agora reproduzidas com a mesma numeração pela norma transitória decorrente do artigo 2.º do Decreto n.º 26/2003 e retomadas pelo n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento), e à alínea a) do n.º 4 do artigo 43.º [agora reproduzida pela alínea a) do n.º 4 do artigo 41.º da sobredita norma transitória e retomada em termos algo diferentes pelas alíneas a) e b) do n.º 4 do artigo 41.º do Regulamento].

## VI

No requerimento de fiscalização apresentado pelo Provedor de Justiça, transscrito parcialmente no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/03, considerou-se, efectivamente, que as normas indicadas contrariavam o disposto no artigo 13.º da Constituição, pois que "as condições impostas pelo artigo 23.º, n.º 4, do diploma regulamentar em apreço — ao permitirem que os cidadãos colocados em determinadas circunstâncias obtenham prioridade na respectiva colocação, em prejuízo daqueles que as não preenchem, e possibilitando assim que docentes com habilitações profissionais e académicas superiores sejam preferidos nessa colocação por candidatos que reúnem condições profissionais e académicas inferiores — promovem uma verdadeira diferenciação no tratamento da situação que visam regularmentar", restando apurar se tal "medida de diferenciação" se mostraria legítima, ou não.

O Provedor de Justiça, reconhecendo embora a legitimidade constitucional do fim pretendido pelo Governo Regional, ou seja, o objectivo de "estabilização dos quadros docentes dos Açores, com vista à promoção da educação e da qualidade do ensino na Região", não deixou de concluir pela impossibilidade de "afirmar que a medida normativa em foco, tal como delineada pelo órgão regional, se revelará necessária e adequada à prossecução de tal objectivo", antes se configurando como "uma solução desproporcionada e incongruente face ao fim almejado".

Consequentemente, o Provedor analisou em concreto as medidas adoptadas pelo Governo Regional, concluindo em seguida que "em vez de ter sido concebido um conjunto de medidas de incentivo à permanência de docentes na Região" complementando-as com medidas sancionatórias para os casos de incumprimento, o Governo Regional veio, através da alteração introduzida pelo artigo 1.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, limitar ainda mais — face à anterior redacção, introduzida pelo artigo 2.º do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A — "as possibilidades de ver satisfeito o seu objectivo de estabilização do ensino na Região".

E afirmou ainda o Provedor de Justiça, concluindo pela inconstitucionalidade das referidas normas:

"a solução legal consubstanciada no actual artigo 23.º, n.º 4, alíneas a) e d), do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A não só não se revelará necessária à prossecução do fim que a mesma visou alcançar como se mostrará até (...) desadequada, logo, desproporcionalada, face ao objectivo que a fundamentou.

(...)

O conteúdo do artigo 23.º, n.º 4, não constitui qualquer ordenação de prioridades ou de preferências, antes esgota o universo possível de opositores aos concursos que visa regular, em termos de gozo de determinada prioridade.

(...)

Ao limitar o universo possível de opositores nessas condições, está a norma ora impugnada a transformar essa prioridade na concessão arbitrária de facilidade no acesso a cargos públicos.

(...)

Tal solução, constante do artigo 23.º, n.º 4, do decreto regulamentar, não tem, nos termos expostos, justificação material, ultrapassando os limites da discricionariedade impostos ao legislador e revelando-se desta feita manifestamente arbitrária, em violação do preceituado nos artigos 13.º e 2.º da Constituição.

A argumentação exposta serve ainda para fundamentar a violação do princípio da igualdade no acesso à função pública, consubstanciado no artigo 47.º, n.º 2, da Lei Fundamental.

(...)

A violação dos princípios da exigibilidade, adequação e proporcionalidade da medida legislativa de que nos ocupamos (...) torna ilegítima uma eventual restrição que se pretendesse fazer operar no âmbito do direito em foco, com tradução no preceituado no artigo 23.º, n.º 4, do decreto regulamentar em análise — restrição essa que sempre seria formalmente ilegítima, atenta a reserva de lei que enquadra constitucionalmente as restrições aos direi-

## 1.2. Princípio da igualdade

tos, liberdades e garantias, cuja previsão normativa não está na disponibilidade das Regiões Autónomas, muito menos ao alcance do poder regulamentar destas".

### VII

A Assembleia Legislativa Regional e o Governo Regional foram ouvidos pelo Tribunal Constitucional, nos termos do artigo 54.º da Lei do Tribunal Constitucional, enquanto autores das normas submetidas à fiscalização, tendo-se ambos pronunciado pela não inconstitucionalidade das normas em questão e, em particular, pela inexistência de qualquer violação do princípio da igualdade.

O próprio Ministro da República tornou pública uma informação jurídica realizada no seu Gabinete, da autoria do Dr. Jorge Pereira da Silva, que foi então juntada ao processo, onde se sustentou também que o regime introduzido pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, em alteração ao Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 6 de Janeiro, não enfermava do vício de violação do princípio constitucional da igualdade. Recorde-se que no Ministro da República cabe, nos termos do n.º 4 do artigo 233.º da Constituição, assinar ou vetar politicamente os decretos regulamentares regionais, mas a fiscalização preventiva da constitucionalidade só pode ser por ele desencadeada, de acordo com o n.º 2 do artigo 278.º, em relação aos decretos emanados da Assembleia Legislativa Regional.

Na referida informação do Gabinete do Ministro da República sustenta-se, designadamente, "que apesar de o preâmbulo do diploma em causa se referir aos "candidatos residentes na Região Autónoma dos Açores", nenhuma das quatro categorias de candidatos a que se garante uma posição de preferência é delimitada em função da residência na Região Autónoma. Muito menos se exige, como é evidente, que os candidatos em causa sejam naturais da Região. Exige-se, é certo, uma particular ligação à Região Autónoma dos Açores, mas essa ligação é recordada de diferentes formas, sendo que nalguns casos ela tenderá a coincidir com a residência, mas noutras não.

(...)

Por outro lado, o que está em causa não é uma reserva de lugares na função pública para certas pessoas. O regime jurídico estabelecido não impede ninguém de concorrer aos lugares a preencher, limitando-se a estabelecer requisitos para a obtenção de uma certa prioridade no tocante à ordenação final dos candidatos. Quem preenche certos requisitos pode concorrer a provimento por período não inferior a três anos, beneficiando de uma prioridade na ordenação dos candidatos. Quem não tem esses requisitos pode concorrer também, mas não beneficia de qualquer preferência.

(...)

Assim, no plano da comparação das situações materiais em confronto, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: para efeitos de acesso aos quadros do pessoal docente da Região Autónoma — é este o fim visado pelo autor da norma —, os candidatos que possuam uma especial ligação aos Açores — ligação essa traduzida num dos quatro factores constantes do n.º 4 do artigo 23.º — são iguais ou são diferentes aos candidatos que não possuam qualquer ligação às ilhas açorianas? Por outras palavras, aquilo que se pretende saber é se a existência de uma especial ligação aos Açores é ou não um termo de comparação adequado para diferenciar os candidatos aos lugares dos quadros de escola e aos quadros de zona pedagógica ou se, pelo contrário, estamos perante um termo de comparação arbitrário, injustificado ou inadequado.

É evidente, porém, que, na economia do Regulamento de Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-escolar e Ensinos Básico e Secundário, esse termo de comparação não funciona isoladamente, uma vez que ele não permite uma avaliação global dos candidatos. Funciona, isso sim, como critério secundário para a ordenação dos candidatos com habilitação profissional, no acesso aos quadros de escola [alíneas c) e d)] do n.º 4 do artigo 25.º), e para a ordenação dos candidatos com habilitação profissional no acesso aos quadros de zona pedagógica [alíneas c) e d)] do n.º 5 do artigo 25.º) (...). Ou seja, o critério da especial ligação aos Açores não se sobrepõe às qualificações profissionais dos candidatos, surgindo apenas em complemento destas, como forma de ordenação dos candidatos com idênticas qualificações".

Por essa razão "o termo de comparação escolhido pelo DRR n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, não parece ser, enquanto critério secundário, arbitrário ou sequer desadequado ao fim pretendido de regular o acesso aos quadros de escola e aos quadros de zona pedagógica. Com efeito, a existência de uma especial ligação aos Açores por parte de determinados candidatos constitui uma mais valia importante do ponto de vista do próprio sistema educativo, sendo legítimo o seu aproveitamento em benefício deste. Ninguém pode contestar seriamente que os candidatos que têm uma ligação mais forte aos Açores são diferentes dos que não têm essa ligação, uma vez que, em regra, os primeiros estão em condições de contribuir mais para a estabilidade dos quadros docentes do que os segundos.

(...)

Nem se diga que, na ordenação dos candidatos, se deveria atender exclusivamente à sua competência, às suas qualificações ou habilitações, etc. Na verdade, o princípio da igualdade não prosbe 'toda e qualquer diferenciação de tratamento, desde que razoavelmente fundada e destinada a proteger um valor ou interesse constitucional. Será o caso da preferência no recrutamento de deficientes para certas funções (...) ou na colocação de cônjuges um junto do outro' (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Constituição da República Por-

## 1.2. Princípio da igualdade

tuguesa Anotada, Coimbra, 1993, pág. 265). É também o que se passa no caso em apreço, em que a Constituição aponta claramente para uma concepção de escola integrada na comunidade e em que os docentes têm um papel dinamizador fundamental.

Na verdade, compulsando as diferentes normas da Constituição respeitantes à educação, verifica-se que não só se incumbe o Estado de 'inserir as escolas nas comunidades que servem' [alínea f) do n.º 2 do artigo 74.º], como se reconhece aos professores o direito fundamental de participarem na gestão democrática das escolas em que exercem a sua actividade (n.º 1 do artigo 77.º). Ora, uma escola empenhada no desenvolvimento económico, social e cultural da comunidade em que se insere não se constrói com professores deslocados, desenraizados, a milhares de quilómetros de casa e, muitas vezes, das suas famílias. A fungibilidade e transitoriedade do corpo docente constitui, necessariamente, um factor de desincentivo e de desinteresse dos docentes relativamente aos alunos, aos encarregados de educação, à escola e ao meio em que ela se insere. Por outro lado, a participação democrática dos professores na gestão das escolas, juntamente com os demais actores do processo educativo — alunos, funcionários e encarregados de educação —, só tem sentido se os professores sentirem a escola como sua, como uma instituição onde irão desempenhar a sua actividade durante um período de tempo considerável (e não apenas por um ano ou pelo período de tempo necessário para obterem uma colocação melhor, mais perto de casa).

Significa isto que o fim prosseguido pelo Governo Regional com a emanacão do DRR n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, e a partir do qual faz a comparação e a diferenciação dos candidatos (com idênticas habilitações profissionais), é um fim legítimo e com apoio constitucional. O termo de comparação utilizado — isto é, a existência de uma especial ligação à Região Autónoma dos Açores — não representa, portanto, uma opção arbitrária, injustificada ou desadequada, sobretudo considerando o objectivo de preenchimento dos quadros docentes da Região com pessoas que, à partida, propiciem mais estabilidade a esses mesmos quadros.

Nesta linha, aquilo que é desigual pode e deve ser tratado de forma desigual. Mas será que a diferença de tratamento estabelecida não é excessiva em face das diferenças detectadas entre as situações em confronto? A resposta afigura-se negativa, não havendo forma de questionar a solução adoptada à luz do princípio da proporcionalidade sem entrar no mérito das normas em causa".

Na informação transcrita sublinha-se ainda a existência de outras situações de preferência legal no acesso a determinados lugares na função pública, de que é exemplo saliente o regime do Decreto-Lei n.º 310/82, de 3 de Agosto, que regulava as carreiras médicas e estabelecia, "no seu artigo 36.º, como um dos factores de preferência na colocação dos médicos de clínica geral, 'a opção

pelo concelho de residência, verificada através do recenseamento eleitoral, ou a prática clínica no referido concelho por um período superior a um ano, confirmada pela respectiva administração regional de saúde'. Esta solução legal foi, aliás, objecto de apreciação constitucional no Acórdão n.º 44/84 (*Acórdãos do TC*, 3.º vol., 1984, págs. 133 e segs.), tendo o Tribunal Constitucional concluído que 'a preferência no provimento de lugares de carreira de médicos de clínica geral baseada na residência mostra-se razoável e justificada face às tarefas que integram o cargo a preencher, pelo que não viola o princípio da igualdade'. Com efeito, segundo a mesma jurisprudência 'elevar a critério de preferência a residência anterior no local do posto de trabalho pretendido, mais do que criar um privilégio pessoal, corresponde a dar relevância a um factor que importa ao bem do serviço público, por ser de presumir que o rendimento e a qualidade deste subirão se o funcionário se achar integrado no ambiente social correspondente ao local onde é chamado a desempenhar a sua função. Acresce que a residência (...) não é algo que de uma vez para sempre se defina, não é algo que adira ao homem como qualidade ou marca dele inseparável (...). Por isso mesmo, a preferência que em certas condições tome por base a residência não é de natureza a criar desigualdades estruturais entre cidadãos, afi onde existir um mínimo de mobilidade da população'''.

Por último, a informação em apreço procede ainda à análise na especialidade dos vários requisitos em que se traduz, em alternativa, a especial ligação aos Açores e ao respectivo sistema educativo e que tem como consequência a atribuição de uma posição prioritária nos concursos do pessoal docente. Em particular, analisa-se detidamente o critério de prioridade mais problemático, referente aos candidatos que tenham accedido ao ensino superior, para o curso que lhes confere habilitação para a docência, integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores, concluindo-se pela sua não constitucionalidade, à luz do princípio da correção das desigualdades derivadas da insularidade."

Tendo apresentado as duas posições existentes em torno da constitucionalidade material do regime de recrutamento do pessoal docente na Região Autónoma dos Açores — a sustentada pelo Provedor de Justiça e a expressa na informação jurídica do Gabinete do Ministro da República —, o requerente veio, depois, apresentar a conclusão que atrás se transcreveu, e segundo a qual tendo-se "desenvolvido, em torno da conformidade constitucional do regime regional de preferências na ordenação dos candidatos nos concursos do pessoal docente, duas linhas argumentativas fortes mas de sinal contrário, [...] a validade dos argumentos esgrimidos pelos defensores de ambas as posições, assim como a impossibilidade de superar um problema jurídico com estas características e com este melindre no quadro institucional da Região Autónoma dos Açores, aconselham, pois, claramente, o recurso a uma intervenção do Tribunal Constitucional".

2. Notificado nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 54.º da Lei do Tribunal Constitucional, o Presidente da Assembleia Legislativa Regional dos Açores não respondeu no prazo legal.

## II — Objecto do pedido

1. As normas cuja constitucionalidade se pretende ver apreciada pelo Tribunal Constitucional dispõem o seguinte:

A) Artigo 25.º, n.º 7, do Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário:

«7 — Na ordenação dos candidatos a que se referem as alíneas c) do n.º 4 e c) do n.º 5 do presente artigo, ter-se-á ainda em conta a seguinte ordem de prioridades:

Tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência; ou tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham accedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores;

Candidatos detentores de habilitação profissional não incluídos na alínea anterior.»

(O corpo do n.º 7 deste artigo 25.º remete para o n.º 4, alínea c), e n.º 5, alínea c), do mesmo artigo, que dispõem:

Artigo 25.º, n.º 4, alínea c):

«Na ordenação dos candidatos para os quadros de escola ter-se-á em conta as seguintes prioridades:

Candidatos com habilitação profissional.»

Artigo 25.º, n.º 5, alínea c):

«Para os candidatos aos quadros de zona pedagógica constituem critérios de prioridade:

Candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos, sem prejuízo do disposto na alínea c) do n.º 2

do artigo 20.º» (esta última disposição determina que, entre outras, a manutenção na situação de titular do quadro de zona pedagógica fica condicionada à obrigação de «concorrer anualmente a todos os quadros de escola de uma ilha de qualquer quadro de zona pedagógica»).

B) Artigo 2.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional n.º 26/2003, na medida em que estabelece uma redacção provisória para o n.º 4 do artigo 23.º do Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário:

#### *Artigo 2.º*

##### *Norma transitória*

1 — O presente diploma aplica-se aos procedimentos do concurso do pessoal docente da educação pré-escolar e ensinos básico e secundário para o ano 2003/2004 a partir da data do trânsito em julgado do *Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 81/2003*, de 2 de Abril, salvo o disposto nos artigos 23.º, 25.º e 41.º, que têm a redacção dada pelo número seguinte, e no artigo 55.º

2 — Os artigos 23.º, 25.º e 41.º do presente diploma para efeitos do número anterior, têm a seguinte redacção:

#### *Artigo 23.º*

##### *Candidatos*

- 1 — ...
- 2 — ...
- 3 — ...

4 — Podem concorrer a provimento por período não inferior a três anos, nos termos dos n.os 4 e 5 do artigo 25.º do presente regulamento, os candidatos que satisfaçam, pelo menos, uma das seguintes condições:

Tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência;

Tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

Tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo de nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

#### *1.2. Princípio da igualdade*

Tenham acedido ao ensino superior, para o curso que lhe confere habilitação profissional para a docência, integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores.»

2. O pedido baseia-se, como se assinalou, na existência de uma dúvida em torno da constitucionalidade das normas sub judicio, dúvida essa que se funda na existência de duas linhas argumentativas de sinal contrário: uma, sustentando que o sistema de «preferências regionais» estabelecido quer no Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, quer no Decreto que o aprovou, se não mostra desconforme ao princípio da igualdade a que se refere a norma do artigo 13.º da Constituição da República; outra, entendendo que o tratamento preferencial de certas categorias de candidatos ao exercício de funções docentes é discriminatório e desproporcional, não possuindo justificação em face do princípio constitucional da igualdade. Muito embora o requerente não tenha tomado partido nesta controvérsia, avançando uma posição própria a este respeito, o pedido é claro na indicação quer das regras cuja conformidade com a Constituição pretende ver apreciada, quer da norma constitucional pretendidamente violada, invocando ademais a necessidade de garantir a segurança jurídica abalada pelos fundamentos aduzidos em pedido de declaração de inconstitucionalidade que, por economia de meios, o Tribunal Constitucional, não analisou no seu Acórdão n.º 81/2003. Cumpre pois decidir, uma vez verificados os requisitos do artigo 278.º da Constituição.

#### *III — Fundamentação*

I. O regime do recrutamento do pessoal docente da Região Autónoma dos Açores

Pelo Acórdão n.º 81/2003 (*Diário da República*, I Série-A, de 2-4-2003), o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 2.º do Decreto Legislativo Regional n.º 16/98/A, de 6 de Novembro, na parte relativa ao artigo 24.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, de todas as normas constantes da versão originária do Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, bem como das que permaneceram entretanto inalteradas, e, enfim, de todas as normas do Decreto Regulamentar Regional n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro.

Na sequência daquela decisão do Tribunal Constitucional, a Assembleia Legislativa Regional dos Açores emitiu, em 10 de Abril de 2003, o Decreto n.º 26/2003, que aprovou o Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da

Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário. No preâmbulo desse diploma, a Assembleia Legislativa Regional assinala, desde logo, que as «regras de recrutamento do pessoal docente para o sistema educativo da Região Autónoma dos Açores devem ter em conta, para além das especificidades que resultam da estrutura dos órgãos de governo próprio, a necessidade de garantir a estabilidade dos seus quadros, impedindo que os mesmos sejam utilizados como mero ponto de passagem para ingresso nos quadros de outras regiões do País» [itálico acrescentado]. E afirma ainda a «necessidade de garantir a adequação das regras dos concursos à situação específica dos quadros docentes regionais e à sua previsível evolução». Mais adiante, sublinha-se a legitimidade dos mecanismos de atribuição de prioridades nos candidatos qualificados para a docência nos concursos externos para provimento não inferior a três anos com base no «objectivo que presidiu à fixação da graduação em causa, qual seja o da estabilização dos quadros docentes dos Açores, com vista à promoção da educação e da qualidade do ensino na Região». Tais prioridades são conferidas, recorde-se, aos candidatos que tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência; ou tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham acedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores.

Importa ainda salientar que a Assembleia Legislativa Regional dos Açores justificou o regime transitório aprovado pelo artigo 2.º do decreto em apreço com o seguinte argumento: «Já tendo decorrido o prazo para entrega de candidaturas ao concurso para pessoal docente para o ano escolar de 2003/2004, aberto ao abrigo da legislação agora revogada, para evitar a desnecessária repetição daquele momento do concurso a decorrer, é mantida a tramitação daquele, sendo os candidatos seleccionados e colocados de acordo com a norma transitória prevista pelo presente diploma» [itálico acrescentado].

Quanto ao novo regime instituído pelo Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, deve referir-se que, no Capítulo I («Disposições Gerais»), o mesmo define o concurso como forma de recrutamento e selecção normal e obrigatória do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário e profissional público (artigo 1.º, n.º 1). Estabelece em seguida que o seu âmbito de aplicação contempla o universo dos educadores de infância, professores dos 1.º, 2.º e 3.º ciclos do ensino básico e do ensino secundário, e indivíduos portadores de habilitação académica que lhes confira habilitação própria para a docência e que pre-

## *1.2. Princípio da igualdade*

tendam exercer funções na Região, na educação pré-escolar, ensinos básico e secundário, educação e ensino especial, ensino artístico e educação extra-escolar e ensino profissional público (artigo 2.º).

O Capítulo II dispõe sobre os quadros de pessoal. Os quadros do pessoal docente estruturam-se em dois tipos — quadros de escola e quadros de zona pedagógica (artigo 3.º) —, prevendo-se a existência de quadros de escola nos estabelecimentos de educação e ensinos básico e secundário, nas escolas básicas integradas, nas freguesias escolares, nos conservatórios regionais e nas escolas profissionais públicas (artigo 5.º), a par da existência de três quadros de zona pedagógica: a) de Angra do Heroísmo; b) da Horta; c) de Ponta Delgada (artigo 6.º) (cf., a este propósito, as normas dos artigos 25.º, 26.º e 27.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril).

O artigo 4.º, n.º 1, determina que o concurso é o «processo anual de recrutamento normal e obrigatório do pessoal docente» e «visa o preenchimento das vagas existentes nos quadros de escola ou de zona pedagógica, constituindo ainda o instrumento de mudança dos docentes de um para outro quadro». Prevê-se a existência de dois tipos de concurso, interno e externo (artigo 4.º, n.º 2). O concurso interno é aberto a docentes dos quadros de escola e de zona pedagógica da Região Autónoma dos Açores e dos quadros docentes do sistema público de ensino de todo o território nacional, qualquer que seja a designação dos respectivos quadros, e que pretendam ser nomeados por transferência (artigo 4.º, n.º 3). Nos termos do n.º 4 do artigo 4.º podem candidatar-se ao concurso externo:

em situação de prioridade, o pessoal docente que pode candidatar-se a concurso interno;

docentes dos quadros de escola e de zona pedagógica que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade;

docentes profissionalizados;

docentes profissionalizados não pertencentes aos quadros, indivíduos portadores de habilitação própria, mas apenas para os quadros de zona pedagógica.

Os Capítulos III e IV regulam, respectivamente, os procedimentos dos concursos interno e externo.

Podem ser opositores ao concurso interno (Capítulo III) docentes com vínculo aos quadros de escola e de zona pedagógica (artigo 8.º, n.º 1), procedendo-se, em momento posterior do concurso, à graduação profissional e académica dos candidatos (artigo 10.º, n.º 1, especificando os artigos 11.º e 12.º os modos de determinação destas duas formas de graduação, respectivamente).

A preocupação de assegurar a estabilidade do pessoal docente — manifestada no preâmbulo do diploma em apreço — evidencia-se, desde logo, na definição dos critérios de prioridade no preenchimento dos lugares nos concursos internos, onde avulta a atribuição de preferência aos docentes que aceitem ser providos em quadros de escola ou de zona pedagógica por período não inferior a três anos [artigo 10.º, n.º 4, alíneas *a*) e *b*), e n.º 5, alíneas *a*) e *b*]). Refira-se que um titular de quadro de escola ou de zona pedagógica com nomeação provisória que aceite ser provido pelo mínimo de três anos prefere a um titular de quadro de escola com nomeação definitiva que não manifeste tal disponibilidade (cfr. o artigo 10.º, n.º 4 e 5, e, para os docentes de quadros de zona pedagógica que pretendam mudar de quadro de zona pedagógica, o n.º 6 do mesmo artigo). Por outras palavras, o objectivo de assegurar a estabilidade do pessoal docente é mais visível do que o de proceder à designação de titulares com nomeação definitiva. Em igualdade de condições, estes preferem aos titulares com nomeação provisória. Mas, se estes últimos aceitarem ser providos pelo mínimo de três anos, têm prioridade sobre os titulares de nomeação definitiva que não aceitem tal provimento.

No que respeita ao concurso externo (Capítulo IV), podem ser opositores os docentes dos quadros de escola e de zona pedagógica que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade e os indivíduos detentores de habilitação profissional adequada para o exercício da actividade docente [artigo 23.º, n.º 1, alíneas *a*) e *b*]), além de indivíduos portadores de habilitação própria, mas estes exclusivamente para os quadros de zona pedagógica (artigo 23.º, n.º 2). À semelhança do que sucede com os concursos internos, a ordenação dos candidatos é feita através da respectiva graduação profissional e académica (artigo 25.º, n.º 1), estabelecendo-se um esquema de prioridades quer para os candidatos aos quadros de escola, quer para os candidatos aos quadros de zona pedagógica.

No que respeita às candidaturas a quadros de escola em concurso externo, têm prevalência os candidatos providos em quadro de escola, com nomeação definitiva, que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para o qual possuam também habilitação profissional, que, quando providos no quadro de outra escola, aceitem o provimento por um período não inferior a três anos [artigo 25.º, n.º 4, alínea *a*]). Seguem-se os candidatos providos em quadro de escola, com nomeação definitiva, que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para o qual possuam também habilitação profissional [artigo 25.º, n.º 4, alínea *b*]); ou seja, os candidatos que estejam em idênticas condições dos anteriores mas não aceitem o provimento por um mínimo de três anos. Na lista de prioridades, surgem depois os candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos [artigo 25.º, n.º 4, alínea *c*]), e, por último, os candidatos com

## *1.2. Princípio da igualdade*

idêntica habilitação mas que não aceitem ser providos por aquele mínimo de tempo [artigo 25.º, n.º 4, alínea *d*]).

No que concerne às candidaturas para quadros de zona pedagógica nos concursos externos, constituem critérios de prioridade, nos termos do n.º 5 do artigo 25.º:

candidatos providos em quadro de zona pedagógica, com nomeação definitiva, que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para o qual possuam também habilitação profissional, que, quando providos no quadro de outra escola, aceitem o provimento por um período não inferior a três anos, sem prejuízo do disposto na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 20.º [que dispõe que «a manutenção na situação de titular do quadro de zona pedagógica fica condicionada (...), às seguintes obrigações: *c*) Concorrer anualmente a todos os quadros de escola de uma ilha de qualquer quadro de zona pedagógica»];

candidatos providos em quadro de zona pedagógica, com nomeação definitiva, que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para o qual possuam também habilitação profissional;

candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos, sem prejuízo do disposto na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 20.º;

candidatos com habilitação profissional;

candidatos com habilitação própria que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos, sem prejuízo do disposto na alínea *c*) do n.º 2 do artigo 20.º;

candidatos com habilitação própria.

É neste âmbito que se situa a norma cuja apreciação de constitucionalidade foi requerida ao Tribunal Constitucional, a alínea *a*) do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário aprovado pelo Decreto n.º 26/2003 da Assembleia Legislativa Regional dos Açores. Esta norma determina, como se viu, que na ordenação de certas categorias de candidatos aos concursos externos para os quadros de escola ou de zona pedagógica, além dos demais critérios, se terá «ainda em conta» uma ordem de prioridades que coloca, num primeiro nível de prioridade, os candidatos que possuam uma ligação à Região Autónoma dos Açores e, num segundo nível, os candidatos detentores de habilitação profissional que não possuam tal ligação. Esta ligação define-se a partir dos seguintes critérios (que, entre si, não possuem qualquer hierarquia de prioridades):

Candidatos que tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação profissional para a docência:

Candidatos que tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

Candidatos que tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores;

Candidatos que tenham accedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores.

A «preferência regional» contida na norma sub judicio reporta-se apenas, por conseguinte, às candidaturas em concursos externos e contempla os candidatos colocados em terceiro lugar na lista de prioridades, ou seja, os candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos. Assim, mesmo beneficiando do tratamento preferencial previsto na alínea a) do n.º 7 do artigo 25.º, tais candidatos sempre serão ordenados em posição secundária relativamente aos candidatos providos em quadro de escola ou em quadro de zona pedagógica com nomeação definitiva. A «preferência regional» não se sobrepõe à ordenação de prioridades prevista nos n.os 4 e 5 do artigo 25.º, nem afecta, naturalmente, a graduação profissional e académica dos candidatos (cfr. os artigos 25.º, n.º 1, 26.º e 27.º do Regulamento).

Refira-se, por outro lado, que a qualidade de bolseiro da Região Autónoma dos Açores — uma das condições de prioridade previstas na alínea a) do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento — é regulada pela Portaria n.º 38/2000, de 15 de Junho, cujo n.º 1 dispõe: «Podem aderir ao presente regime complementar de bolsa de estudo os alunos que, independentemente dos seus recursos económicos, da idade e do ano que frequentem, façam prova de estarem matriculados num curso de licenciatura, em qualquer das instituições de ensino superior portuguesas, que confira habilitação para a docência nas áreas que, em cada ano, por despacho do Director Regional da Educação, forem consideradas como carenciadas na Região Autónoma dos Açores». Por seu turno, o n.º 8 da mesma Portaria dispõe: «A aceitação da bolsa de estudo, através da assinatura do compromisso de honra e do recebimento da primeira mensalidade, implica, como contrapartida, e com dispensa de qualquer outra formalidade, a aceitação simultânea das seguintes condições: a) Prestar serviço em escola da Região Autónoma dos Açores durante um período de tempo não inferior ao dobro daquele durante o qual beneficie de bolsa, até ao máximo de oito anos, assumindo para tal o compromisso de, até colocação, concorrer a todas as escolas da Região Autónoma dos Açores, em todos os concursos para pessoal docente para os lugares para os quais tenha habilitação profissional, e aceitar a colocação que lhe couber; b) Iniciar funções na Região Autónoma dos Açores, imediatamente após a conclusão do curso; c) Apresentar, no início de cada ano lectivo, certificado de inscrição no curso, até sua conclusão».

## 1.2. Princípio da igualdade

Quanto ao acesso ao ensino superior no contingente da Região Autónoma dos Açores — outras das condições de prioridade previstas na alínea a) do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento — o regime actualmente em vigor consta do Decreto-Lei n.º 296-A/98, de 25 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 99/99, de 30 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 26/2003, de 7 de Fevereiro. O regime anterior, previsto no Decreto-Lei n.º 28-B/96, de 4 de Abril, alterado pelo Decreto-Lei n.º 75/97, de 3 de Abril, continha uma norma revogatória (artigo 72.º) da legislação anterior, o Decreto-Lei n.º 189/92, de 3 de Setembro, alterado pelos Decretos-Leis n.os 53/95, de 20 de Março, e 318/95, de 28 de Novembro, ressalvando, porém, a norma do n.º 2 artigo 34.º do Decreto-Lei n.º 189/92. Assim, nos termos do artigo 34.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 189/92, de 3 de Setembro: «2 — Existem contingentes especiais de vagas para: Candidatos oriundos da Região Autónoma dos Açores». Note-se que a existência destes contingentes se encontrava prevista no artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 354/88, de 12 de Outubro, não tendo esta norma sido alterada pelo Decreto-Lei n.º 140/89, de 28 de Abril, pelo Decreto-Lei n.º 33/90, de 24 de Janeiro, pelo Decreto-Lei n.º 276/90, de 10 de Setembro, e pelo Decreto-Lei n.º 379/91, de 9 de Outubro; por outro lado, as alterações realizadas no Decreto-Lei n.º 189/92 pelo Decreto-Lei n.º 53/95, de 20 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 318/95, de 28 de Novembro, não modificaram aquela norma do artigo 34.º, n.º 2.

O regime actualmente em vigor — constante do Decreto-Lei n.º 296-A/98, de 25 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 99/99, de 30 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 26/2003, de 7 de Fevereiro — estabelece o seguinte, no seu artigo 28.º: «compete ao Ministro da Ciência e do Ensino Superior, ouvida a Comissão Nacional de Acesso ao Ensino Superior, aprovar, por portaria, o regulamento geral do concurso nacional, o qual contempla, nomeadamente:

a) Os contingentes em que as vagas se repartirão».

Nos termos do Regulamento Nacional de Acesso e Ingresso no Ensino Superior Público para a Matrícula e Inscrição no Ano Lectivo de 2002-2003, aprovado pela Portaria n.º 711/2002, de 25 de Junho, determina-se:

### *«Artigo 9.º*

#### *Contingentes*

1 — Na 1.ª fase as vagas fixadas para cada curso em cada estabelecimento de ensino superior são distribuídas por um contingente geral e por contingentes especiais.

2 — São criados os seguintes contingentes especiais:

a) Contingente especial para candidatos oriundos da Região Autónoma dos Açores, com 3,5% das vagas fixadas para a 1.ª fase;

- b) ...;
- c) ...;
- d) ...;
- e) ....

3 — O resultado do cálculo dos valores a que se refere o número anterior:

- a) É arredondado para o inteiro superior se tiver parte decimal maior ou igual a 5;
- b) Assume o valor 1 se for inferior a 0,5.

4 — As vagas atribuídas ao contingente geral são o resultado da diferença entre o número de vagas fixadas para a 1.<sup>a</sup> fase e as vagas afectadas aos contingentes especiais nos termos dos n.os 2 e 3.

#### *Artigo 10.<sup>º</sup>*

##### *Contingentes especiais para candidatos oriundos das Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira*

1 — Podem concorrer às vagas dos contingentes especiais previstos nas alíneas a) e b) do n.<sup>º</sup> 2 do artigo anterior os estudantes que, cumulativamente, façam prova de que:

- a) À data da candidatura residem permanentemente, há pelo menos dois anos, na Região Autónoma dos Açores ou na Região Autónoma da Madeira, respectivamente;
- b) Frequentaram e concluíram um curso de ensino secundário em estabelecimento de ensino secundário localizado na Região Autónoma em que têm residência;
- c) Nunca estiveram matriculados em estabelecimento de ensino superior público.

2 — Pode ainda concorrer às vagas do respectivo contingente especial o estudante que, cumulativamente, comprove:

- a) Ser filho (ou estar sujeito à tutela) tanto de funcionário ou agente, quer da administração pública central, regional e local, quer de organismo de coordenação económica ou de qualquer outro instituto público, como de magistrado, conservador, notário, funcionário judicial, membro das Forças Armadas ou das forças de segurança;

#### *1.2. Princípio da igualdade*

- b) Haver a sua residência permanente sido mudada há menos de dois anos para localidade situada fora da área territorial do referido contingente em consequência de o progenitor ou de a pessoa que sobre ele exerce o poder tutelar ter entretanto passado a estar colocado nessa localidade;
- c) À data da mudança de residência referida na alínea b), residir permanentemente, há pelo menos dois anos, na Região Autónoma dos Açores ou na Região Autónoma da Madeira, respectivamente, e aí ter estado inscrito no ensino secundário;
- d) Nunca ter estado matriculado em estabelecimento de ensino superior público.

3 — De entre os candidatos às vagas de cada um dos contingentes especiais referidos nas alíneas a) e b) do n.<sup>º</sup> 2 do artigo anterior, os candidatos que concorrem ao abrigo do n.<sup>º</sup> 1 do presente artigo têm prioridade de colocação em relação aos que concorrem ao abrigo do n.<sup>º</sup> 2.

4 — Os candidatos às vagas do contingente especial para a Região Autónoma dos Açores apenas podem concorrer a vagas desse contingente respeitantes a cursos congêneres dos professados na Universidade dos Açores e nas Escolas Superiores de Enfermagem de Angra do Heroísmo e de Ponta Delgada desde que também concorram, antes daquelas, às vagas dos cursos congêneres das referidas Universidade e Escolas Superiores de Enfermagem e para o efeito reúnam as condições a que se refere o artigo 6.<sup>º</sup>

5 — ...»

[cfr. o modo como se regulava o regime do contingente especial nos artigos 8.<sup>º</sup> e 9.<sup>º</sup> da Portaria n.<sup>º</sup> 428/97, de 30 de Junho (Concurso para o Ano Lectivo de 1997-1998), nos artigos 8.<sup>º</sup> e 9.<sup>º</sup> da Portaria n.<sup>º</sup> 403/89, de 11 de Julho (Concurso para o Ano Lectivo de 1998-1999), nos artigos 9.<sup>º</sup> e 10.<sup>º</sup> da Portaria n.<sup>º</sup> 505-A/99, de 15 de Julho (Concurso para o Ano Lectivo de 1999-2000), e nos artigos 9.<sup>º</sup> e 10.<sup>º</sup> da Portaria n.<sup>º</sup> 715/2001, de 12 de Julho (Concurso para o Ano Lectivo de 2001-2002)].

Estabelece-se ainda um regime de preferências regionais para acesso aos cursos de ensino superior ministrados nas Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira por parte dos residentes nessas Regiões [cfr. o artigo 28.<sup>º</sup>, alínea c), do Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 296-A/98, de 25 de Setembro, alterado pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 99/99, de 30 de Março, e pelo Decreto-Lei n.<sup>º</sup> 26/2003, de 7 de Fevereiro, e o artigo 15.<sup>º</sup> da Portaria n.<sup>º</sup> 711/2002].

Definido o modo como se procede à integração do «contingente especial» para a Região Autónoma dos Açores, é importante salientar a diferença entre o regime constante do artigo 23.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4, do anterior Regulamento do

Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto Regulamentar Regional n.º 1-A/2000/A, de 3 de Janeiro, na redacção do artigo 1.º do Decreto Regulamentar n.º 4-A/2002/A, de 21 de Janeiro, e o regime agora aprovado pelo Decreto n.º 26/2003 da Assembleia Legislativa Regional dos Açores. Assim, enquanto a alínea d) do n.º 4 do artigo 23.º do anterior Regulamento atribuía prioridade aos candidatos que tivessem «acedido ao ensino superior, para o curso que lhe[s] confere habilitação para a docência, integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores» [itálico acrescentado], o novo Regulamento prevê uma ordenação prioritária dos «candidatos que tenham acedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores» (artigo 25.º, n.º 7, alínea a), *in fine*). Ou seja, desapareceu a necessidade de identificação entre o curso ao qual se aceceu integrado em contingente regional e o curso que confere habilitação para a docência, tornando-se mais longínqua, por assim dizer, a ligação entre a frequência do ensino superior e o exercício de funções docentes.

As demais normas do Regulamento tratam do procedimento nos concursos externos (artigos 26.º a 34.º) e de outras formas de mobilidade do pessoal docente (Capítulo V): afectação por prioridade (artigo 35.º) e afectação dos docentes dos quadros de zona pedagógica que não tenham obtido colocação em quadro de escola (artigo 36.º). O Capítulo VI regula o exercício transitório de funções docentes mediante contrato administrativo (artigos 37.º e seguintes), prevendo-se «Disposições Finais» (Capítulo VII) respeitantes a necessidades remanescentes (artigo 52.º), exclusividade (artigo 53.º), docentes requisitados (artigo 54.º), tempo de serviço (artigo 55.º), exoneração e nomeação definitiva (artigo 56.º), exoneração e nomeação provisória (artigo 57.º) e comissão de acompanhamento e avaliação do processo de concursos (artigo 58.º).

Deve salientar-se, por último, que, nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, que aprovou o Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, se determina que «a aplicação do presente diploma, bem como do estatuto por ele aprovado, às Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira não prejudica as competências dos respectivos órgãos de governo próprio» (cfr., a este propósito, o Acórdão n.º 363/94, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 28.º vol., págs. 97 e segs., e o Acórdão n.º 81/03, cit.). Há, assim, uma abertura, por parte do legislador nacional, à intervenção do legislador regional na modulação do estatuto do pessoal docente de acordo com as especificidades ou particularismos das regiões autónomas. Recorde-se que a Lei de Bases do Sistema Educativo prevê, não por acaso, que o sistema educativo será organizado de forma a «descentralizar, desconcentrar e diversificar as estruturas e acções educativas, de modo a proporcionar uma correcta adaptação às realidades, um elevado sen-

tido de participação das populações, uma adequada inserção no meio comunitário e níveis de decisão eficientes» (artigo 3.º, alínea g); itálico acrescentado], indo ao encontro do mandado da norma do artigo 74.º, n.º 2, alínea g), da Constituição, que incumbe ao Estado, na realização da política de ensino, «inserir as escolas nas comunidades que servem».

## 2. O parâmetro constitucional

O requerente situa a questão da constitucionalidade no âmbito do princípio da igualdade, confrontando as normas sub judicio com o artigo 13.º da Constituição da República.

Não é necessário recordar, em todas as suas dimensões, a abundante jurisprudência constitucional nesta matéria (uma resenha dessa jurisprudência pode encontrar-se in Martim de Albuquerque, *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*, Coimbra, 1993, págs. 167 e segs.).

O Acórdão n.º 319/00 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 47.º vol., págs. 497 e segs.), apoiando-se no Acórdão n.º 563/96 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., págs. 47 e segs.), procedeu a uma síntese da jurisprudência constitucional relativa ao princípio da igualdade. Assim:

«[O] Tribunal Constitucional teve já a oportunidade de se pronunciar diversas vezes sobre as exigências do princípio constitucional da igualdade, que, no fundo, se reconduz à proibição do arbitrio, proibição essa que, naturalmente, não anula a liberdade de conformação do legislador onde ele a não infrinja. Assim, por exemplo, no Acórdão n.º 563/96 (...), publicado em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 33.º vol., págs. 47 e segs., foram assim descritas:

«1.1. — O princípio da igualdade do cidadão perante a lei é acolhido pelo artigo 13.º da Constituição da República que, no seu n.º 1, dispõe, genericamente, terem todos os cidadãos a mesma dignidade social, sendo iguais perante a lei, especificando o n.º 2, por sua vez, que «ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social».

Princípio estruturante do Estado de Direito democrático e do sistema constitucional global (cfr., neste sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pág. 125) o princípio da igualdade vincula directamente os poderes públicos, tenham eles competência legislativa, administrativa ou jurisdicional (cfr. ob. cit., pág. 129) o que resulta, por um lado, da sua consagração como direito fundamental dos

cidadãos e, por outro lado, da «atribuição aos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias de uma força jurídica própria, traduzida na sua aplicabilidade directa, sem necessidade de qualquer lei regulamentadora, e da sua vinculatividade imediata para todas as entidades públicas, tenham elas competência legislativa, administrativa ou jurisdicional (artigo 18.º, n.º 1, da Constituição)» (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 186/90, publicado no *Diário da República*, II Série, de 12 de Setembro de 1990).

Muito trabalhado, jurisprudencial e doutrinariamente, o princípio postula que se dê tratamento igual a situações de facto essencialmente iguais e tratamento desigual para as situações de facto desiguais (proibindo, inversamente, o tratamento desigual de situações iguais e o tratamento igual das situações desiguais) — cfr., entre tantos outros, e além do já citado Acórdão n.º 186/90, os Acórdãos n.ºs 39/88, 187/90, 188/90, 330/93, 381/93, 516/93 e 335/94, publicados no referido Jornal Oficial, I Série, de 3 de Março de 1988, e II Série, de 12 de Setembro de 1990, 30 de Julho de 1993, 6 de Outubro do mesmo ano, e 19 de Janeiro e 30 de Agosto de 1994, respectivamente.

1.2. — O princípio não impede que, tendo em conta a liberdade de conformação do legislador, se possam (se devam) estabelecer diferenciações de tratamento, «razoável, racional e objectivamente fundadas», sob pena de, assim não sucedendo, «estar o legislador a incorrer em arbítrio, por preterição do acatamento de soluções objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes», no ponderar do citado Acórdão n.º 335/94. Ponto é que haja fundamento material suficiente que neutralize o arbítrio e afaste a discriminação infundada (o que importa é que não se discriminne para discriminhar, diz-nos J. C. VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, pág. 299).

Perfil-se, deste modo, o princípio da igualdade como «princípio negativo de controlo» ao limite externo de conformação da iniciativa do legislador — cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 127, e, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 157/88, publicado no *Diário da República*, I Série, de 26 de Julho de 1988, e os já citados n.ºs 330/93 e 335/94 — sem que lhe retire, no entanto, a plasticidade necessária para, em confronto com dois (ou mais) grupos de destinatários da norma, avalizar diferenças justificativas de tratamento jurídico diverso, na comparação das concretas situações facticas e jurídicas postadas face a um determinado referencial («*tertium comparationis*»). A diferença pode, na verdade, justificar o tratamento desigual, eliminando o arbítrio (cfr., a este propósito, GOMES CANOTILHO, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 124, pág. 327; Alves Correia, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, 1989, pág. 425; Acórdão n.º 330/93).

Ora, o princípio da igualdade não funciona apenas na vertente formal e redutora da igualdade perante a lei; implica, do mesmo passo, a aplicação igual

## 1.2. Princípio da igualdade

de direito igual (cfr. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, pág. 381; Alves Correia, *ob. cit.*, pág. 402) o que pressupõe averiguação e valoração casuísticas da «diferença» de modo a que recebam tratamento semelhante os que se encontrem em situações semelhantes e diferenciado os que se achem em situações legitimadoras da diferenciação.

O n.º 2 do artigo 13.º da Constituição da República enumera uma série de factores que não justificam tratamento discriminatório e assim actuam como que presuntivamente — presunção de diferenciação normativa envolvendo violação do princípio da igualdade — mas que são enunciados a título meramente exemplificativo: cfr., v. g., os Acórdãos n.ºs 203/86 e 191/88, publicados no *Diário da República*, II Série, de 26 de Agosto de 1986, e I Série, de 6 de Outubro de 1988, respectivamente, na esteira do parecer n.º 1/86, da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 1.º vol., págs. 5 e segs., *maxime* pág. 11. A intenção discriminatória (...) não opera, porém, automaticamente, tornando-se necessário integrar a aferição jurídico-constitucional da diferença nos parâmetros finalístico, de razoabilidade e de adequação presupostos pelo princípio da igualdade»».

Registe-se ainda que, quer a Comissão, quer o Tribunal Constitucional admitiram já a hipótese de, em certos casos, se proceder a diferenciações de tratamento ou, noutra perspectiva, a «discriminações positivas» (sobre a jurisprudência constitucional nesta matéria, cfr., por todos, LUIS NUNES DE ALMEIDA e ARMINDO RIBEIRO MENDES, «Les discriminations positives — Portugal», in *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, vol. XIII, 1997, págs. 223 e segs.).

Assim, no Parecer n.º 33/81 (in *ParCC*, 17.º vol., págs. 139 e segs.) a Comissão Constitucional concluiu pela não constitucionalidade de normas de um decreto regulamentar da Região Autónoma dos Açores que disciplinava a matéria relativa ao pessoal auxiliar dos estabelecimentos de ensino primário e de educação pré-escolar nos Açores, dando preferência, no preenchimento dos lugares, a indivíduos do sexo feminino. O Tribunal Constitucional, por seu turno, não enjeitou a possibilidade de discriminações positivas em benefício das mulheres no Acórdão n.º 191/88 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 12.º vol., págs. 239 e segs.) e também no Acórdão n.º 231/94 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 27.º vol., págs. 205 e segs.). Noutra ocasião, o Tribunal admitiu um tratamento mais favorável do sexo feminino em razão do peso exercido pelas «tarefas domésticas» (Acórdãos n.ºs 609/94 e 713/96, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 29.º vol., págs. 173 e segs., e 34.º vol., págs. 215 e segs., respectivamente).

O debate em torno das discriminações positivas pela jurisprudência constitucional não se cinge, todavia, à questão das desigualdades em razão do género. A título ilustrativo, pode referir-se que, no Parecer n.º 15/81, a Comis-

são Constitucional considerou que não violava a Constituição um regulamento ministerial sobre o preço dos transportes aéreos entre o Continente e as regiões autónomas que estabelecia uma discriminação de preços favorável aos residentes nessas regiões (in *ParCC*, 15.º vol., págs. 129 e segs.). Así se afirmou, designadamente:

«Sucede (...) que tais discriminações favoráveis ou positivas têm uma razão de ser evidente, não configurando, por isso, uma violação ao princípio da igualdade, tal como é postulado na nossa Constituição (artigo 13.º): o legislador considera atendível a circunstância de os cidadãos portugueses residirem habitualmente nas regiões autónomas, em ilhas afastadas do continente, para introduzir reduções dos preços de viagens aéreas que, de alguma maneira, minorem os inconvenientes da insularidade e do desigual desenvolvimento sócio-económico das próprias regiões autónomas (...).

Há certas situações da vida em que o legislador constitucional considera lícito criar regimes mais favoráveis para certos grupos humanos, em nome mesmo de uma tendencial igualdade de oportunidades ou igualdade de tratamento de facto».

Mais tarde, o Tribunal Constitucional pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma norma que atribuía uma preferência na admissão à Marinha, em regime de voluntariado, aos órfãos dos antigos membros desse ramo das Forças Armadas por entender que não existia um fundamento material razoável para essa discriminação (Acórdão n.º 336/86, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 8.º vol., págs. 263 e segs.). Finalmente, no Acórdão n.º 1/97 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 36.º vol., págs. 7 e segs.), o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade de uma lei que impunha ao Ministério da Educação a criação de vagas suplementares no ensino superior público, ultrapassando o numerus clausus previamente fixado, de forma a permitir o ingresso de candidatos que, na fase de candidatura de Setembro, tivessem obtido uma classificação superior à obliqua por candidatos admitidos na fase de candidatura de Julho — o Tribunal entendeu que o fundamento avançado para essa discriminação positiva (a compensação por anomalias surgidas no decurso de certos exames da primeira fase) não era adequado, uma vez que o sistema que se pretendia instituir acabaria por beneficiar estudantes que não haviam realizado exames na primeira fase e que, por conseguinte, nunca haviam sido lesados pelas eventuais anomalias que ali tivessem ocorrido.

É particularmente interessante, a este respeito, o Acórdão n.º 44/84 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3.º vol., 1984, págs. 133 e segs.), onde o Tribunal Constitucional decidiu não declarar a inconstitucionalidade de uma norma de um decreto-lei que estabelecia como critério de preferência na colocação de clínicos gerais «a opção pelo concelho de residência, verificada através do recenseamento eleitoral». O Tribunal lembrou que «o princípio da igualdade

## 1.2. Princípio da igualdade

não deve nem pode ser interpretado em termos absolutos, impedindo nomeadamente que a lei discipline diversamente quando diversas são as situações que o seu dispositivo visa regular», mas, ao mesmo tempo, que «há violação do princípio da igualdade quando o legislador estabelece distinções discriminatórias. Assim é quando tais distinções são materialmente infundadas, quando assentam em motivos que não oferecem carácter objectivo e razoável; isto é, quando o preceito em apreço não apresenta qualquer fundamento material razoável». No caso em apreço, o Tribunal considerou, em síntese, que a utilização da residência como critério de preferência na colocação de clínicos gerais não se mostrava injustificada, arbitrária ou irrazoável em face do princípio da igualdade, porquanto «uma maior inserção do médico na zona onde é chamado a exercer funções não é irrelevante «em termos de garantir uma maior qualidade do serviço a prestar». Para o efeito, o Acórdão n.º 44/84 não deixou de recordar o Parecer n.º 1/76 da Comissão Constitucional (in *ParCC*, 1.º vol., págs. 5 e segs.), onde, justamente a propósito de uma preferência baseada na residência para a recondução ou colocação de professores em estabelecimentos de ensino na Região Autónoma da Madeira, bem como no acesso a estágios nesses estabelecimentos, se deixou afirmado:

«(...) poderá sustentar-se que elevar a critério de preferência a residência anterior no lugar do posto de trabalho pretendido, mais do que criar um privilégio pessoal, corresponde a dar relevância a um factor que importa ao bem do serviço público, por ser de presumir que a qualidade e o rendimento deste subirão se o funcionário se achar integrado no ambiente social correspondente ao local onde é chamado a desempenhar a sua função.

Acresce que a residência — relação entre a pessoa e o lugar onde ela centra a sua vida — não é algo que de uma vez para sempre se defina, não é algo que adira ao homem como qualidade ou marca dele inseparável (sob este aspecto, é flagrante o contraste com a origem, ainda mais do que com a nacionalidade).

Por isso mesmo, a preferência que em certas certas condições tome por base a residência não é de natureza a criar desigualdades estruturais entre cidadãos, aí onde existir um mínimo de mobilidade da população.»

Mais recentemente, o Tribunal Constitucional, numa situação onde estava justamente em causa uma pretensa desigualdade no recrutamento de professores (Acórdão n.º 412/02, in *Diário da República*, II Série, de 16-12-2002), recordou que o princípio da igualdade abrange fundamentalmente três dimensões ou vertentes: a proibição do arbítrio, a proibição de discriminação e a obrigação de diferenciação, significando a primeira, a imposição da igualdade de tratamento para situações iguais e a interdição de tratamento igual para

situações manifestamente desiguais (tratar igual o que é igual; tratar diferentemente o que é diferente); a segunda, a ilegitimidade de qualquer diferenciação de tratamento baseada em critérios subjectivos (v. g., ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica ou condição social); e a última surge como forma de compensar as desigualdades de oportunidades.

Nesse acórdão, o Tribunal apoiou-se ainda em duas anteriores decisões suas, começando por citar o que se disse no Acórdão n.º 180/99 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 43.º vol., págs. 135 e segs.):

«(...) O Tribunal Constitucional tem considerado que o princípio da igualdade impõe que situações da mesma categoria essencial sejam tratadas da mesma maneira e que situações pertencentes a categorias essencialmente diferentes tenham tratamento também diferente. Admite-se, por conseguinte, diferenciações de tratamento, desde que fundamentadas à luz dos próprios critérios axiológicos constitucionais. A igualdade só proíbe discriminações quando estas se afiguram destituídas de fundamento racional [cfr., nomeadamente, os Acórdãos n.ºs 39/88, 186/90, 187/90 e 188/90, *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol. (1988), págs. 233 e segs., e 16.º vol. (1990), págs. 383 e segs., 395 e segs. e 411 e segs., respectivamente; cfr., igualmente, na doutrina, JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 2.ª ed., 1993, págs. 213 e segs., GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª ed., 1993, págs. 564-5, e GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, 1993, págs. 125 e segs.].»

Lembrou, depois, a linha argumentativa do Acórdão n.º 409/99 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 44.º vol., págs. 461 e segs.):

«O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, impõe que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como «limite objectivo da discretionariedade legislativa, não veda à lei a adopção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objectiva e racional. O princípio da igualdade enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se numa ideia geral de proibição do arbitrio (cfr., quanto ao princípio da igualdade, entre outros, os Acórdãos n.ºs 186/90, 187/90, 188/90, 1186/96 e 353/98, publicados in *Diário da República*, respectivamente, de 12 de Setembro de 1990, 12 de Fevereiro de 1997, e o último, ainda inédito).»

## 1.2. Princípio da igualdade

Assente a possibilidade de estabelecimento de diferenciações, tornar-se-á depois necessário proceder ao controlo das normas sub judicio, feito a partir do fim que visam alcançar, à luz do princípio da proibição do arbitrio (Willkürverbot) e, bem assim, de um critério de razoabilidade.

Com efeito, é a partir da descoberta da ratio da disposição em causa que se poderá avaliar se a mesma possui uma «fundamentação razoável» (vernünftiger Grund), tal como sustentou o «inventor» do princípio da proibição do arbitrio, Gerhard Leibholz (cfr. F. ALVES CORREIA, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, 1989, págs. 419 e segs.). Essa ideia é reiterada entre nós por Maria da Glória Ferreira Pinto: «[E]stando em causa (...) um determinado tratamento jurídico de situações, o critério que irá presidir à qualificação de tais situações como iguais ou desiguais é determinado directamente pela 'ratio' do tratamento jurídico que se lhes pretende dar, isto é, é funcionalizado pelo fim a atingir com o referido tratamento jurídico. A 'ratio' do tratamento jurídico é, pois, o ponto de referência último da valoração e da escolha do critério» (cfr. «Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?», sep. do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 358, Lisboa, 1987, pág. 27). E, mais adiante, opina a mesma Autora: «[O] critério valorativo que permite o juízo de qualificação da igualdade está, assim, por força da estrutura do princípio da igualdade, indissoluvelmente ligado à 'ratio' do tratamento jurídico que o determinou. Isto não quer, contudo, dizer que a 'ratio' do tratamento jurídico exija que seja este critério, o critério concreto a adoptar, e não aquele outro, para efeitos de qualificação da igualdade. O que, no fundo, exige é uma conexão entre o critério adoptado e a 'ratio' do tratamento jurídico. Assim, se se pretender criar uma isenção ao imposto profissional, haverá obediência ao princípio se o critério consistir na escolha de um conjunto de profissionais que se encontram menosprezados no contexto social, bem como haverá obediência ao princípio se o critério consistir na escolha de um rendimento mínimo, considerado indispensável à subsistência familiar numa determinada sociedade» (*ob. cit.*, págs. 31-32).

Também a jurisprudência constitucional se orienta nesse sentido. Assim, o Tribunal Constitucional alemão já teve ensejo de afirmar que «(...) um tratamento arbitrário é aquele que (...) não é compreensível por uma apreciação razoável das ideias dominantes da Lei Fundamental» (42 BVerfGE 64, 74) e que «[A] máxima da igualdade é violada quando para a diferenciação legal ou para o tratamento legal igual não é possível encontrar um motivo razoável, que surja da natureza das coisas ou que, de alguma outra forma, seja compreensível em concreto, isto é, quando a disposição tenha de ser qualificada como arbitrária» (1 BVerfGE 14, 52; mais recentemente, cfr. 12 BVerfGE 341, 348; 20 BVerfGE 31, 33; 30 BVerfGE 409, 413; 44 BVerfGE 70, 90; 51 BVerfGE 1, 23; 60 BVerfGE 101, 108).

Caminhos idênticos foram percorridos pelo Tribunal Constitucional português (a título meramente exemplificativo, cfr. os Acórdãos n.os 44/84, 186/90, 187/90 e 188/90, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 3.º vol., págs. 133 e segs., e 16.º vol., págs. 383 e segs., 395 e segs., e 411 e segs., respectivamente). No Acórdão n.º 39/88, o Tribunal teve ocasião de dizer: «[O] princípio da igualdade não prosbe, pois, que a lei estabeleça distinções. Prosbe, isso sim, o arbítrio; ou seja, prosbe as diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, que o mesmo é dizer sem qualquer justificação razoável, segundo critérios de valor objectivo constitucionalmente relevantes (...)» (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 11.º vol., págs. 233 e segs.). E, curiosamente, também nos Estados Unidos se alude à necessidade de, no estabelecimento de diferenciações, obedecer a um cânones de razoabilidade (reasonableness) (cfr. J. TUSSMAN e J. TENBROEK, «The equal protection of the laws», in *California Law Review*, n.º 37, 1949, pág. 344, cit. por Gianni Antonelli, «La giurisprudenza italiana e statunitense sul principio di solidarietà», *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, n.os 125-126, 1999, pág. 89; sobre o princípio da razoabilidade na jurisprudência norte-americana, cfr. GIOVANNI BOGNETTI, «Il principio di ragionevolezza e la giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti», in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Riferimenti comparativi*, Milão, 1994, págs. 43 e segs.).

Neste domínio em especial, merece destaque a evolução da jurisprudência constitucional italiana que, tendo firmado em termos absolutos a ideia da discricionariedade do legislador (sentença n.os 28/1957 e 56/1958), veio pouco depois indagar se uma dada lei se apresentava «destituída de qualquer justificação» e se a mesma detinha uma «razão idónea» (sentença n.º 46/1959). Na sentença n.º 15/1960, a Corte disse que era sua jurisprudência constante considerar que «(...) o princípio da igualdade é violado mesmo quando a lei, sem um motivo razoável, procede a um tratamento diverso de cidadãos que se encontram em situação idêntica». A doutrina, de seu lado, não andou longe destas asserções: já Mortati afirmava, por exemplo, que o legislador tinha «a obrigação de não violar as leis da lógica» (*Istituzioni di diritto pubblico*, Pádua, 1958, pág. 715; mais recentemente, cfr. a mesma obra, 9.ª ed., actualizada, Pádua, 1976, págs. 1412 e segs.). Mais tarde, Carlo Lavagna teve a percepção clara da necessidade do recurso a um princípio de razoabilidade — que definiu como «la utilizzazione razionale dei contesti umani nella costruzione di norme sulla base delle prescrizioni-fonte» — e enunciou os diversos critérios da sua ponderação: a correspondência (corrispondenza), o juízo sobre a finalidade (giudizio sulle finalità), a pertinência (pertinenza), a congruência (congruità) meios/fins, a coerência (coerenza), a evidência (evidenza) e, enfim, a motivação (motivazione) (cfr. «Ragionevolezza e legittimità costituzionale», in *Studi in memoria di Carlo Esposito*, vol. III, Pádua, 1973, págs. 1573 e segs.). De igual modo, Vezio

## 1.2. Princípio da igualdade

Crisafulli reconheceu que o Tribunal, ao indagar de eventuais violações do princípio da igualdade, fá-lo, designadamente, com base numa «cláusula geral de razoabilidade» (cfr. *Lezioni di diritto costituzionale*, tomo II, 5.ª ed., revista e actualizada, Pádua, 1984, pág. 372). Contrariando a tese do «racional como razoável» (Aulis Aarnio), Gustavo Zagrebelski veio distinguir a ideia de racionalidade — que, em seu entender, corresponderia à coerência lógica — da ideia de razoabilidade, estando esta ligada a uma adequação aos valores de justiça que funciona primacialmente como um vínculo negativo do legislador (cfr. *La giustizia costituzionale*, 2.ª ed., Bolonha, 1988, págs. 147 e segs.; *idem*, «Su tre aspetti della ragionevolezza», in AA.VV., *Il principio...*, cit., págs. 179 e segs., em esp. págs. 181-184 (onde parece aproximar os conceitos de razoabilidade e racionalidade)). E, justamente naquele primeiro sentido — isto é, no sentido de uma racionalidade coerente —, aludi o Tribunal Constitucional italiano, na sua sentença n.º 204/1982, a um «cânone geral de coerência» (generale canone di coerenza) (cfr., sobre a evolução jurisprudencial do Tribunal Constitucional italiano, A. AGRÒ, «Commento all'art 3 Cost.», in G. Branca (org.), *Commentario della Costituzione*, vol. I, Bolonha e Roma, 1975, págs. 141 e segs.; PAOLO BARILE, «Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale», in AA.VV., *Il principio...*, cit., págs. 21 e segs.; LIVIO PALADIN, «Ragionevolezza (principio di)», in *Enciclopedia del Diritto — Aggiornamento*, vol. 1, Milão, 1997, em esp. págs. 900 e segs.).

Destaques-se, por outro lado, que também a jurisprudência do Conselho Constitucional francês fez referência à necessidade de o legislador se nortear por critères rationnels et objectifs. Particularmente no que respeita ao princípio da igualdade perante os encargos públicos, o Conselho admitiu a introdução de discriminações, desde que as mesmas se fundassem em critérios objectivos e racionais — cfr. as decisões 83-164 DC de 29-12-1983, 89-270 DC de 29-12-1989 e 91-298 DC de 24-7-1991, cits. por LOUIS FAVOREU, «Conseil Constitutionnel et ragionevolezza: d'un rapprochement improbable à une communicabilité possible», in AA.VV., *Il principio...*, cit., pág. 224.

Interessa assinalar, por fim, que a mais recente jurisprudência do Bundesverfassungsgericht procura, de certo modo, superar os limites estreitos da teoria da proibição do arbítrio, aumentando, de certo modo, a «densidade do controlo» (Kontrolldichte), por meio de uma nova fórmula do seguinte teor: «[E]sta norma constitucional (o artigo 3.º, n.º 1) obriga a tratar de modo igual todos os homens perante a lei. Consequentemente, este direito fundamental é sobretudo violado se um grupo de destinatários da norma em comparação com outros destinatários da norma é tratado de modo diferente, sem que existam entre os dois grupos diferenças de tal natureza (Art) e de tal peso (Gewicht) que possam

sam justificar o tratamento desigual» (cfr. F. Alves Correia, *ob. cit.*, pág. 425; v., ainda, Dian Schefold, «Aspetti di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale tedesca», in AA.VV., *Il principio...*, cit., págs. 121 e segs.).

Pode assim concluir-se que o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República e de que o artigo 47.º, n.º 2, da nossa lei fundamental consagra uma projecção específica em matéria de acesso à função pública, proíbe diferenciações de tratamento, salvo quando estas, ao serem objectivamente justificadas por valores constitucionalmente relevantes, se revelem racional e razoavelmente fundadas. Tal proibição não alcança assim as discriminações positivas, em que a diferenciação de tratamento se deve ter por materialmente fundada ao compensar desigualdades de oportunidades. Mas deve considerar-se que inclui ainda as chamadas «discriminações indirectas», em que, e sempre sem que tal se revele justificável de um ponto de vista objectivo, uma determinada medida, aparentemente não discriminatória, afecte negativamente em maior medida, na prática, uma parte individualizável e distinta do universo de destinatários a que vai dirigida.

### 3. Aplicação às normas sob sindicância

3.1. Como atrás ficou referido, a regra do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento vem estabelecer uma ordem de prioridades que, na admissão a concursos externos para o recrutamento do pessoal docente da educação pré-escolar e dos ensinos básico e secundário e profissional público, deve ser observada no interior de um dos grupos de candidatos aos quadros de escola ou de zona pedagógica que os n.os 4 e 5 do mesmo artigo incluem numa primeira série de prioridades. O grupo em causa, referido nas alíneas c) dos referidos n.os 4 e 5 daquele artigo, é integrado pelos «candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos» que, nos termos daquelas disposições, embora sofram a preferência dos «candidatos providos em quadro de escola, com nomeação definitiva, que pretendam mudar de grupo, subgrupo, disciplina ou especialidade para o qual possuam também habilitação profissional» [a que se referem as alíneas a) e b) daqueles números] têm precedência na ordenação sobre os candidatos com simples habilitação profissional [mencionados na alínea d) dos mesmos números] e, no caso de candidatura aos quadros de zona pedagógica, sobre os candidatos com habilitação própria, referidos nas alíneas e) e f) do n.º 5.

A ordem de prioridades que a regra do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento estabelece para os referidos «candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos» dá precedência na ordenação àqueles candidatos que tenham sido bolseiros da Região Autónoma dos Açores durante pelo menos um dos anos lectivos do curso que lhes confere habilitação

### 1.2. Princípio da igualdade

profissional para a docência; ou tenham prestado pelo menos 3 anos de serviço docente, como docente profissionalizado no respectivo grupo ou nível de docência em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham realizado o estágio profissionalizante, mesmo quando este não seja remunerado, em escola da rede pública da Região Autónoma dos Açores; ou tenham accedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores.

Com o dispositivo em questão visa o legislador regional a «estabilização dos quadros docentes dos Açores com vista à promoção da educação e da qualidade do ensino na Região».

Não está em causa a legitimidade do fim último prosseguido, que claramente se insere nas obrigações dos entes públicos regionais, assim como a adequação, para o efeito, do escopo instrumental utilizado pelo legislador: a estabilização dos quadros docentes da região. Não sofre contestação, na realidade, que uma rede escolar caracterizada pela presença de quadros dotados de estabilidade assegurará muito mais eficazmente a qualidade do ensino que uma outra em que os agentes de ensino mantenham apenas laços precários com a comunidade que a escola serve e onde por imperativo constitucional se deve achar inserida [artigo 74.º, n.º 2, alínea f), da CRP]. O que levou o legislador a, no interior de cada categoria incluída na ordenação (candidatos providos em quadro de escola com nomeação definitiva; candidatos com habilitação profissional; e, no caso da candidatura aos quadros de zona pedagógica, candidatos com habilitações próprias), dar sistematicamente preferência àqueles candidatos que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos. Questiona-se apenas a legitimidade das diferenças de tratamento que o referido n.º 7 introduz no seio dos «candidatos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos».

Tais dúvidas afiguram-se em princípio desprovidas de fundamento. Na verdade, as diferenças de tratamento assim introduzidas são meras preferências relativas que intervêm no interior de uma mesma categoria mais geral. E não constituem qualquer vedação de acesso à candidatura ao subgrupo de candidatos que delas não goza. Com efeito, todos os indivíduos com habilitação profissional que aceitem ser providos por um período não inferior a três anos podem candidatar-se e gozam inclusivamente de preferência na ordenação, nos termos referidos, sobre outras categorias de candidatos. O que o referido preceito se limita a fazer é a conceder preferência dentro dessa categoria a uma parte daqueles que nela se integram e que se podem prevalecer de uma especial ligação à Região Autónoma dos Açores definida nos termos da sua alínea a).

Não é desrazoável pensar que uma especial ligação aos Açores possa favorecer a radicação nesta Região e por aí a estabilização dos seus quadros docentes. Resta pois indagar se os termos por que tal ligação é concretizada

desnaturalam o objectivo prosseguido e, revelando-se arbitrários ou carecidos de adequada fundamentação, nos termos supra indicados, constituem uma discriminação constitucionalmente proibida em relação àqueles cuja candidatura é preferida pela actuação do comando que analisamos.

Tal asfigura-se excluído no que tange à primeira condição de preferência consagrada. Com efeito, o Regulamento do regime de concessão de bolsas de estudo para a frequência de cursos de licenciatura que confiram habilitação para a docência apenas faz depender a concessão de bolsas de estudo da matrícula num curso de licenciatura, em qualquer das instituições de ensino superior portuguesas, que confira habilitação para a docência nas áreas que, em cada ano, por despacho do Director Regional da Educação, forem consideradas como carenciadas na Região Autónoma dos Açores. Não existe neste regime, pois, qualquer condição discriminatória na definição do universo dos candidatos à docência. E a inserção daquela condição de preferência asfigura-se além disso adequada a facilitar aos candidatos que dela beneficiam o cumprimento do compromisso, que assumem, nos termos do n.º 8 do Regulamento acima citado, de «prestar serviço em escola da Região Autónoma dos Açores durante um período de tempo não inferior ao dobro daquele durante o qual beneficie[in] de bolsa, até ao máximo de oito anos». Por outro lado, e para as hipóteses em que esse compromisso haja já sido cumprido, sempre o candidato haveria de ter prestado dois anos de serviço docente na Região Autónoma dos Açores. Não se asfigura pois que, ao atentar na efectiva ou potencial prestação de serviço docente na Região, e na opção em sede de habilitação profissional, por área considerada como carenciada na Região Autónoma dos Açores, reveladas pela concessão de bolsa de estudo de que o candidato beneficiou, o legislador regional haja ultrapassado a discricionariedade legislativa que lhe é consentida ao utilizar um critério objectivo e racional, na medida em que exprime uma ligação àquela Região Autónoma.

O mesmo se diga das segunda e terceira razões de preferência a que alude a alínea *a)* do n.º 7 do artigo 25.º e que se referem, respectivamente, à prestação de serviços de interesse geral ou diverso profissionalizado e ao exercício de funções de representação diplomática.

Importa por último considerar o quanto existente de preferência referida que faz relações a concorrência de um candidato tal credidão ao ensino superior integrado no currículo para entre 4 e 10 Região Autónoma das Açores. Cumpre referir que esta preferência é sempre menor que a existente nas candidaturas

tos por ele recordado pode por si só revelar uma ligação à Região Autónoma dos Açores diversa ou mais intensa que a daqueles outros que, encontrando-se quanto ao mais em idêntica situação, isto é, sendo igualmente detentores de habilitação profissional e aceitando ser providos por um período não inferior a três anos, hajam acedido ao ensino superior pela via do contingente geral, que não pela do contingente especial daquela Região Autónoma, muito embora preenchessem todos os requisitos a que está sujeita a inclusão neste último. O que significa que tal inclusão constitui um factor extrínseco, que por si só nada acrescenta e não revela uma particular ligação à Região Autónoma dos Açores.

É verdade que uma certa ligação pode resultar do preenchimento dos pressupostos de que depende a inserção no referido contingente especial, mas estes podem verificar-se mesmo em relação a candidatos que tenham acedido ao ensino superior integrados no contingente geral. Desde logo quanto a estes, e uma vez que o referido critério introduz uma desigualdade de tratamento desprovida de qualquer justificação, revelando-se arbitrária, a condição é discriminatória. Mas ao não revelar, em si mesma considerada, qualquer ligação efectiva dos candidatos à Região Autónoma dos Açores, aquela condição também não constitui fundamento para a preferência que reconhece aos candidatos que a preencham sobre todos os demais. Pelo que, e sem pôr em causa as razões que estão na base da fixação do referido contingente, há-de considerar-se que a utilização da pertinência a ele, enquanto elemento demonstrativo de uma particular ligação à Região Autónoma dos Açores, para justificar uma preferência de ordenação dos candidatos a que se referem as alíneas c) do n.º 4 e c) do n.º 5 do artigo 25.º do Regulamento, excede a liberdade de conformação do legislador, ao postular uma diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, violando desta forma, segundo é lição corrente da doutrina e da jurisprudência constitucional, a proibição do arbório que representa uma primeira dimensão do princípio da igualdade.

3.2. Vejamos agora a norma do artigo 2.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional n.º 26/2003 na medida em que estabelece, para os procedimentos do concurso do pessoal docente da educação pré-escolar e ensinos básico e secundário para o ano 2003/2004, uma redacção provisória para o n.º 4 do artigo 23.º do Regulamento.

n.º 4 do artigo 23.º do Regulamento.

Integrada na disposição relativa aos candidatos, aquela norma faz depender o concurso a provimento por período não inferior a três anos do preenchimento de uma, pelo menos, das condições (reveladoras, no entender do legislador regional, de uma especial ligação à Região Autónoma dos Açores) acima apreciadas no contexto do artigo 25.º, n.º 7. do Regulamento. Importa referir, a este propósito que a aceitação do provimento por um período não inferior a três anos constitui, nos termos do artigo 25.º do Regulamento, na redacção

que lhe é dada pela disposição transitória do artigo 2.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional n.º 26/2003, um critério de ordenação dos candidatos aos quadros de escola ou de zona pedagógica providos em lugar de escola ou de zona pedagógica com nomeação definitiva, e, apenas no caso dos concursos para os quadros de zona pedagógica, de ordenação dos candidatos com habilitação profissional e dos dotados de habilitação própria (que sofrem contudo a preferência dos anteriores).

Diferentemente do que acontecia com a disposição do Regulamento cuja conformidade ao princípio da igualdade se começou por analisar, os mencionados índices de ligação especial à Região Autónoma dos Açores não operam agora como factor de preferência relativa no interior de uma categoria, mas como condição de acesso a um tipo particular de concurso (o de provimento por período não inferior a três anos). Importa acrescentar que, nos termos da redacção provisória do referido artigo 25.º, é conferida prioridade, nos concursos para os quadros de escola e de zona pedagógica, aos candidatos providos em quadros de escola com nomeação definitiva e a candidatura a tal tipo de provimento é factor de preferência, nos concursos para os quadros de escola ou de zona pedagógica, entre os candidatos providos em quadros de escola com nomeação definitiva que neles ocupam a primeira posição, e, nos concursos para os quadros da zona pedagógica, no seio dos candidatos com habilitação profissional e dos que têm habilitação própria (que, por sua vez, sofrem a preferência dos anteriores).

Nestes termos, ao invés de constituir um critério relativo de prioridade no seio de uma categoria que ocupava um determinado lugar num processo de ordenação dos candidatos, como no artigo 25.º, n.º 7, do Regulamento, os mesmos factores de revelação de uma pretendida ligação especial à Região Autónoma dos Açores constituem agora, para os concursos referentes ao ano escolar 2003/2004, na redacção dada pela norma transitória do artigo 2.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional n.º 26/2003, ao artigo 23.º, n.º 4, do Regulamento, verdadeiras condições de acesso a um tipo particular de concursos. Concursos estes que dão aos que a ele são admitidos ou posições de prioridade na ordenação dos candidatos aos quadros de escola ou de zona pedagógica, nos termos já referidos, ou que, para certas categorias (a dos candidatos com habilitação profissional), constituem a única possibilidade de acesso aos quadros de escola.

As condições referidas não consubstanciam nestes termos meras preferências relativas, mas autênticas condições de acesso a um particular tipo de concursos, discriminando, em violação do disposto no artigo 47.º, n.º 2, da Constituição, todos os candidatos que as não preencham, ao impedir-lhos de concorrer, com aqueles que se encontram em situação funcional ou académica semelhante, a um provimento por período não inferior a três anos, que por sua vez constitui, como vimos, critério de prioridade na ordenação de candidatos ou condição de participação, para determinadas categorias de candidatos, em certos concursos.

## *1.2. Princípio da igualdade*

Na verdade, os candidatos em que não concorram tais condições não podem sequer propor-se concretizar uma das finalidades assumidas da legislação regional em apreciação — a constituição de uma ligação estável ao ensino na Região Autónoma dos Açores — uma vez que ficam por aquela disposição impedidos de se candidatarem a um «provimento por período não inferior a três anos».

Nestes termos, não pode a conformidade à Constituição daquela disciplina provisória deixar de ser rejeitada, por a sua aplicação envolver uma manifesta discriminação a favor daquelas categorias, discriminação que não logra basear-se em qualquer fundamento objectivo em favor dos candidatos que preencham as referidas condições. Com efeito, não se alcança desde logo em que medida é que a norma em questão serve a finalidade, declarada pelo legislador regional, de estabilização do corpo docente da Região, uma vez que veda a uma categoria de candidatos (os que não preencham as condições referidas e elencadas no artigo 23.º, n.º 4, na sua versão provisória) o acesso a um tipo de concursos que, precisamente por conduzirem a um provimento por duração não inferior a três anos, garantem uma particular estabilização do corpo docente. E não se vê em que é que o não preenchimento daquelas condições constitui um fundamento objectivo de afastamento dos candidatos por elas excluídos da possibilidade de concorrer a provimento por período não inferior a três anos e, portanto, de contribuirem nessa medida para a estabilização do corpo docente regional. Nem se alcança em que medida é que a circunstância, referida no preâmbulo do diploma a que nos reportamos, de, tendo já decorrido o prazo para entrega das candidaturas ao concurso para pessoal docente para o ano escolar de 2003/2004 entretanto aberto, se manter a respectiva tramitação, implica que a selecção dos candidatos nele devesse ser feita por critérios distintos dos consagrados em geral para o futuro pelo legislador regional no artigo 25.º

Nesta medida, não pode deixar de se considerar que a referida restrição ao acesso ao concurso de provimento por período não inferior a três anos carece de fundamento objectivo, contrariando aliás a finalidade que o legislador regional prossegue, e constitui uma limitação arbitrária dos direitos dos candidatos, ofendendo o princípio constitucional da igualdade.

## IV — Decisão

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

Pronunciar-se pela inconstitucionalidade, por violação dos artigos 13.º e 47.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, do segmento normativo que contém o critério respeitante aos candidatos que tenham acedido ao ensino superior integrados no contingente da Região Autónoma dos Açores, constante da parte final da alínea a) do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento do Concurso do

Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo artigo 1.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional dos Açores n.º 26/2003, e, bem assim, da norma constante do artigo 2.º do mesmo Decreto, na medida em que estabelece uma redacção provisória para o n.º 4 do artigo 23.º daquele Regulamento, aplicável ao concurso do pessoal docente para o ano lectivo de 2003/2004.

Não se pronunciar pela inconstitucionalidade dos demais segmentos normativos do n.º 7 do artigo 25.º do Regulamento do Concurso do Pessoal Docente da Educação Pré-Escolar e Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo artigo 1.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional dos Açores n.º 26/2003.

Lisboa, 13 de Maio de 2003. — Rui Manuel Moura Ramos — Paulo Mota Pinto — Alberto Tavares da Costa — Bravo Serra — Gil Galvão — Maria Helena Brito — Mário José de Araújo Torres — Benjamim Rodrigues — Artur Maurício (subscrevendo a declaração de voto feita pela Ex.º Conselheira Maria dos Prazeres Beleza) — Maria dos Prazeres Pizarro Beleza (com declaração de voto) — Maria Fernanda Palma [com declaração de voto quanto à alínea b) da Decisão] — Carlos Pamplona de Oliveira — com declaração expressa pela Senhora Conselheira Prazeres Beleza — Luís Nunes de Almeida.

#### **Declaração de voto**

Não votei no sentido do não conhecimento do pedido por estar em causa uma questão que, pelas razões indicadas no acórdão, ficou por analisar no Acórdão n.º 81/03, apesar de ter sido colocada ao Tribunal Constitucional.

É que, em meu entender, não basta a simples manifestação de dúvidas de constitucionalidade para que se justifique a intervenção do Tribunal Constitucional, mesmo em processo de fiscalização preventiva, no essencial, pelas seguintes razões:

1. A fiscalização preventiva não é uma função consultiva, não é uma função auxiliar do voto. É uma função jurisdicional do Tribunal Constitucional, ao mesmo título que as demais funções de fiscalização.

2. Se o Tribunal Constitucional não se pronuncia pela inconstitucionalidade, o poder de voto fica intacto e pode ser exercido livremente. Se, diferentemente, o Tribunal Constitucional se pronuncia pela inconstitucionalidade, o poder de voto muda de natureza, passando a exercer apenas uma função subordinada de execução da decisão do Tribunal (veto obrigatório).

O Ministro da República (neste caso) não é, portanto, um órgão consultente, mas antes um órgão requerente ou de iniciativa, que pode também vir a ser um órgão executor.

#### **1.2. Princípio da igualdade**

3. No sistema português, que reconhece aos tribunais poderes muito amplos de fiscalização sucessiva, a fiscalização preventiva do Tribunal Constitucional não constitui um modo normal de fiscalização da constitucionalidade das leis. No espírito da Constituição, a fiscalização preventiva serve apenas o objectivo de evitar a entrada em vigor de textos legais feridos de uma inconstitucionalidade particularmente nítida e clara. Se se fosse mais longe, fazendo intervir o Tribunal Constitucional sempre que um argumento de inconstitucionalidade pudesse ser configurado, o peso do sistema deslocar-se-ia para a fiscalização preventiva, com prejuízo, pelo menos, da fiscalização sucessiva difusa.

4. Não podendo o Tribunal Constitucional decidir da oportunidade da sua intervenção, cabe necessariamente ao órgão requerente, enquanto órgão detentor da iniciativa processual, o papel de seleccionar os casos em que se justifica a fiscalização preventiva. Para que esta se exerça dentro do espírito da Constituição, é necessário que exista aos olhos do órgão requerente mais do que uma simples dúvida, ainda que razoável. O órgão requerente deverá estar ele mesmo convicto da existência da inconstitucionalidade e sustentá-la em termos afirmativos, não em termos meramente dubitativos e hipotéticos. Se o órgão requerente não tiver essa convicção, não deverá suscitar a intervenção do Tribunal Constitucional.

No mesmo sentido aponta o facto de o juízo de não inconstitucionalidade ser desprovido de quaisquer efeitos «preventivos». É que a fiscalização preventiva só produz efeitos úteis se conduzir a um julgamento de inconstitucionalidade; não pode, portanto, servir para afastar dúvidas, mas sim para afastar inconstitucionalidades. Só deve, portanto, ser utilizada quando o órgão requerente estiver convencido da existência da inconstitucionalidade, desenvolvendo nesse sentido uma argumentação conclusiva. — Maria dos Prazeres Pizarro Beleza

#### **Declaração de voto**

Concordando, em geral, com a fundamentação do Acórdão, tenho muitas dúvidas de que o artigo 1.º do Decreto da Assembleia Legislativa Regional dos Açores não promova uma «discriminação indirecta» incompatível com o princípio da igualdade que acabe por impedir, na prática, as pessoas que não se enquadram nos critérios de prioridade de obterem colocação.

Na verdade, conferindo a página oficial na Internet do Governo Regional dos Açores ([dre.raa.pt](http://dre.raa.pt)), pode constatar-se que, no ano lectivo de 2002/2003, os números globais (resultantes da adição das várias parcelas) de candidatos incluídos nas prioridades foram de 499 e 554 (para os Quadros de Zonas Pedagógicas e de Escolas, respectivamente), enquanto os números globais de vagas correspondentes foram de 61 e 458.

A circunstância de ter sido considerado inconstitucional um segmento da norma em crise (o relativo aos candidatos provenientes dos contingentes espe-

ciais de acesso ao ensino superior), apesar de reduzir o universo dos candidatos incluídos nas prioridades, não logrará, em princípio, abrir uma possibilidade razoável de colocação a candidatos fora daquelas prioridades.

Com efeito, a maioria dos candidatos que poderiam concorrer por terem sido colocados no Ensino Superior ao abrigo dos contingentes especiais fizeram a sua profissionalização na Região — pois condição de ingresso nos contingentes é a candidatura prévia às vagas da Universidade dos Açores, cujos cursos de licenciatura comportam, em geral, no 5.º ano, a profissionalização (artigo 10.º, n.º 4, do Regulamento do Concurso Nacional de Acesso e Ingresso no Ensino Superior Público para a Matrícula e Inscrição no ano lectivo de 2002/2003, aprovado pela Portaria n.º 711/2002, *Diário da República*, I Série-B, de 25 de Junho). Deste modo, tais candidatos, não podendo beneficiar do critério unconstitutional dos contingentes, beneficiarão, ainda assim, na maioria dos casos, do critério da profissionalização na Região.

Por conseguinte, a preferência absoluta pelos critérios referidos pode redundar, em concreto, num modo de vedar o acesso àqueles lugares da Função Pública a outros candidatos. — *Maria Fernanda Palma*

#### BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

- GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, págs. 426 e segs.
- JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, págs. 228 e segs.
- F. ALVES CORREIA — *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Coimbra, Almedina, 1997, págs. 393 e segs.
- M. LÚCIA AMARAL — «O princípio da igualdade na Constituição portuguesa» (em publicação).
- M. GLÓRIA F. PINTO — «Princípio da igualdade, fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?», in *Boletim do Ministério da Justiça*, 358, 1986, págs. 19 e segs.
- MARTIM DE ALBUQUERQUE — *Da Igualdade — Introdução à Jurisprudência*, Coimbra, Almedina, 1993.
- JORGE REIS NOVAIS — *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 799 e segs.
- J. CASALTA NABAIS — *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 43 e segs.
- J. MARTINS CLARO — «O princípio da igualdade», in *Nos Dez Anos da Constituição*, Lisboa, INCM, 1986, págs. 31 e segs.

#### 1.3. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Poucos domínios apresentam uma terminologia tão oscilante como a que se refere ao princípio da proibição do excesso, ou, na acepção mais vulgarizada, às várias dimensões do princípio da proporcionalidade. Da parte da jurisprudência constitucional ou da grande maioria dos Autores, a designação mais utilizada quando se trata de encontrar uma denominação abrangente da generalidade dos controlos e parâmetros constitucionais relacionados com a adequação substancial de uma medida restritiva da liberdade não é, aqui, a da *proibição do excesso*, mas antes a da *proporcionalidade*. Quando muito, a *proibição do excesso* surge identificada com o princípio da proporcionalidade em sentido lato, mas a utilização mais comum centra-se neste último princípio, por sua vez considerado integrado, constitutivamente, por diferentes subprincípios, entre os quais o da proporcionalidade em sentido restrito.

Em qualquer caso, independentemente dessa oscilação semântica, pode dizer-se que este princípio é, hoje, a referência fundamental do controlo da actuação dos poderes públicos em Estado de Direito, assumindo, particularmente no âmbito dos limites aos direitos fundamentais, o papel de principal instrumento de controlo da actuação restritiva da liberdade individual e de *chave* sem a qual, integrada no recurso à metodologia da ponderação de bens, não seria possível decifrar os complexos problemas que aí vêm sendo suscitados. Tão natural se acabou por converter a omnipresença do princípio que, actualmente, é já quase supérflua a questão da sua fundamentação constitucional, de tal sorte que, mesmo se não houvesse outros artigos a acolhê-lo expressamente, se diria que ele decorre inquestionadamente da própria ideia de Estado de Direito.

Também entre nós, se bem que o artigo 18.º da Constituição não refira expressamente a proporcionalidade como parâmetro do controlo — e só mesmo a partir da revisão constitucional de 1982 tenha acolhido expressamente o princípio da proibição do excesso quando diz

«devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (na versão originária da Constituição, o princípio sórta já acolhido, no artigo 272.º, enquanto limite das medidas de polícia) —, a doutrina portuguesa fez formalmente do princípio da proporcionalidade o núcleo central dos requisitos materiais exigidos às restrições aos direitos fundamentais e a jurisprudência constitucional adoptou-o com esse alcance. O princípio apresenta, consequentemente, uma latitudine suficientemente ampla para, por vezes, surgir identificado com cada um dos subprincípios e conceitos afins aqui invocáveis e, por outras, se considerar como princípio geral abrangendo essas várias dimensões.

Foi este sucesso prático e teórico da fórmula *proporcionalidade* que levou, entretanto, o legislador da revisão constitucional de 1989 a consagrá-la expressamente o princípio da proporcionalidade no artigo 19.º, a propósito dos requisitos a preencher pelas declaração e execução dos regimes de estado de sítio e estado de emergência, bem como no artigo 266.º, enquanto um dos princípios fundamentais que regem a actuação da Administração. No mesmo sentido, o legislador ordinário, no artigo 5.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo, erigiu o princípio da proporcionalidade em limite das decisões da Administração que afectem direitos subjectivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares.

### **1.3.1. Os subprincípios, elementos ou máximas contidos no princípio da proibição do excesso**

Pode dizer-se que também entre nós, porventura por influência da teorização germânica, e apesar da referida oscilação semântica, tem feito progressivamente caminho uma distinção entre um sentido lato e um sentido restrito da proporcionalidade, procedendo-se, nesse sentido, à subdivisão do princípio da proporcionalidade em sentido lato (ou, se se quiser, e como preferimos, o princípio da proibição do excesso) por três subprincípios, máximas ou elementos: a *idoneidade* (muitas das vezes sob a designação de *adequação*), a *necessidade* e a *proporcionalidade em sentido restrito*.

Na sua utilização mais comum, ao princípio da idoneidade é atribuído o sentido de exigir que as medidas restritivas em causa sejam aptas a realizar o fim visado com a restrição ou contribuam para o alcan-

### **1.3. Princípio da proibição do excesso**

çar; ao princípio da indispensabilidade ou da necessidade o sentido de que, de todos os meios idóneos disponíveis e igualmente aptos a prosseguir o fim visado com a restrição, se deve escolher o meio que produza efeitos menos restritivos; por sua vez, o princípio da proporcionalidade em sentido restrito respeitaria à *justa medida* ou relação de adequação entre os bens e interesses em colisão ou, mais especificamente, entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela prosseguido.

Da nossa parte, sem termos razões de fundo a opor a esta construção do princípio da proporcionalidade, pensamos ser mais feliz a proposta, originária de LERCHE, de tomar o princípio da *proibição do excesso* como o princípio mais abrangente onde se integram diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade. De facto, a ideia-chave é, aqui, a de que, num Estado baseado na dignidade da pessoa humana, as relações entre os particulares e o Estado estão sujeitas a um princípio basilar: a liberdade e a autonomia dos primeiros são a regra — pelo que, em princípio, o *se*, o *quando* e o *como* do seu exercício são deixados à discricionariedade do indivíduo —, enquanto que a ingerência estatal na liberdade dos cidadãos é a exceção e, como tal, limitada e de validade condicionada ao preenchimento de requisitos pré-estabelecidos.

Esta posição de partida inspira-se no chamado *princípio da reparição* de Estado de Direito, não na visão redutora de um liberalismo avesso a uma integração de liberdade e Direito e, nessa medida, contrário a qualquer intervenção estatal na liberdade individual, mas numa concepção garantista da liberdade individual e dos direitos fundamentais vinculada ao princípio da protecção e promoção da dignidade da pessoa humana.

Assim, a pessoa humana será inconstitucionalmente degradada e coisificada — e, daí, a fundamentação remota do princípio da proibição do excesso na dignidade da pessoa humana — quando o Estado a afecte desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objectiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de protecção jurídica e efectuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes. A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspectiva, a liberdade geral de accção nele

fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afectada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de protecção jurídica.

Nestes termos, por força desta correspondente natureza vocacionalmente expansiva da liberdade individual — ou, se se quiser, da natureza de princípio que têm os direitos fundamentais — é constitucionalmente ilegítima, em Estado de Direito, qualquer ingerência estatal na esfera de autonomia dos particulares ou qualquer restrição da sua liberdade que se afigure excessiva, ou seja, que vá para além do estritamente necessário ou adequado. Logo, a ideia mais abrangente no sentido da conformidade ou adequação constitucional da medida restritiva é a de proibição do excesso de restrição ou de intervenção restritiva na liberdade, sendo a ideia de relação proporcional, de justa medida, de equilíbrio — seja entre bens, seja entre meios e fins — um de entre vários elementos em que se desdobra, consequentemente, aquela proibição, já que o *ir para além do estritamente adequado ou necessário* pode resultar de diferentes factores. Pode, mais concretamente, ser consequência do facto de a restrição ser inapta, inútil, desnecessária, gratuita ou arbitrária, desproporcionada, desrazoável, vaga ou indeterminada.

Consideramos, portanto, independentemente das concretizações constitucionais do princípio, que a exigência da sua aplicação no controlo da constitucionalidade das restrições à liberdade e autonomia individuais decorre, directamente, da particular configuração que os direitos fundamentais e as relações entre Estado e indivíduos cobram em Estado de Direito. De resto, apesar dos esforços doutrinários em encontrar uma fundamentação constitucional indiscutível para a proibição do excesso ou a proporcionalidade em sentido lato, sobretudo nas situações em que, como na Alemanha, a Constituição não consagra expressamente o princípio, acabam por ser, no seguimento da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal constitucional alemão, o princípio do Estado de Direito e a essência dos direitos fundamentais a constituir a síntese das inúmeras tentativas da sua fundamentação unilateral.

Com efeito, todas as diferentes fundamentações acabam por se reunir, unificadamente, na mesma referência comum aos valores do Estado de Direito democrático e social dos nossos dias, posto que neste se

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

reveja a confluência material dos princípios da justiça, da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Nesse sentido, a questão do assento ou fundamento constitucional do princípio da proibição do excesso acaba por redundar em problema aparente, dado que o princípio da proibição do excesso encontra, nas mais diferentes latitudes, uma aceitação generalizada enquanto princípio constitucional de Estado de Direito.

Constituindo, tal como o princípio da proibição do arbítrio, uma componente elementar da ideia de justiça, o princípio da proibição do excesso pode, por tal facto, reclamar uma validade geral não mais confinada aos estreitos limites do Direito administrativo ou do Direito de polícia onde se havia anteriormente firmado. Só essa vinculação entre proibição do excesso, proporcionalidade, Estado de Direito e justiça explica que, apesar das substanciais diferenças dos textos constitucionais ou mesmo da sua ausência nesses textos, seja idêntica ou muito próxima a tendência de evolução que, a propósito, se desenvolve nos Estados Unidos da América ou nos diferentes países europeus, na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou na jurisdição comunitária.

Assim, admitindo que a referência comum à proporcionalidade — por ser a mais vulgarizada e com progressivo acolhimento no direito positivo — seja utilizada como *superconceito*, no quadro dos controlos típicos de Estado de Direito, a par da igualdade, da protecção da confiança ou da reserva de lei, preferimos considerar a proibição do excesso, até por força do seu reconhecimento constitucional expresso no artigo 18.º, como princípio-base em que se integram os diferentes elementos constitutivos em seguida abordados.

Esta decomposição do princípio da proibição do excesso pelos seus vários elementos constitutivos apresenta a vantagem reconhecida à análoga decomposição do princípio da proporcionalidade *em sentido lato*, ou seja, permite um escalonamento dos controlos num processo de filtragem sucessiva que vai eliminando, nas suas primeiras fases, os *candidatos* relativamente aos quais o apuramento do eventual excesso ou *desproporcionalidade* é mais imediata e objectivamente determinável, seleccionando para a última fase só os *candidatos* que já passaram os *testes* da idoneidade e indispeñabilidade.

Por sua vez, a distinção terminológica entre *proibição do excesso*, como conceito mais abrangente, e princípio da proporcionalidade, como

um dos seus elementos, permite separar, com mais clareza, as diferentes fases do controlo em função da sua diferente natureza. Ou seja, se os controlos de idoneidade e indispensabilidade, ainda que exigindo valorações e não dispensando, por vezes, procedimentos de ponderação, são de natureza tendencialmente objectiva e, enquanto tal, intersubjectivamente comprováveis, já os controlos respeitantes à fase da proporcionalidade, ao momento da avaliação da referida *justa medida*, dependem vitalmente de procedimentos de ponderação de bens, racionalmente acessíveis, mas de avaliação essencialmente subjectiva.

Nesses termos, a utilização do tópico *proibição do excesso* permite a não inclusão na proporcionalidade dos elementos que apresentam uma natureza essencialmente diversa da proporcionalidade *em sentido restrito* e, nesse sentido, facilita, não apenas a compreensão do que está em jogo nas diversas fases do controlo, como, sobretudo, a diversificação das exigências e das margens de densidade ou intensidade do controlo para cada um dos elementos sindicados.

Significa isto que quando o juiz verifica se o legislador prosseguiu fins constitucionalmente legítimos ou se utilizou meios aptos a alcançar os fins a que se propôs (princípio da aptidão), a margem de que o juiz dispõe é uma (maior), enquanto já será, eventualmente, uma outra (menor) quando verifica se um sacrifício imposto é proporcional ao benefício atingido ou visado (princípio da proporcionalidade). Ora, nessa altura, englobar todas as instâncias de controlo sob a mesma designação de controlo de *proporcionalidade* tende a obscurecer as diferenças e a nivelar as margens de acção e de prognose atribuídas a cada um dos poderes quando as especificidades de natureza exigiram, ao invés, correspondentes diferenciações com vantajoso acolhimento e reflexo na terminologia utilizada.

Consideraremos assim, a seguir, como subprincípios, elementos ou máximas contidos no princípio mais geral da proibição do excesso (ou, como se diz na formulação mais frequentemente utilizada, no princípio da proporcionalidade *em sentido lato*), mas com a virtualidade de poderem ser considerados autonomamente enquanto verdadeiros princípios jurídicos próprios de Estado de Direito, os seguintes: princípio da aptidão ou da idoneidade, princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo, princípio da proporcionalidade, princípio da razoabilidade e princípio da determinabilidade.

### 1.3.1.1. Princípio da idoneidade ou da aptidão

O princípio da idoneidade ou da aptidão significa que as medidas restritivas da liberdade individual devem ser aptas a realizar o fim prosseguido com a restrição ou significa, mais rigorosamente, que aquelas medidas devem, de forma sensível, contribuir para o alcançar.

O controlo da idoneidade da medida restritiva refere-se exclusivamente à aptidão objectiva ou formal de um meio para realizar um fim e não a qualquer avaliação substancial da bondade intrínseca ou da oportunidade da medida restritiva: uma medida é idónea quando é útil para a consecução de um fim, quando permite a aproximação do resultado pretendido, quaisquer que sejam a medida e o fim e independentemente dos méritos correspondentes. Daí que não nos pareça tão apropriada a tradução desta máxima como *princípio da adequação* já que o termo parece sugerir uma aproximação essencialmente axiológica que, aqui, não é a determinante. Trata-se, portanto, de um princípio e um controlo essencialmente baseados numa relação objectiva e empiricamente comprovável entre um meio e um fim.

Há, no entanto, um pressuposto lógico da idoneidade, qual seja o da legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição e da legitimidade dos meios utilizados, que não integrando, em rigor, as exigências relativas à aptidão de um meio para atingir um fim, condiciona, todavia, a pertinência tanto deste como dos controlos posteriores.

No quadro do princípio da proibição do excesso está naturalmente excluída a utilização de meios e a prossecução de fins constitucionalmente ilegítimos — por exemplo, fins ou meios que atentem contra a dignidade da pessoa humana —, como também, já numa perspectiva de limitação positiva, só podem ser prosseguidos fins jurídica e materialmente possíveis e, como se prescreve no artigo 18.º, n.º 2, da nossa Constituição, que se limitem a «salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». É certo que esta última é uma referência

tão abrangente e elástica que impede, na prática, a invalidação, com esse fundamento, de quaisquer restrições à liberdade desde que os fins prosseguidos não sejam juridicamente ilegítimos. Porém, procurando determinar com mais precisão o significado daquele limite em ordem a conferir-lhe algum sentido útil, e recorrendo para isso à Declaração Universal dos Direitos do Homem como fonte de interpretação e integração dos preceitos constitucionais sobre direitos fundamentais, concluiremos que, naquele domínio de fins tão amplamente delimitado, só são, todavia, legítimas as restrições aos direitos fundamentais que, para além de observarem os restantes *limites aos limites*, se destinem exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática (artigo 29.º, n.º 2, da Declaração).

ração). Assim, com este sentido mais precisamente determinado, a exigência da legitimidade dos fins já pode constituir um parâmetro adequado para a verificação da observância, por parte do legislador, dos fins que lhe são pré-fixados pela Constituição e, da parte dos restantes poderes constituídos, dos fins constitucional e legalmente pré-estabelecidos, enquanto fase preliminar do controlo de idoneidade. É que, em rigor, a idoneidade respeita exclusivamente à relação de causa-efeito entre meio e fim, à aptidão de um meio para atingir um fim.

Por outro lado, esta aptidão deve ser aferida, como sustenta a doutrina germânica no seguimento da jurisprudência do Tribunal constitucional, não no sentido de uma exigência que só se considera cumprida quando o meio realiza integral ou plenamente o fim visado, mas bastando-se, antes, com uma aproximação sensível, ainda que parcelar, do fim pretendido. Assim, nesta fase prévia, a medida restritiva só será liminarmente invalidada por inidoneidade ou inaptidão quando os seus efeitos sejam ou venham a revelar-se indiferentes, inócuos ou até negativos tomando como referência a aproximação do fim visado com a restrição.

Esta aparente contenção de exigências no controlo de idoneidade desvaloriza, em alguma medida, a importância do princípio da idoneidade enquanto instância autónoma orientada à limitação da margem de decisão dos poderes públicos e à racionalização e objectivização de um controlo baseado na proibição do excesso.

### 1.3 Princípio da proibição do excesso

Mais ainda, a contenção de objectivos de *filtragem* a alcançar através do princípio da idoneidade reflecte-se, também, no facto de a invalidação de uma medida restritiva por inaptidão não se bastar com a sua verificada plena ineficácia na obtenção do resultado pretendido. É que, reconhece-se consensualmente, para que se apure a existência de inconstitucionalidade será ainda necessário que o responsável pela restrição pudesse ter previsto tal inaptidão no momento em que a decidiu ou a actuou. O controlo de idoneidade acaba por ser, essencialmente, um controlo *ex ante*, incidindo sobre a prognose realizada pelos poderes públicos responsáveis pela criação ou concretização da restrição a direitos fundamentais.

tos fundamentais. Assim, de acordo com a jurisprudência e doutrina dominantes, a restrição só será inidónea quando, tendo em conta a margem de livre apreciação do legislador democrático — o que faz acrescer aos limites materiais do princípio da idoneidade os limites funcionais do poder judicial —, o juiz conclua ser essa restrição, à partida e de acordo com os conhecimentos empíricos e científicos disponíveis no momento da sua aprovação, totalmente inapta para, de algum modo, contribuir para alcançar o fim por ela visado.

o fim por ela visado.

Da nossa parte, concordando com a atribuição da devida relevância aos juízos de prognose feitos no momento em que o autor da restrição representa os seus previsíveis efeitos, já não nos parece justificar-se qualquer condescendência para com os poderes públicos responsáveis pela restrição, não apenas a partir da altura em que o juiz comprova a inaptidão da medida restritiva, mas também a partir do momento em que os mesmos poderes públicos poderiam, objectivamente, ter verificado a inidoneidade do meio e, não havendo razões para, num e no outro caso, crer na reversibilidade da situação, devessem tê-lo anulado. Significa isto que o decurso do tempo pode criar circunstâncias de verificação que determinem que uma medida restritiva cujos efeitos se destinem a perdurar, ainda que não seja considerada inapta no momento da sua criação à luz dos prognósticos feitos com base nos conhecimentos e experiência disponíveis — e, por esse facto, não constitucional *ex tunc* —, se venha a revelar inidonea e, como tal, constitucional a partir do momento em que essa verificação foi ou poderia objectivamente ter sido feita.

Por outro lado, a redução do controlo de lucros das restrições absurdas ou puramente arbitrárias só é aceitável quando

possa ser compensada através da consideração dos diferentes graus de aptidão ou idoneidade da medida restritiva nas fases posteriores do controlo. De facto, o grau de realização induzido pela medida restritiva extraíva, por opção metodológica, o controlo de idoneidade, mas não deixará de ser tido em conta nos controlos de indispensabilidade e de proporcionalidade. De um lado, a consideração da medida em que uma restrição contribui para alcançar o fim adquirirá toda a relevância quando se trate de saber se o poder público dispunha de medida menos restritiva capaz de proporcionar o mesmo grau de realização do fim proposto; por outro lado, os factores referentes ao grau ou intensidade de realização do fim relevam, necessariamente, quando se compara o benefício alcançado e o sacrifício imposto pela restrição e, designadamente, quando se pondera a *constelação* em apreço com *constelações* alternativas em que aqueles termos sofressem variações.

### 1.3.1.2. Princípio da indispensabilidade ou do meio menos restritivo

Ainda que, por vezes, venham confundidos, há que distinguir entre o princípio da *proibição do excesso* e o princípio da *necessidade* ou da *indispensabilidade*. Enquanto que o primeiro, mais lato, prosbe que a restrição vá mais além do que o estritamente necessário ou adequado para atingir um fim constitucionalmente legítimo — o que envolve as diferentes exigências que estamos a considerar —, o princípio da *necessidade*, enquanto subprincípio ou elemento constitutivo daquele, impõe que se recorra, para atingir esse fim, ao meio *necessário, exigível* ou *indispensável*, no sentido do meio *mais suave* ou *menos restritivo* que precise de ser utilizado para atingir o fim em vista.

Determinada, em momento logicamente anterior, a legitimidade constitucional de fins e meios e apurada a idoneidade do meio para atingir o fim, trata-se, agora, no controlo de indispensabilidade (ou, se se quiser, de *necessidade, de exigibilidade*), de verificar se não haverá, relativamente ao meio efectivamente escolhido, um outro meio que sendo, em princípio, tão eficaz ou idóneo como aquele para atingir o fim, seja, todavia, sensivelmente menos agressivo. Por sua vez, a desnecessidade da agressão afere-se em relação aos prejuízos provocados pelas medidas restritivas em comparação, avaliados em função dos seus efeitos materiais, espaciais, temporais ou pessoais e tendo em conta, não apenas o direito fundamental directamente atingido, como qualquer outra afectação desvantajosa da liberdade, dos direitos fundamentais ou de outros interesses juridicamente relevantes do mesmo titular ou de outros.

Na fórmula consagrada de FLEINER — *não se deve utilizar um canhão para atirar a pardais* — exprime-se, precisamente, essa ideia de evitar danos desnecessários, não exigíveis pela realização do fim. Se se puder fazer a prova da existência de um meio alternativo menos

restritivo ou agressivo que o utilizado, então o meio efectivamente escolhido será excessivo e, como tal, inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso e, mais especificamente, do princípio da indispensabilidade ou da obrigação de recorrer ao meio *mais suave* para atingir o fim.

Com idêntico sentido, será inconstitucional a medida restritiva que, embora legítima em relação ao fim prosseguido, provoque efeitos mais restritivos da liberdade que as medidas actualmente em aplicação sem garantir, concomitantemente, um acréscimo sensível de eficácia na realização desse fim.

Assim, partindo do princípio que a exibilidade de um meio só pode ser precisamente determinada em função da comparação entre meios igualmente idóneos, ou seja, que apresentem um igual grau de eficácia, pode dizer-se que, ainda que referido genericamente a uma relação entre um meio e um fim, o controlo da indispensabilidade acaba por se traduzir numa comparação entre diferentes *constelações* ou complexos de relações meio/fim ou, se se quiser, numa relação meio/meio.

Em caso de restrição a direitos fundamentais, com a opção por um meio igualmente idóneo, mas menos restritivo, os interessados na prossecução do interesse público que justifica a restrição não ficam pior — já que o fim público é alcançado com o mesmo grau de eficácia — e, pelo menos, o afectado melhora a sua posição relativa.

Porém, para poder corresponder à racionalidade subjacente a tal critério, o controlo de exibilidade tem de estar subordinado às seguintes linhas de orientação: em primeiro lugar, pressupõe-se a possibilidade de determinar rigorosa e precisamente o fim ou fins prosseguidos com a restrição; segundo, pressupõe-se a idoneidade dos meios em comparação; em terceiro lugar, pressupõe-se a igual aptidão desses meios na realização do fim ou fins pré-determinados. Logo, em face dessas características, este controlo apresenta uma vocação especial para uma aplicação nos casos concretos, pois só aí se pode verdadeiramente apurar dos fins visados, da idoneidade dos meios disponíveis em comparação e, sobretudo, da existência de uma idêntica eficácia na realização do fim.

Ora, se o controlo da idoneidade dos meios disponíveis, tomado a si, se pode efectuar de forma objectiva, já a avaliação do grau de aptidão ou idoneidade de cada um desses meios no âmbito de um controlo

de indispensabilidade se revela muito mais complexa. Não apenas porque raramente dois meios revelam, de forma evidente, um preciso grau de aptidão em termos de se poder concluir pela sua equivalência, mas também porque uma variação no grau de realização do fim prosseguido será normalmente acompanhada de variações correspondentes nos efeitos restritivos de liberdade por eles provocados.

Assim, aquilo que, à partida, era um controlo objectivo e de fundamentação intersubjectivamente demonstrável, na prática acaba por remeter inevitavelmente para juízos decisivos de valoração e de ponderação. Na generalidade dos casos, tratar-se-á de ponderar se, para atingir um dado fim, ao meio A é de preferir o meio B que, sendo embora mais restritivo que aquele, tem um maior grau de eficácia na realização do fim, ou, ainda, se se deve optar pelo meio C, menos agressivo que A, mas, também, menos eficaz que este.

A complexidade das valorações e correspondentes escolhas fica mais evidente se traduzirmos numa expressão numérica as *constelações* em causa, ainda que com a reserva — decisiva para a compreensão da natureza da ponderação de bens neste domínio — da impossibilidade de *matematização* ou quantificação dos valores em concorrência.

A solução aparenta ser evidente quando um abrandamento praticamente insensível na eficácia de consecução do fim é acompanhado de uma redução significativa dos efeitos restritivos, quando, por exemplo, numa escala de eficácia e de efeitos restritivos de zero a dez, o meio A apresenta um grau oito de realização do fim e efeitos restritivos de grau dez, enquanto que o meio B tem sete de eficácia e três de agressividade. Aí, independentemente da qualificação do meio A como *desnecessário*, *desproporcionado* ou *excessivo*, a opção por B parece óbvia. Porém, a situação pode ser muito mais complexa; por exemplo, as alternativas podem consistir num meio A com quatro de eficácia e três de efeitos restritivos; no meio B, com nove de eficácia e sete de efeitos restritivos; e no meio C, com dois de eficácia e dois de efeitos restritivos.

Para além disso, na apreciação de cada um destes vectores tem de se atender à sensibilidade subjectiva dos próprios interessados. Assim, aquilo que, normal e objectivamente, pode ser considerado um meio menos restritivo pode, do ponto de vista do afectado, ser sentido como meio mais gravoso. Por outro lado, a medida mais suave para algum ou alguns dos lesados pode constituir a solução mais agressiva para os

legítimos interesses de outro grupo de afectados, tal como, inversamente, a maior danosidade de uma medida pode ser compensada pelo facto de, para outro grupo de interessados ela revestir uma natureza prestacional e não ablativa.

Ora, nestes casos — ao contrário da situação, simples mas dificilmente realizável, em que há dois meios igualmente idóneos, sendo um claramente menos restritivo que o outro —, a opção só pode basear-se em avaliações complexas em que, de acordo com as circunstâncias mutáveis de cada caso, se comparam utilidades, se elegem os interesses de liberdade que se consideram determinantes e se privilegia o plano da eficácia ou o dos efeitos restritivos na liberdade, o da apreciação objectiva ou o da própria sensibilidade dos interessados, mas sempre em termos de escolhas de intersubjectividade difficilmente demonstrável. Mais ainda, a questão é tanto mais difícil quanto, no controlo de indispensabilidade, não se trata apenas de fazer e fundamentar uma escolha, mas de verificar se essa escolha é inconstitucional, por não exigível, quando comparada com as *constelações* disponíveis alternativas.

Na chamada versão *fraca* da alternativa menos restritiva, ou seja, aquela em que a possibilidade de recurso a meio mais suave sem perda de eficácia revela, sem necessidade de qualquer juízo de ponderação de bens, o carácter gratuito e, por isso excessivo, da restrição, o juiz pode racionalmente demonstrar que seria possível ao legislador recorrer a um meio menos restritivo e tão eficaz na prossecução do fim como aquele que foi efectivamente escolhido.

Mas, se neste caso a inconstitucionalidade é objectivamente determinável, já na maior parte das situações em que a questão do meio restritivo *mais suave* se suscita o apuramento do excesso é mais complexo. De facto, é quase sempre possível invocar a possibilidade de utilização de um meio menos restritivo desde que o Estado condescenda em perder alguma eficácia na realização do fim. Ora, quando se trata de comparar o meio efectivamente utilizado com alternativas em que a redução de *agressividade* seja acompanhada de diminuição de eficiência na prossecução do fim, ou seja, quando se está a valorar um incremento marginal de liberdade individual obtido só através de uma diminuição de eficácia, o tribunal entra num domínio em que os seus juízos de valor incidem sobre alternativas qualitativas e concorrem af com os juízos eventualmente divergentes realizados pelo poder político.

Trata-se fundamentalmente, af, de ponderar alternativas de restrição em que variam quer o grau de eficiência na realização do fim quer a dimensão do prejuízo infligido à liberdade individual. Nessa altura, o juízo de indispensabilidade tem de considerar bens como a importância relativa do interesse de liberdade individual e do fim estatal na perspectiva das diferenças marginais, positivas e negativas, proporcionadas pelas alternativas em apreço, incluindo, eventualmente, as diferenças dos seus custos e das suas implicações orçamentais, o que remete, directamente, para a questão dos limites funcionais de legislador e juiz e da correspondente especial pericia ou habilitação que cada um deles pode oferecer nesse tipo de decisão.

Assim, perante a complexificação das variáveis a considerar na determinação do meio menos restritivo, grande parte da doutrina tende a reduzir a aplicabilidade do controlo de indispensabilidade aos casos reconduzíveis a uma comparação objectiva entre meios igualmente idóneos na prossecução de um fim indiscutível e em que a graduação dos efeitos restritivos é empiricamente realizável com base nos dados fácticos em presença. Dessa forma, o controlo de indispensabilidade teria, em geral, um sentido de aplicabilidade não controversa que lhe adviria de uma função de filtragem perfeitamente definida e de resultados objectivamente comprováveis, já que só existiria inconstitucionalidade por violação da indispensabilidade do meio sempre que fosse possível apresentar um outro meio tão ou mais eficaz que o meio efectivamente escolhido e que provocasse menores danos na liberdade individual.

É certo que, com tal redução, se garante a objectividade do controlo, mas, na medida em que o princípio da indispensabilidade só possa ser invocado nos casos praticamente evidentes, isto é, aqueles em que o carácter gratuito e, logo, excessivo da restrição é facilmente apurado, ele acaba por ter um préstimo residual e muito limitado. De facto, excluindo do controlo de indispensabilidade todas as situações em que há diferenças no grau de eficácia dos diferentes meios disponíveis, esta doutrina acaba por remeter para outra sede, designadamente o controlo da proporcionalidade em sentido restrito, a avaliação de praticamente todos os *casos difíceis*, com o que não resolve o problema, mas apenas o adia e com a desvantagem suplementar de obscurecimento do posterior controlo de proporcionalidade.

Do nosso ponto de vista, sendo certo que o controlo de indispensabilidade apresenta os maiores ganhos de objectividade nos casos em que os meios restritivos alternativos têm idêntica aptidão para a prossecução de um fim, há todo um conjunto mais vasto de situações em que o critério da indispensabilidade pode ser utilizado com proveito, se bem que o eventual apuramento de uma dimensão não indispensável ou desnecessária do meio restritivo utilizado só seja aí determinável com base em juízos complexos de valoração de fins e meios e de ponderação das correspondentes *constelações*.

Nessas situações, na prática as mais frequentes, a verificação da indispensabilidade deve processar-se de forma integrada com considerações referentes à aptidão das medidas restritivas em comparação e com avaliações comparativas da respectiva proporcionalidade (veja-se, nesse sentido, a crítica que a seguir fazemos a alguma jurisprudência do Tribunal Constitucional que não tem em conta as necessidades desta visão integrada).

Com efeito, em termos conceptuais, princípio da indispensabilidade e princípio da proporcionalidade (em sentido restrito) partem de perspectivas distintas. Enquanto que, como se disse, o critério de indispensabilidade se baseia numa comparação e opção entre meios condicionada pela comparação dos respectivos efeitos restritivos, já o controlo de proporcionalidade se baseia, essencialmente, numa relação entre meio-fim ou, mais precisamente, numa relação de adequação ou inadequação entre o agravo produzido na esfera do(s) particular(es) afectado(s) com a restrição e o fim que justifica essa restrição ou o benefício que ela pretende proporcionar, em termos do que a doutrina francesa designaria, por isso mesmo, por *bilan coûts-avantages*. Porém, na prática e na generalidade dos chamados *casos difíceis*, como confirmaremos a seguir na análise do controlo da proporcionalidade, quer um quer outro princípio só desenvolvem todas as suas virtualidades enquanto *limites aos limites* dos direitos fundamentais mediante uma aplicação combinada e integrada de comparação/ponderação de alternativas.

De resto, mesmo limitando o controlo de indispensabilidade às situações em que os meios em apreciação são igualmente idóneos para atingir o fim, ainda assim, pelo menos entre nós, não seria adequado prescindir de quaisquer júzos de valoração e ponderação. É que, não podendo o juiz constitucional, no nosso sistema de fiscalização, substituir a medida

considerada inexigível por uma outra menos restritiva, mas apenas anulá-la, por inconstitucionalidade, remetendo para posterior actividade do legislador a adopção de medida não inconstitucional, ele não poderá prescindir de toda e qualquer ponderação, mesmo quando reconheça a existência de uma meio menos restritivo ao dispor do legislador.

Com efeito, o juiz constitucional terá, pelo menos, de ponderar o que é preferível do ponto de vista da garantia dos valores constitucionais: invalidar a medida excessiva, mesmo sabendo que dessa forma se anula, por algum tempo, toda e qualquer possibilidade de prossecução necessária de um fim legítimo, ou, considerando a eficácia na realização de um fim que, apesar do seu carácter excessivo e, logo, da sua inconstitucionalidade, a medida em apreço de alguma forma garante, optar pela sua manutenção em vigor. Nesta ponderação o juiz constitucional não deixará de relevar factores como a gravidade da restrição, o ganho em liberdade que a medida alternativa eventualmente proporcionaria ou a importância da consecução do fim em causa, o que, reduz inevitavelmente o grau de objectividade potencialmente inscrito neste tipo de controlo.

Cabe, no entanto, fazer uma última referência implicada na extrema variabilidade das situações objecto de aplicação do princípio e respeitante à margem de decisão reconhecida aos poderes constituídos envolvidos. Enquanto que nas situações de aplicação meramente *objectiva* e *evidente* do princípio da indispensabilidade — com identidade de graus de eficácia dos meios restritivos em comparação e evidência das diferenças de efeitos restritivos produzidos —, o poder constituído autor da restrição não beneficia, para além da relevância da margem de previsão também reconhecida no controlo da idoneidade, de qualquer descendência na intensidade do controlo de indispensabilidade aplicável, já nas situações, mais complexas, insusceptíveis de uma aplicação isenta de ponderação e valorações e que pressuponham uma comparação subjetiva de utilidades, o poder judicial tem de observar uma maior contenção, nomeadamente quando lida com as ponderações realizadas pelo legislador democraticamente legitimado.

### 1.3.1.3. Princípio da proporcionalidade

Com o princípio da proporcionalidade em sentido próprio (isto é, na terminologia actualmente dominante, o princípio da proporcionalidade *em sentido estrito* ou o terceiro elemento da proporcionalidade) trata-se, essencialmente, de indagar acerca da adequação (proporção) de uma relação entre dois termos ou entre duas grandezas variáveis e comparáveis. Com a generalização da aplicação do princípio enquanto limitação geral da actuação dos poderes públicos, essas duas grandezas podem ser as mais diferentes, mas, quando se trata da sua aplicação mais comum enquanto instrumento de controlo das medidas restritivas da liberdade, os dois termos daquela relação são, de um lado, a importância ou premência do fim que se pretende alcançar com a medida restritiva e, do outro, a gravidade do sacrifício que se impõe com a restrição.

Assim, quando se aprecia a proporcionalidade de uma restrição a um direito fundamental, avalia-se a relação entre o bem que se pretende proteger ou prosseguir com a restrição e o bem jusfundamentalmente protegido que resulta, em consequência, desvantajosamente afectado. Por sua vez, a observância ou a violação do princípio da proporcionalidade dependerão da verificação da medida em que essa relação é avaliada como sendo *justa*, *adequada*, *razoável*, *proporcionada* ou, noutra perspectiva, e dependendo da intensidade e sentido atribuídos ao controlo, da medida em que ela não é *excessiva*, *desproporcionada*, *desrazoável*.

Nesta aproximação de definição podem intuir-se, em primeiro lugar, a relativa imprecisão e fungibilidade dos critérios de avaliação; em segundo lugar, o permanente apelo que eles fazem a uma referência axiológica que funcione como terceiro termo na relação e onde está sempre presente um sentido de *justa medida*, de *adequação material* ou de *razoabilidade*; por último, a importância que nesta avaliação assumem as questões competenciais, mormente o problema da margem de

livre decisão ou os limites funcionais que vinculam legislador, Administração e juiz.

Tanto basta para se perceber uma ineliminável vinculação entre o princípio da proporcionalidade e a avaliação subjectiva do *justo*, daí que *deve ser*, em função do sentimento de Justiça ou da ideia de Direito daquele que decide, que julga ou que *pondera*. De facto, no controlo de proporcionalidade trata-se essencialmente de valorar, sopesar, comparar sacrifícios (da liberdade individual) e benefícios obtidos ou visados, vantagens e desvantagens da restrição objecto do controlo. Assim se comprehende que, no domínio das restrições aos direitos fundamentais, a *proporcionalidade* (ou o seu *terceiro elemento*) seja frequentemente identificada com a *ponderação de bens*. Tendo igualmente na sua base uma comparação entre bens, ambas serviriam para determinar em que medida um deles pode determinar a limitação do outro, no caso um direito fundamental. Quando muito, a diferença entre ponderação de bens e proporcionalidade residiria, apenas, no facto de a primeira se poder decompor em ponderação abstracta e ponderação concreta, enquanto que, tendencialmente, o juízo de proporcionalidade só seria funcionalmente operativo enquanto controlo concreto.

Porém, em nosso entender, há que ter a noção da diferença entre a metodologia da ponderação a que se recorre quando se verifica a justificação ou fundamento de uma restrição da liberdade e os juízos valorativos a que se procede quando se analisa a proporcionalidade da medida restritiva.

Enquanto que naquela primeira fase importa, mediante juízos de ponderação e valoração de bens, determinar qual dos bens em conflito apresenta, no caso concreto, real ou representado, maior peso e qual deles deve aí, por esse facto, ceder, a perspectiva de verificação da proporcionalidade no quadro do controlo da constitucionalidade das medidas restritivas é já outra. Apurada que esteja, mediante ponderação dos bens em colisão, a justificação da cedência de um bem protegido de direito fundamental, importa, depois, verificar a validade constitucional da medida restritiva consequentemente emitida e fazer esse controlo em função, entre outros requisitos, da sua proporcionalidade. Ou seja, trata-se, agora, de avaliar em que medida a restrição fundamentada no resultado de uma ponderação de bens não é excessiva, o que significa, no que à proporcionalidade se refere, verificar se a relação entre prejuízo

da liberdade e o benefício ou fim visado com a restrição é *adequada* ou, pelo menos, *não inadequada*.

Nesse sentido, a ponderação de bens que também ocorre no controlo da proporcionalidade de uma restrição é uma ponderação atípica. Não se trata já de verificar qual dos bens em apreço apresenta maior peso e, por isso, deve prevalecer, mas de apurar a *adequação* material de um meio restritivo quando avaliado em função de um ponto de referência fixo constituído pelo *fim* visado com a restrição.

Esta distinção é particularmente nítida quando a medida restritiva é orgânica e subjectivamente autónoma relativamente ao interesse que, em última análise, visa proteger ou realizar. É aquela situação em que os conflitos ou colisões de bens que dão origem à restrição de direito fundamental se referem a bens de particulares (eventualmente direitos fundamentais por eles titulados); aí, a intervenção restritiva que o Estado leva a cabo como resultado da ponderação a que procedeu e para garantir o juízo de preferência a que chegou autonomiza-se claramente (é a terceira parte, o Estado, quem actua restritivamente e pratica um acto como resposta a um conflito entre outras duas partes ou entre outros dois bens) da colisão de bens e da correspondente ponderação que a precedem logicamente. Logo, aqui, é igualmente nítida a distinção entre a instância de ponderação de bens e o controlo da proporcionalidade da restrição.

Por exemplo, se um conflito, real ou intelectivamente antecipado, entre a liberdade de imprensa e a intimidade pessoal dá origem a uma lei restritiva de um ou de ambos os direitos fundamentais, subjaz à decisão de restringir (desde logo, da parte do legislador, mas envolvendo também Administração e tribunais) uma ponderação entre os bens dos particulares *em colisão* que resultou no apuramento de uma relação de preferência condicionada que leva o Estado a fazer ceder um deles.

Porém, aquilo que vai ser sujeito a um controlo de proporcionalidade não é a relação entre os dois bens em questão — liberdade de imprensa e reserva de intimidade pessoal —, mas antes a medida restritiva concreta que legislador, Administração ou juiz escolheram para concretizar a relação de preferência previamente estabelecida, ou seja, vai-se verificar se o prejuízo ou sacrifício imposto, por exemplo, à liberdade de imprensa (proibição de publicação de uma fotografia, aplicação de uma coima, suspensão do jornal, condenação do jornalista ou do seu director) não é desproporcionado em relação ao benefício que se espera obter.

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

Na primeira instância o Estado pondera a relevância e peso relativo de bens em colisão; na segunda, concentra-se na relação de meio-fim em que o objecto de análise é a medida restritiva estatal que foi adoptada em função daquela primeira ponderação.

É certo que, nos controlos que previnem ou reprimem o excesso, a relação entre meio e fim própria do controlo de proporcionalidade releva, essencialmente, de uma dimensão material, valorativa e não já meramente empírica como acontecia nos controlos de idoneidade e indispensabilidade, pelo menos nas formas mais estilizadas de aplicação destes princípios. Trata-se, na proporcionalidade, de apreciar o *desvalor* do sacrifício imposto à liberdade quando comparado com o *valor* do bem que se pretende atingir. Assim, ao contrário do que acontecia nos controlos de *idoneidade* e de *indispensabilidade* — exclusivamente centrados na apreciação do *meio* e dando, à partida, como *bom* ou, pelo menos, inquestionável, o *fim* visado —, na proporcionalidade faz-se necessariamente uma valoração das duas grandezas ou termos da relação em causa, apreciando-se a gravidade da restrição em associação à importância e imperatividade das razões que a justificam.

No domínio das restrições aos direitos fundamentais acontece, então, que na apreciação das duas grandezas ou bens em avaliação — que podem até referir-se ao mesmo bem de liberdade abstractamente considerado ou aos interesses vitais do mesmo titular, quando, por exemplo, se restringe o direito de manifestação de uns para garantir o direito de manifestação de outros ou se restringe a liberdade de acção de um indivíduo para proteger a sua própria vida — se esbate frequentemente a relação meio-fim, típica do controlo de proporcionalidade, para sobressair a apreciação da afectação positiva e da afectação desvantajosa dos dois bens jurídicos envolvidos na restrição, considerando-se, para uma devida valoração dos dados circunstanciais de facto, tanto a intensidade da afectação como o tempo durante o qual eles são afectados.

Ora, na medida em que essa apreciação não dispõe, talvez, com a metodologia da ponderação de bens, de critérios de julgamento ou pontos de apoio objectivos que não sejam os que resultam da interpretação e valoração subjectiva que se faz da importância ou peso relativo dos valores constitucionais e dos bens jurídicos em causa, o controlo de proporcionalidade confunde-se frequentemente com ponderação de bens e abre-se ao mesmo tipo de críticas, reservas e difí-

culdades suscitadas pelo recurso a essa metodologia. Invocam-se, designadamente, para além dos efeitos de nivelação não constitucionalmente fundada dos diferentes direitos fundamentais sujeitos ao controlo, os perigos de subjectivismo, intuicionismo e casuísma decorrentes da ausência de critérios e parâmetros de um controlo racional, objectivo e vinculativamente comprovável.

Mas, tal como acontece na problemática da aplicação da metodologia da ponderação de bens às restrições aos direitos fundamentais, também o controlo de proporcionalidade, apesar das debilidades referidas, se apresenta como indispensável ao controlo da constitucionalidade dos sacrifícios impostos à liberdade individual em Estado de Direito. É que os restantes controlos cuja dimensão empírica assegura um preenchimento aceitável de requisitos mínimos de objectividade — a idoneidade e a indispensabilidade da restrição — não esgotam todo o âmbito de garantias potencialmente proporcionadas pelo princípio da proibição do excesso.

De facto, mesmo que, por hipótese, para evitar que uma criança furtasse fruta do pomar do vizinho não houvesse outro meio que não fosse disparar sobre ela — pelo que tal acto seria *apto* para atingir o fim e *indispensável* para evitar o furto —, ainda assim essa medida seria claramente excessiva, já que o sacrifício imposto era evidentemente desproporcionado face ao fim visado, seja ele o de punir, de prevenir ou de dissuadir.

Assim, mesmo com os perigos assinalados, a aplicação de um parâmetro de proporcionalidade às restrições aos direitos fundamentais é imprescindível na prevenção do excesso nas limitações da liberdade e no controlo da respectiva constitucionalidade.

Sendo o controlo de proporcionalidade logicamente precedido do controlo de indispensabilidade que concluiu ser o meio em apreço a medida menos restritiva (a medida *exigível*) ao dispor dos poderes constituídos — pois, não o sendo, a restrição seria liminarmente invalidada, dispensando-se os posteriores controlos de proporcionalidade —, há que apurar, agora, quais as margens relativas de que dispõem, de um lado, o poder constituído autor da restrição, e, do outro, o poder jurisdicional de controlo. Há, designadamente, que saber se o princípio da proporcionalidade exige, aqui, que o meio restritivo escolhido seja o *mais proporcional* ou, apenas, que não seja *desproporcional*.

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

Doutrina e jurisprudência sustentam, geralmente, a última opção, embora sem a fundamentação que aqui defendemos. Havendo, no que à proporcionalidade se refere, não apenas um, mas vários meios igualmente restritivos e não desproporcionados, deve caber ao poder constituído autor da restrição a escolha do que considera o mais adequado, até porque, dada a precedência dos outros controlos, o órgão jurisdicional de controlo já garantiu não haver outros meios menos restritivos. Nessa altura, importa, apenas, garantir que a restrição não seja inadequada, desrazoável, desproporcionada.

De outra forma, se se desse ao órgão jurisdicional de controlo da constitucionalidade da restrição o poder de optar, em último lugar, pelo meio que considerasse substancialmente mais adequado, os poderes constituídos seriam desapossados de qualquer margem de livre decisão. Aquilo que deve ser indisponível são os direitos fundamentais, pelo que a decisão de restrição, essa sim, é sindicável em toda a extensão e com toda a intensidade; o meio restritivo escolhido, pressuposto que seja *apto* e *indispensável*, só tem que ser *não desproporcional*. Existe inconstitucionalidade se a restrição for desproporcionada, não já se houver um outro meio que, no entender do órgão de controlo, seja, não menos restritivo, mas simplesmente mais *adequado* ou mais *oportuno*. Esse será um juízo essencialmente *político* que extravasa os limites do princípio jurídico-constitucional da proibição do excesso das restrições aos direitos fundamentais.

Em todo o caso, mesmo com esta reserva, a densidade de controlo subjacente à verificação jurisdicional da desproporcionalidade é variável. Com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a doutrina tende a seleccionar como critérios orientadores da intensidade do controlo de proporcionalidade: a gravidade da restrição e a importância e a premência dos interesses que justificam a restrição (no sentido de que a *quantidade* admissível desses dois termos se determina recíproca e proporcionalmente condicionando a adequação da relação em apreço e o correspondente controlo), bem como a relevância dos interesses de liberdade protegidos pelo direito fundamental restringido (no sentido de que quanto mais elementares e vitais forem as manifestações da liberdade pessoal directamente afectadas pela restrição maior exigência se deve colocar no seu controlo).

Se aqueles primeiros critérios se identificam com a própria natureza do controlo de proporcionalidade, já este último remete para uma dife-

renciação dentro da protecção garantida pelos direitos fundamentais, seja em termos de zonas de resistência diferenciada consoante a liberdade afectada está mais ou menos próxima do núcleo de autonomia e dignidade da pessoa humana, seja em função do alcance diferenciado com que os diversos grupos de direitos fundamentais representam formas mais ou menos elementares de desenvolvimento da personalidade, na medida em que estejam mais directamente relacionados com a protecção de esferas pessoais ou com a integração social do indivíduo (por exemplo, as liberdades pessoais ou os direitos económicos).

Daqui resultaria o reconhecimento de graus diferenciados de margem de livre apreciação ou, até, de prerrogativas de avaliação, atribuída aos poderes constituídos e, designadamente, ao legislador, com a estruturação escalonada de sucessivos níveis de controlo de proporcionalidade. Assim, sustenta-se a adequação de um mero controlo de evidência, sobretudo no domínio da regulamentação económica, quando há apenas uma afectação marginal das liberdades económicas e se considera, consequentemente, que só há violação da proporcionalidade quando a restrição parte de pressupostos claramente incorrectos; um controlo de defensabilidade, quando há afectação directa de direitos económicos e se exige, pelo menos, a apresentação de uma fundamentação racional para a restrição; e, por último, um controlo substancial intensivo, quando estão em causa direitos e liberdades de natureza pessoal.

Porém, em última análise, nunca é possível ultrapassar, na configuração abstracta do controlo de proporcionalidade, este limiar de imprecisão de parâmetros substanciais de apreciação e de fluidez de critérios de diferenciação da intensidade do controlo. Neste sentido, tomado por si só, o princípio da proporcionalidade, se é certo que constitui um meio significativo de estruturação geral e racionalização dos procedimentos de ponderação no domínio das restrições aos direitos fundamentais, já só muito limitadamente permite uma redução dos riscos de subjectivismo e decisionismo que afectam aquela metodologia.

Uma avaliação da relação entre gravidade do sacrifício da liberdade e importância das razões que a justificam orientada para a invalidação da desproporcionalidade em função do não preenchimento dos requisitos do *justo*, do *adequado* ou do *razoável* não garante, isoladamente considerada, uma objectivização sensível dos juízos de ponderação que haviam levado a concluir pela necessidade de cedência de um direito fun-

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

damental. De facto, mesmo nos quadros de um Estado de Direito democrático, o que para um julgador é inadequado ou intolerável para outro pode ser uma expressão eloquente do *justo*.

Na generalidade dos casos mais simples o princípio da proporcionalidade pode, em geral, desenvolver virtualidades importantes de limitação do excesso das medidas restritivas, mas, nos verdadeiros casos difíceis, isto é, naqueles em que, pela relevância equivalente dos interesses em jogo, o julgador não consegue chegar a uma decisão de justiça evidente ou consensualmente reconhecível e demonstrável, a limitação do controlo de proporcionalidade à eliminação das desproporções grosseiras priva o princípio da proporcionalidade da efectividade que, à partida, lhe caberia enquanto *limite aos limites* dos direitos fundamentais.

Acresce que, mesmo reservando o alcance da intensidade desta verificação para a anulação das desproporcionais mais grosseiras, não se consegue produzir, unicamente através do controlo específico de proporcionalidade, dependente como ele está dos sentimentos de justiça do julgador, um patamar satisfatório de objectividade. A funcionalidade deste controlo já será, porém, significativamente incrementada quando o princípio da proporcionalidade não se confina à verificação isolada da relação de adequação entre o meio e o fim concretos da restrição, ou seja, não se limita a indagar da medida em que o sacrifício da liberdade não é desproporcionado relativamente ao fim alcançável com a restrição, mas se integra na verificação mais geral da proibição do excesso.

Na prática, a verificação de proporcionalidade raramente se centra exclusivamente no meio e fim concretos, surgindo, antes, combinada com o controlo de indispensabilidade no quadro de uma ponderação mais global de vantagens e desvantagens. É que esta ponderação é mais produtiva quando não fica espartilhada no quadro da relação isolada entre um meio e um fim, mas se faz, como sugerimos quando analisámos o princípio da indispensabilidade, em termos de comparação das alternativas restritivas de que o poder constituído efectivamente dispõe tendo em conta a sua margem de livre apreciação.

Logo, o que acaba por ser ponderado no quadro do controlo de proporcionalidade não são bens, valores ou interesses, mas, sobretudo, vantagens e desvantagens recíprocas de alternativas legítimas e disponíveis. Por exemplo, se o legislador, a Administração ou o tribunal dispunham

de uma alternativa muito menos restritiva e que só implicava uma diminuição pouco sensível da prossecução do fim, aquilo que se vem a revelar desproporcionado não é, propriamente, a medida restrita utilizada relativamente às razões que a justificavam; a desproporção existirá, sim, entre a vantagem marginal que a alternativa efectivamente utilizada proporcionava relativamente à consecução do fim e a enorme desvantagem em que se traduzia o aumento desmesurado do sacrifício imposto, sendo a correspondente demonstração facilmente acessível quando esta *constelação* é comparada com as alternativas disponíveis.

#### 1.3.1.4. Princípio da razoabilidade

O princípio da razoabilidade surge frequentemente identificado com o princípio da proporcionalidade em geral e, designadamente, com o seu chamado *terceiro elemento*, o da proporcionalidade estrita que acabámos de analisar. Assim, haveria desproporcionalidade sempre que a relação apurada entre a gravidade do sacrifício imposto e a relevância das razões que o justificavam (portanto, a relação entre fim e meio ou, noutra perspectiva, entre bens jurídicos negativa e positivamente afectados) fosse desrazoável.

Há, no entanto, um outro sentido para a exigência de razoabilidade que corresponde a uma dimensão autónoma da garantia da proibição do excesso e que não se esgota no sentido material daquela relação entre fim e meio. Esse novo sentido orienta-se para a avaliação da *razoabilidade* da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado.

Significa isto que uma restrição da liberdade pode ser adequada ou, pelo menos, não desproporcional, quando, em abstracto ou em concreto, se tem em conta a gravidade do sacrifício imposto relacionada com a importância ou a premência de realização dos fins prosseguidos e, todavia, ela constituir, por si só, uma afectação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjectividade. Basta, para tanto, que a medida em causa coloque os afectados, ou algum deles, numa situação quantitativa ou qualitativamente desrazoável à luz dos ditames da protecção da liberdade e autonomia individual e do relacionamento Estado/cidadão em Estado de Direito.

Não se pode, então, pretender reduzir este tipo de situações a eventuais violações do princípio da dignidade da pessoa humana, já que uma medida restritiva ou agressiva pode ser desrazoável sem que, simulta-

neamente, atinja o ponto extremo de constituir uma violação daquele princípio. Nesse sentido, se bem que funcionalmente orientada à protecção de margens de liberdade e autonomia individuais próprias de Estado de Direito, o controlo de razoabilidade cobre todo um conjunto de situações correntes que, todavia, não chegam a afectar a dignidade pessoal dos afectados.

Por exemplo, um benefício fiscal a determinada confissão religiosa ou a hipotética imposição de os contribuintes destinarem, para fins de beneficência, 0,5% dos seus impostos à subvenção da confissão religiosa que indicarem não parece desproporcionada face à relevância dos interesses em jogo e à insignificância dos seus reflexos na esfera patrimonial dos obrigados. Porém, quando se considera a situação qualitativa em que se colocam alguns contribuintes — que se vêem objectivamente compelidos, por força daquelas normas, a financiar instituições ou credos a que são estranhos ou de cuja actividade, eventualmente, discordam —, já não parece que tal imposição seja razoável num Estado de Direito que tanto garante a liberdade de ter como a de não ter religião.

Por exemplo, não sendo excessiva a imposição de prévia comunicação de realização de uma manifestação com antecedência de quarenta e oito horas — tendo em conta a irrelevância do ónus quando comparada com as necessidades de garantia da segurança ou de regulação do trânsito —, já não será razoável impedir, com base no não cumprimento daquele requisito, manifestações que apenas têm sentido útil se realizadas de imediato ou manifestações em que as necessidades de segurança, ordem pública ou de fluidez do trânsito que justificavam aquela imposição nem sequer se colocam. Aqueles que fossem negativamente afectados em tais situações teriam, no caso, o seu direito de manifestação desrazoavelmente restringido. Não é desproporcional a norma que, por razões de segurança, não permite a realização de manifestações a menos de cem metros da localização de órgãos de soberania; mas já será desrazoável a proibição de uma manifestação sobre um tema de política externa que, num domingo, se pretenda incidentalmente realizar a menos de cem metros de um tribunal.

Há também, assim, no controlo de razoabilidade, um modo individualizador de apreciação: uma norma que, em abstracto, pode ser tida como razoável, é suscetível de uma aplicação excessiva, desrazoável,

na medida em que a exigência ou o encargo que se impõe a alguém surja, nesse específico contexto, como excessivo, demasiado grave ou injusto. Nesse sentido, o controlo de razoabilidade tanto pode ser aplicado à lei restritiva na projecção das suas possíveis aplicações, como às intervenções restritivas individuais e concretas propriamente ditas. Não é, porém, nessa dualidade de aplicações que reside o sentido da distinção entre os controlos de proporcionalidade e de razoabilidade. É que, também aquele controlo de proporcionalidade pode operar tanto segundo uma perspectiva geral e abstracta, dirigida especialmente ao controlo das opções do legislador, como segundo uma perspectiva concreta e individual orientada para o controlo das intervenções restritivas actuadas pela Administração ou pelo juiz do caso concreto.

A distinção entre os dois controlos é outra. É que, diferentemente do que acontece com a verificação da proporcionalidade da restrição, o controlo de razoabilidade concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação da relação de meio-fim sobre que incide o limite da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoal em Estado de Direito. Logo, no controlo de razoabilidade já não é a adequação da relação entre bens que é averiguada, mas sim a razoabilidade da relação entre um dever de direito público e a pessoa do obrigado. Nas palavras de OSSENBUHL, enquanto que a proporcionalidade da restrição se avalia em função do fim prosseguido, já a verificação da sua razoabilidade se centra no sujeito afectado.

A razoabilidade assume, portanto, uma dimensão valorativa essencialmente referida à situação em que a medida em apreciação coloca pessoas individualmente consideradas e que é funcionalmente orientada à garantia da quantidade e qualidade de um espaço de liberdade individual remanescente que as intervenções restritivas num Estado de Direito devem observar. Porém, como este juízo de razoabilidade não é intrinsecamente dotado de necessidade lógica, o apuramento do excesso ou irrazoabilidade da medida restritiva é sempre relativo, flexível, dependente dos argumentos invocáveis na situação concreta, real ou imaginada, em apreço.

Nesse sentido, o juízo de razoabilidade nunca é completamente alheio, mesmo que marginalmente e enquanto factor de correcção, a valorações relacionadas com a importância ou a premência das razões que justificam a medida restritiva, pelo que, se bem que centrado na personalidade do particular afectado e na margem e natureza do espaço de liberdade em que a restrição o coloca — e daí que seja conceptualmente distinto do controlo de proporcionalidade —, não dispensa a necessidade de eventuais ponderações dos interesses relevantes no caso concreto, ponderações essas que lhe conferem pontos de aproximação relativamente a este último tipo de controlo.

### 1.3.1.5. Princípio da determinabilidade (na dimensão de proibição do excesso)

Em Estado de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, o reconhecimento da possibilidade de a autonomia e liberdade individuais poderem ser restringidas vem a par da necessidade de o alcance e medida concretos das restrições, ainda que baseadas em leis gerais e abstractas, serem determinados com suficiente precisão, serem claramente reconhecidos e previsíveis, no seu conteúdo e nos seus efeitos. Tal é imposto por uma confluência de exigências decorrentes de princípios próprios do Estado de Direito, como sejam os da reserva de lei, o princípio da segurança jurídica ou da protecção da confiança e, para o que agora especialmente nos importa, o princípio da proibição do excesso. Ao lado da aptidão, da indispensabilidade, da proporcionalidade e da razoabilidade, a exigência de determinabilidade das restrições e intervenções restritivas da liberdade é um pressuposto da existência de uma relação equilibrada entre Estado e cidadão.

A exigência de determinabilidade, clareza e suficiente densidade das normas legais e, particularmente, das normas restritivas é, em primeiro lugar, um factor de garantia da protecção da confiança e da segurança jurídica, uma vez que o cidadão só pode conformar autonomamente os próprios planos de vida se souber com o que pode contar, qual a margem de acção que lhe está garantida, o que pode legitimamente esperar das eventuais intervenções do Estado na sua esfera pessoal.

Tem, igualmente, uma dimensão competencial ligada à reserva de lei e ao princípio democrático, já que uma limitação ou possibilidade de limitação da liberdade individual não suficientemente determinada transfere, inevitavelmente, do legislador para outras instâncias, *maxime*, a Administração, a fixação concreta do essencial do sentido, grau e alcance reconhecidos às possibilidades de intervenção ablativa na liberdade individual dos cidadãos; por outro lado, a indeterminação da lei restritiva

reflete-se no plano da sindicabilidade judicial e na incerteza quanto à intensidade do respectivo controlo, já que, na ausência de pressupostos legais bem definidos para a actuação administrativa, a previsibilidade quanto à intensidade do respectivo controlo judicial dilui-se proporcionalmente à consequente plasticidade dos parâmetros de controlo a que o juiz pode recorrer.

Finalmente, para o que agora nos importa especialmente, a determinabilidade é também um elemento da proibição do excesso, na medida em que uma restrição de contornos não antecipadamente bem firmados alarga potencialmente a margem de actuação restritiva dos poderes constituídos a um plano não consentâneo com o princípio de *repartição* de Estado de Direito e de proibição do excesso e gera efeitos inibitórios no *lado* do exercício das liberdades. Com efeito, uma restrição de enunciado vago ou não precisamente determinado abre a possibilidade de intervenções restritivas que vão eventualmente para além do que é estritamente exigido pela salvaguarda dos bens dignos de protecção que justificava a restrição.

Como se diz de forma impressiva no Acórdão n.º 285/92 do nosso Tribunal Constitucional (*Acórdãos*, 22.º vol., págs. 192 e seg.), «em função de um critério ou princípio de proporcionalidade [...], o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da normação um conhecimento preciso, exacto e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma normação indeterminada quanto aos próprios pressupostos de actuação da administração; e que forneça à Administração regras de conduta dotadas de critérios que, sem jugularem a sua liberdade de escolha, salvaguardem o 'núcleo essencial' da garantia dos direitos e interesses dos particulares constitucionalmente protegidos [...] e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objectivo efectivo da adequação das concretas actuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem».

Isso não significa que a Administração deva ser negado qualquer discricionariedade ou margem de livre decisão no domínio dos direitos fundamentais, mas que, proporcionalmente à relevância das matérias em causa, à intensidade da afectação da liberdade e em função das circunstâncias concretas da previsível aplicação da lei restritiva, o que remete igualmente para o recurso à ponderação de bens, a restrição

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

deve ser, tanto na previsão normativa quanto nas consequências jurídicas, estrita, clara e precisamente enunciada, de forma que o cidadão — no princípio da determinabilidade a perspectiva do cidadão é a decisiva — possa conhecer o sentido e alcance da lei e, consequentemente, prever com progressiva probabilidade que tipo de intervenções restritivas pode a Administração levar a cabo e até onde ela pode ir.

Nessa específica dimensão, o princípio encontrou noutras latitudes, designadamente nos Estados Unidos da América, um desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial adequado, expresso na exigência de não *demasiada* — o que remete directamente para a associação semântica ao princípio da proibição do excesso — abrangência ou amplitude, bem como na exigência de clareza e precisão das regulações restritivas dos direitos e liberdades comunicativos, e que se traduziu, com alguma frequência, em correspondentes decisões judiciais, diferentes mas afins, de inconstitucionalidade de restrições aos direitos fundamentais com base em *overbreadth*, *void for vagueness* ou *chilling effect*.

Designadamente no domínio das liberdades comunicativas, entende-se que uma lei tem de ser clara e precisa (sob pena de *void for vagueness*) e não demasiado abrangente (*overbroad*), isto é, não deve ser redigida em termos tão latos que possa ser interpretada como incluindo na sua previsão proibitiva não apenas comportamentos não protegidos por normas jusfundamentais, mas também comportamentos por elas cobertos, dado que, num e outro caso, seja por ser vaga seja por ser demasiado abrangente, ela corre o risco de desenvolver, objectivamente, efeitos inibitórios ou intimidatórios junto dos seus destinatários (*chilling effect*).

Isto não significa que qualquer efeito inibitório ou dissuasor desenvolvido por uma lei seja inconstitucional. Obviamente, qualquer lei sancionatória possui um efeito dissuasor benigno que visa prevenir a prática considerada ilegítima. Porém, no sentido perverso que aqui se procura ostracizar, ocorre *chilling effect* quando alguém é dissuadido de se envolver em actividades jusfundamentalmente protegidas através e por causa do carácter vago ou excessivamente amplo de regulações restritivas que não se dirigem especificamente a proibir ou restringir tais actividades.

Em síntese, considera-se, em primeiro lugar, que uma lei restritiva vaga, imprecisa ou demasiado abrangente, para além de restringir actividades que não merecem a protecção constitucional conferida pelos

direitos fundamentais, pode, também, afectar o exercício de actividades constitucionalmente protegidas. Em segundo lugar, a existência da simples ameaça de sanção não suficientemente determinada quanto ao sentido e alcance da actividade proibida inibe excessivamente e, por isso, inconstitucionalmente, o exercício das liberdades, já que os seus destinatários se sentem constrangidos a limitar os seus comportamentos só aquilo que está inequivocamente protegido, inibindo-se de práticas que, à partida, estariam cobertas por direitos fundamentais, o que equivale a uma autocensura inadmissível em democracia e que resulta em perda de vitalidade, pluralismo e abertura da discussão pública.

Com efeito, se o destinatário da lei receia não haver sinalizado com suficiente rigor o objectivo ou o sentido da proibição, a tendência natural será a de se auto-restrinquir nos comportamentos que possam ter alguns pontos de contacto com as actividades proibidas. Assim, a lei em causa, na medida em que acaba por afectar a liberdade individual muito para além do que seria uma restrição justificada, é, por razões de *overbreadth* ou de *vagueness*, excessiva e, como tal, inconstitucional.

Para além disso, do facto de a indeterminabilidade da norma remeter objectivamente para os aplicadores do Direito o essencial da determinação do seu conteúdo efectivo resulta, tendencialmente, uma ameaça para os grupos minoritários, impopulares ou perseguidos. Com efeito, sujeitos à pressão, muitas das vezes avassaladora, da opinião pública anti-minorias, os aplicadores do Direito, habilitados pela indeterminação da lei a uma opção praticamente discricionária sobre o que entendem ser exercício da liberdade jusfundamentalmente protegido, tendem a fazer uma densificação normativa de carácter mais restritivo, até porque, na ausência de preceitos normativos garantistas, claros e precisos, não dispõem de qualquer *tampão* contra a pressão popular maioritária. Assim, a indeterminação da lei acaba por abrigar, também, uma possibilidade de aplicação discriminatória da lei, mesmo quando não era essa a sua intenção originária.

### 1.3.2. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proibição do excesso

O Tribunal Constitucional recorre a par e passo aos controlos baseados no princípio da proibição do excesso, fazendo-o, em geral, como dis-

semos, sob a designação de controlo de proporcionalidade e laborando, afi, com a referida distinção entre princípio da proporcionalidade em sentido lato e em sentido estrito. Independentemente da fundamentação constitucional que fornece para o princípio, pode dizer-se que, sobretudo no domínio das restrições aos direitos fundamentais, o controlo de proporcionalidade acaba por ser o teste decisivo de que depende o sentido das decisões do Tribunal Constitucional. E isso sucede mesmo quando formalmente o Tribunal não reconhece a importância decisiva que atribui ao princípio, aparentando sustentar as suas decisões nouros critérios pretensamente objectivos ou em distinções conceptuais de duvidosa consistência.

Ou seja, muitas das vezes, mesmo quando o Tribunal Constitucional invoca para a sua decisão outros fundamentos — como sejam as conhecidas e discutíveis distinções entre restrições aos direitos fundamentais e limites imanentes, entre restrições e condicionamentos aos direitos fundamentais, entre afectação de aspectos marginais ou do conteúdo essencial dos direitos fundamentais —, aquilo que para o Tribunal Constitucional está verdadeiramente em causa, do ponto de vista prático e objectivo, é, no fundo, saber se a norma restritiva é desproporcionada, desrazoável ou excessiva. Em caso afirmativo, o Tribunal Constitucional pronuncia-se pela inconstitucionalidade, qualquer que seja a roupagem teórica em que envolva a sua decisão; pelo contrário, se não considera a norma desproporcionada, só muito raramente o Tribunal se orienta para uma decisão de inconstitucionalidade fundada noutras razões.

De qualquer modo, a nossa jurisprudência constitucional segue, no que ao princípio da proibição do excesso se refere, as tendências que atrás assinalámos, seja quanto à relevância crescente da aplicação do princípio enquanto limitação geral da actuação dos poderes públicos, seja quanto à distinção entre os diferentes elementos ou subprincípios que o compõem, seja, ainda, em geral, quanto a um controlo muito contido que se sustenta como reflexo ou como contrapartida da ampla margem de decisão que se reconhece ao legislador democrático.

São incontáveis as decisões do Tribunal Constitucional referentes ao princípio da proporcionalidade, pelo que, para uma apreciação global do sentido dessa jurisprudência, talvez se justifique remeter para as mais recentes e clarificadoras sínteses feitas pelo próprio Tribunal Constitucional. Referimo-nos aos Acórdãos n.os 187/01 (50.º vol., págs. 29

e segs.), que no ponto seguinte se reproduzirá integralmente, e 200/01 (50.<sup>º</sup> vol., págs. 321 e segs.), ambos relatados por PAULO MOTA PINTO (citamos aqui a partir do Acórdão n.<sup>º</sup> 200/01; os sublinhados são nossos e ajudam a fazer a remissão para algumas das mais recentes decisões do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proibição do excesso):

«Começando pelo princípio da proporcionalidade, recordar-se-á que este Tribunal Constitucional o tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, aferindo frequentemente perante ele, quer normas penais incriminatórias — por exemplo, nos Acórdãos n.<sup>º</sup>s 634/93 (inconstitucionalidade da punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio), 274/98 (não inconstitucionalidade de norma que pune o não acatamento de ordem de demolição), publicados nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional [ATC]*, respectivamente 26.<sup>º</sup> vol., págs. 205 e segs., e 39.<sup>º</sup> vol., págs. 585 e segs. —, quer normas de outro tipo, que previam encargos ou limitações a direitos fundamentais — v. g., os Acórdãos n.<sup>º</sup>s 451/95 (inconstitucionalidade de norma que estabelece a impenhorabilidade total de bens anteriormente penhorados pelas repartições de finanças em execuções fiscais), 1182/96 (inconstitucionalidade de normas sobre custas judiciais nos tribunais tributários), 758/95 (inconstitucionalidade de norma que impede a participação pessoal, na assembleia geral dos bancos, e em certas condições, de accionistas que não disponham de 1/300 da soma dos votos possíveis), 176/00 e 202/00 (perda dos instrumentos do crime) e 484/00 (não inconstitucionalidade de norma que prevê o indeferimento tácito do pedido de legalização de obras), publicados respectivamente nos ATC, 31.<sup>º</sup> vol., págs. 129 e segs., 35.<sup>º</sup> vol., págs. 431 e segs., 32.<sup>º</sup> vol., págs. 803 e segs., e *Didírio da República*, II Série, de 27 e 11 de Outubro de 2000 e de 4 de Janeiro de 2001.

Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito, impondo limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada ação aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas.

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

O princípio da proporcionalidade, em sentido lato, pode, além disso, desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos: a adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, ou "justa medida". Como se escreveu no citado Acórdão n.<sup>º</sup> 634/93, invocando a doutrina:

"o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três sub-princípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos)."

Importa, ainda, fazer uma precisão sobre o alcance do princípio, e seu controlo jurisdicional, para a actividade administrativa e legislativa. Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo — como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal — que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes. Isto não tolhe; porém, que as exigências decorrentes do princípio se configurem de forma diversa para a actividade administrativa e legislativa — que, portanto, o princípio, e a sua prática aplicação jurisdicional, tenham um alcance diverso para o Estado-Administrador e para o Estado-Legislator. Assim, enquanto a administração está vinculada à prossecução de finalidades estabelecidas, o legislador pode determinar, dentro do quadro constitucional, a finalidade visada com uma determinada medida. Por outro lado, é sabido que a determinação da relação entre uma determinada medida, ou as suas alternativas, e o grau de consecução de um determinado objectivo envolve, por vezes, avaliações complexas, no próprio plano empírico (social e económico). Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar as suas finalidades, uma «prerrogativa de avaliação», como que um «crédito de confiança» (falando de um «Vertrauensvorsprung», v. BODO PIEROTH/BERNHARD SCHLINK, *Grund*

drechte. *Staatsrecht II*, 14.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1998, n.os 282 e 287), na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir).

A diferenciação da vinculação pelo princípio da proporcionalidade do legislador e da administração é, aliás, salientada na doutrina nacional e estrangeira (v., para esta, por todos, a obra por último citada), e acolhida na jurisprudência. Assim, escreveu-se recentemente no Acórdão n.<sup>o</sup> 484/00, citando doutrina nacional:

"O princípio do excesso [ou princípio da proporcionalidade] aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição. Observar-se-á apenas que o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consonante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos de jurisdição. Ao legislador (e, eventualmente, a certas entidades com competência regulamentar) é reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação. Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada." (assim, Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, pág. 264)."

Quanto a nós, esta atitude jurisdicional persila-se segundo o entendimento corrente em várias outras jurisdições constitucionais, mas não pode aceitar-se acriticamente, sobretudo quando estão em causa afectações gravosas da liberdade e autonomia individuais ou, mais precisamente, quando lidamos com restrições aos direitos fundamentais. Verifica-se aqui, da parte da jurisdição constitucional, a mesma autocontenção judicial que referimos existir a propósito do princípio da igualdade e da tendência para a identificação deste último princípio com o princípio da proibição do arbítrio. Também aqui, em homenagem à margem de conformação reconhecida ao legislador democrático, o juiz constitucio-

### I.3. Princípio da proibição do excesso

nal se limitaria a invalidar as opções do legislador claramente desrazoáveis, desproporcionais, excessivas. Possa o legislador, em alguma medida, apresentar um fundamento racional ou ser capaz de defender a sustentabilidade da sua opção e o juiz estará, com base na referida autocontenção judicial, forçado a aceitá-la.

Ora, se em geral podemos concordar, como dissemos, com a deferéncia para com as opções legislativas sempre que as dúvidas se limitam a saber se, de entre vários meios legítimos e possíveis à sua escolha, o meio restritivo adoptado pelo legislador é o mais adequado, o mais eficaz, o mais oportuno ou o mais proporcional — e afi concordamos que a opinião subjectiva do juiz não deve prevalecer sobre a opinião de quem foi eleito para fazer esse tipo de escolhas —, já uma atitude de generalização indiferenciada desta contenção a todos os planos do controlo do excesso nos parece desaconselhável e, eventualmente, perigosa na perspectiva de defesa dos direitos fundamentais. Ela merece-nos os dois tipos de reservas que a seguir explicitaremos e que nos parecem bem evidenciados no importante Acórdão sobre a propriedade das farmácias que à frente reproduzimos.

De resto, nem sempre, e bem, o Tribunal Constitucional dá mostras de uma contenção estruturada naqueles precisos termos. Há inúmeras decisões em que se o Tribunal efectivamente se limitasse a um controlo de *evidência* ou de *defensabilidade* o resultado seria sempre o da não constitucionalidade — por facto de as medidas em causa não serem claramente desproporcionadas ou excessivas —, mas em que, todavia, com base em juízos de ponderação nem sempre reconhecidos como tal, o Tribunal Constitucional invalidou as opções do legislador.

Refiram-se a título de exemplo, e só nos tempos mais recentes, os Acórdãos n.os 275/02 (53.<sup>a</sup> vol., págs. 479 e segs.), sobre indemnização por danos não patrimoniais devidos a quem conviva com a vítima em união de facto; 202/00 (47.<sup>a</sup> vol., págs. 85 e segs.), sobre interdição de caçar, onde o Tribunal claramente exige ao legislador proporcionalidade da medida e não apenas ausência de desproporcionalidade; 956/96, (34.<sup>a</sup> vol., págs. 389 e segs.), sobre deserção do recurso por falta de pagamento de custas; 758/95 (32.<sup>a</sup> vol., págs. 803 e segs.), sobre direito dos accionistas a participar nas assembleias gerais das sociedades bancárias; 473/92 (23.<sup>a</sup> vol., págs. 221 e segs.), sobre proibição retrospec-

tiva de cumulação dos mandatos autárquico e ao Parlamento Europeu que transcrevemos *infra*, a propósito do princípio da protecção da confiança.

Os dois tipos de reservas que nos merece a atitude mais comum do Tribunal Constitucional neste domínio derivam, de um lado, da consciência dos perigos que podem resultar de uma atitude de autocontenção judicial sempre que estejam em causa restrições sensíveis da liberdade e autonomia individuais, e, de outro, da necessidade de uma perspectiva global do princípio da proibição do excesso que tenha em conta a especificidade de cada um dos seus subprincípios, mas não anule as suas virtualidades, como por vezes sucede na jurisprudência do Tribunal Constitucional quando ele se limita à verificação parcelar de cada um dos subprincípios de forma estanque e minimalista.

De facto, no domínio das restrições aos direitos fundamentais o Tribunal Constitucional limita muitas vezes o seu controlo à invalidação apenas das medidas restritivas claramente desproporcionadas ou excessivas, o que, na prática, significa *salvar* da inconstitucionalidade restrições da liberdade não suficientemente justificadas só porque o legislador consegue — o que é quase sempre possível — invocar uma qualquer razão de interesse público para a restrição. O Tribunal Constitucional autolimita-se, assim, a um controlo de *evidência* ou de *defensabilidade*, mesmo quando a restrição da liberdade é suficientemente *pesada* ou gravosa para justificar um controlo muito mais intensivo.

Ora, se é certo que ao legislador deve ser, por razões democráticas e de separação de poderes, reconhecida a competência para escolher as medidas que considere mais adequadas para prosseguir os seus fins — e que o juiz não pode substituir as correspondentes opções do legislador pelas suas próprias —, não é menos certo que, no domínio das restrições aos direitos fundamentais, quanto maior é o sacrifício da liberdade mais premente deve ser o interesse público justificador da restrição e, nesse sentido, o juiz, mesmo limitando-se a um controlo da desproporcionalidade, dispõe da competência para avaliar da eventual inadequação entre sacrifício e benefício numa medida tanto mais intensa quanto maior for o sacrifício em causa.

Por outro lado, neste domínio cai-se com frequência numa atitude disfuncionalizante do que deve ser uma relação entre legislador e juiz

própria de Estado de Direito democrático. Ou seja, tende a limitar-se o controlo da constitucionalidade da restrição ao *teste* da desproporcionalidade e, se a medida restritiva em causa passa esse teste — o que, quando esse controlo se limita a um júzgo de evidência ou de defensabilidade não é muito difícil —, considera-se a restrição constitucionalmente conforme.

Essa posição esquece que o controlo da desproporcionalidade não é mais que um dos vários controlos da medida restritiva concretamente escolhida pelo legislador, mas que, num plano logicamente anterior a esse controlo, há toda uma outra avaliação de que o juiz constitucional de Estado de Direito não pode prescindir e que se refere à resposta à questão de saber se o interesse de liberdade em causa deve ceder perante o interesse prosseguido pelo legislador. É que quando a Constituição não dá uma resposta imediata a essa questão — e isso acontece sempre que a restrição em causa não está expressamente autorizada pela Constituição — tudo reside em saber a quem compete a última palavra na ponderação de bens que há a fazer entre o interesse de liberdade e o interesse público pretensamente justificador da restrição, isto é, saber se a última palavra é do juiz ou do legislador democrático.

Ora, quanto a esse ponto capital, a única resposta adequada em Estado de Direito com fiscalização de constitucionalidade só pode ser a de que a defesa dos direitos fundamentais compete, em última análise, mas de forma plena, ao juiz constitucional. De outra forma não haveria por que instituir um sistema de controlo da constitucionalidade das decisões do legislador e instituir uma vinculação de todos os poderes do Estado, incluindo o legislador democrático, aos direitos fundamentais. Na verdade, se se institui um controlo constitucional das decisões da maioria democrática e se se atribui esse controlo aos juízes, não pode depois, nomeadamente nos domínios mais sensíveis das agressões à liberdade, re-entregar à maioria democrática a última palavra sobre o alcance jurídico prático a conferir aos direitos fundamentais a que essa maioria é suposta, em Estado de Direito, estar subordinada.

O legislador democrático deve ter, sim, a última palavra sobre o meio que se considera mais adequado ou oportuno (ou *mais proporcional*) para atingir um fim; mas, no domínio dos direitos fundamentais os fins a prosseguir pelo legislador só são legítimos — no sentido de deverem prevalecer sobre os direitos fundamentais dos cidadãos —

quando o interesse a prosseguir deva prevalecer sobre o interesse de liberdade e, aí, não é o legislador que deve decidir em última instância, mas sim os juízes a quem a Constituição de Estado de Direito entrega a sua defesa.

Na ponderação de bens a que se recorre no quadro da justificação de uma restrição a direito fundamental, trata-se de verificar se um direito fundamental deve ou não ceder perante a eventual maior importância ou peso relativo que apresenta, num caso concreto, um outro bem jurídico que com ele colida. Ora, aí, atentas a força constitucional dos direitos fundamentais e a sua natureza de *trunfos* em Estado de Direito, bem como, na generalidade dos casos, a ausência de indicações constitucionais precisas e inequívocas sobre essa possibilidade de cedência, deve entender-se que o direito fundamental só deve ceder se os interessados na restrição puderem demonstrar a prevalência do bem, interesse, valor ou princípio que se opõe à liberdade protegida. Legislador, Administração e tribunais, vinculados directamente pelos direitos fundamentais, estão obrigados à sua realização optimizada e, enquanto tal, mesmo no âmbito da uma concordância prática com outros bens igualmente dignos de protecção jurídica, têm de justificar como impreterivelmente exigida pela realização de bens opostos a eventual cedência dos bens jufundamentalmente protegidos.

Nessa altura, entende-se que o ónus é dos poderes constituidos e que, pesem embora os limites funcionais do poder judicial e da função jurisdicional de controlo da constitucionalidade, a prossecução legítima da restrição ao direito fundamental depende essencialmente da aceitação dessa demonstração por parte dos órgãos especialmente vocacionados, em Estado de Direito, para a defesa dos direitos fundamentais enquanto *trunfos* dos particulares contra o poder político.

Por último, há ainda uma outra tendência de aplicação dos controlos de prevenção do excesso que pode corroer a racionalidade do conjunto. Pode, a partir de uma compreensão distorcida do sentido da possibilidade de decomposição deste controlo em diferentes subprincípios, incorrer-se num controlo parcelar e por etapas em que a medida restritiva é sucessivamente chamada a passar os testes da aptidão, da indispensabilidade e, por fim, o da proporcionalidade em sentido estrito, o que pode ter como consequência remeter sistematicamente as questões verdadeiramente *difícies* para esse último nível, onde, finalmente, quando

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

se adopta uma postura de sistemática autocontenção judicial, as possibilidades de invalidação são mínimas mesmo quando a restrição é globalmente injustificada.

Veja-se, por exemplo, como no recente Acórdão n.º 187/01, que reproduzimos integralmente a seguir, sobre a atribuição legal da reserva de propriedade das farmácias aos farmacêuticos, o Tribunal Constitucional começou por perspectivar correctamente o controlo de indispensabilidade em termos de «uma avaliação *in concreto* da relação empférica entre as medidas e os seus previsíveis efeitos, à luz dos fins prosseguidos, para apurar a previsível maior ou menor consecução dos objectivos pretendidos, perante as alternativas disponíveis», portanto, em termos de uma comparação de alternativas e não de uma verificação isolada da existência de meio menos restritivo.

O Tribunal Constitucional, considerou, então, que a única alternativa plausível à atribuição da reserva de propriedade das farmácias aos farmacêuticos era a da consagração legal da livre iniciativa económica no acesso à propriedade, mas obrigatoriamente acompanhada da manutenção do requisito de a direcção técnica da farmácia, incluindo a preparação e venda de fármacos, ser da responsabilidade de um farmacêutico.

Concluiu, em seguida, que a primeira alternativa, sendo obviamente mais restritiva, assegurava com mais eficácia os fins de saúde pública prosseguidos, já que a liberdade e independência do farmacêutico seriam mais efectivamente asseguradas através da responsabilização pessoal do proprietário/diretor técnico do que através da existência de um director técnico que fosse trabalhador por conta de outrem. Nesse sentido, para o Tribunal, como a prossecução da finalidade de garantir a independência profissional do farmacêutico não era igualmente intensa nas duas alternativas, o controlo de proporcionalidade a realizar pelo Tribunal não se deveria colocar no terreno do controlo de indispensabilidade, mas ser antes remetido, exclusivamente, para o domínio da verificação da não arbitrariedade da medida restritiva.

Mas, aí, o que estaria em causa seria apenas «apurar se é razoável ou não o entendimento, que é o do legislador, de que a liberdade e a independência profissional do farmacêutico são melhor protegidas se o farmacêutico for não apenas um director técnico a trabalhar por conta de outrem mas antes, ele próprio, proprietário do estabelecimento».

Ora, independentemente da bondade de decisão de não inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional acabou, através deste salto lógico, por neutralizar completamente a exigência da *necessidade* da restrição. Remetendo-se, com base na existência de um diferente grau de aptidão das medidas restritivas alternativas, exclusivamente para um controlo de não irrazoabilidade ou não desproporcionalidade da medida restritiva escolhida pelo legislador — para que não se invadisse o domínio da margem de livre decisão reconhecida ao legislador democrático —, o Tribunal Constitucional prescindiu totalmente de qualquer valoração assente na *necessidade* da medida. Pode admitir-se que a opção do legislador não seja desrazoável, que seja possível encontrar para ela um fundamento racional. Mas será necessária? Será exigível, atendendo, sobretudo, à enorme restrição de liberdade que produz? Essa era a questão.

Admitindo que havia diferente intensidade na prossecução do fim por parte das duas medidas alternativas, o que haveria, em seguida, a fazer seria, em nosso entender, decidir se o incremento marginal de eficácia garantido pela reserva de propriedade justificava a anulação integral da liberdade de acesso dos não farmacêuticos à propriedade da farmácia. E, aí, estaríamos num domínio de ponderação de bens — no caso, ponderação das vantagens e inconvenientes das duas alternativas — em que a decisão do legislador podia e devia ser sindicada. Porventura, dever-se-ia, então, concluir que, comparado com a alternativa menos restritiva, o aumento de eficácia garantido com a reserva de propriedade é, dadas as circunstâncias concretas em que ele opera na realidade, tão insignificante ou discutível que não justifica uma tão drástica restrição da liberdade.

A não ser assim, e na mesma lógica, como dizia o Juiz VITAL MOREIRA em voto de vencido no primeiro Acórdão do Tribunal Constitucional em que o problema foi discutido (cfr. Acórdão n.º 76/85 5.º vol., págs. 207 e segs. e págs. 229 e segs.), ter-se-ia de concluir que a propriedade das clínicas poderia ser reservada aos médicos, a dos jornais aos jornalistas ou, numa perspectiva de comparação com o caso *sub judice* ainda mais ostensivamente absurda, a dos laboratórios farmacêuticos aos licenciados em farmácia.

Em todas estas hipotéticas decisões haveria um fundamento para a restrição que até se poderia considerar não desrazoável, mas a medida

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

restritiva não deixaria, por esse facto, de ser considerada *desnecessária* e, como tal, inconstitucional. Com efeito, se os próprios jornalistas fossem os proprietários da empresa de comunicação social em que trabalham seriam, seguramente, mais *livres* ou menos constrangidos. Mas, o problema jurídico-constitucional do controlo da proibição do excesso não é esse, mas antes o de saber se o *ganho* de liberdade de imprensa assim alcançado justifica a enorme diferença de intensidade de restrição da livre iniciativa económica assim provocada.

É que uma coisa é, como fazemos, concluir, dada a frequência com que as alternativas restritivas disponíveis nos surgem com diferentes graus de aptidão para atingir um fim, que o controlo de indispensabilidade não pode prescindir de juízos de valoração e ponderação e outra, que recusamos, é, com base no mesmo pressuposto de facto, abdicar, à partida, de qualquer controlo de indispensabilidade sempre que há diferenças de eficácia, remetendo tudo para um controlo de proporcionalidade onde desaparecem quaisquer referências à eventual desnecessidade da medida restritiva escolhida pelo legislador.

#### *1.3.3. Acórdão n.º 187/01, sobre regime de reserva da propriedade das farmácias*

ACÓRDÃO N.º 187/01

Processo n.º 120/95

Plenário

Relator: Paulo Mota Pinto

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

##### I — Relatório

1. O Provedor de Justiça veio requerer, nos termos do disposto na alínea *d*) do n.º 2 do artigo 281.º da Constituição — reproduzido no n.º 3 do artigo 20.º do seu Estatuto, aprovado pela Lei n.º 9/91, de 9 de Abril —, a declaração de inconstitucionalidade das normas constantes das bases II, n.º 2, III, e IV, n.ºs 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e dos artigos 71.º

e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968, cuja redacção é a seguinte:

**Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965:**

**Base II**

«1. (...)

2. O alvará apenas poderá ser concedido a farmacêuticos ou a sociedades em nome colectivo ou por quotas, se todos os sócios forem farmacêuticos e enquanto o forem.»

**Base III**

«1. Falecendo o proprietário de qualquer farmácia, se algum dos interessados directos na partilha for farmacêutico ou aluno do curso de Farmácia, ser-lhe-á, salvo oposição sua, adjudicada a farmácia pelo valor acordado ou, na falta ou impossibilidade legal de acordo, pelo valor fixado no competente inventário, podendo, neste último caso, qualquer interessado requerer segunda avaliação da farmácia.

Se concorrerem à partilha mais do que um farmacêutico ou mais do que um aluno do curso de Farmácia ou interessados de uma e outra categoria, abrir-se-á licitação entre eles.

2. Idêntico regime se aplicará nos casos de divórcio, separação de pessoas e bens ou ausência judicialmente decretada.

3. O inventário facultativo ou a acção de arbitramento serão requeridos no prazo de um ano, se antes não tiver sido feita a partilha por acordo, sob pena de caducar desde logo o alvará.

4. Se o interessado farmacêutico, ou aluno de Farmácia, se opuser à adjudicação ou não aceitar o valor fixado, ou se a adjudicação for feita a aluno de Farmácia e este, por facto que lhe seja imputável, não vier a concluir o curso no prazo de seis anos, a contar da primeira inscrição, aplicar-se-á o disposto na base seguinte.»

**Base IV**

«1. Se a farmácia integrada na herança ou nos bens do casal vier a ser adjudicada a cônjuge ou herdeiro legítimo que não seja farmacêutico ou aluno de Farmácia, deverá, no prazo de dois anos, ser objecto de traspasse ou de cessão da exploração a favor de farmacêutico, sob pena de caducidade do alvará.

Este prazo conta-se da abertura da herança, salvo se houver inventário obrigatório.

**1.3. Princípio da proibição do excesso**

Se o adjudicatário não for cônjuge ou herdeiro legítimo, a farmácia deverá ser traspassada em igual prazo, sob a mesma cominação.

2. A cessão da exploração não prejudica a posição do arrendatário, ainda que haja convenção expressa, e será livremente estipulada, excepto quanto à prestação devida, que será sempre em quantia certa, e quanto ao prazo, que não poderá ultrapassar dez anos no total, nem dividir-se em períodos superiores a cinco anos cada um.

A farmácia deverá ser objecto de traspasse no decurso deste prazo, sob pena de caducidade do alvará, salvo se o cônjuge ou qualquer dos herdeiros legítimos tiver entretanto adquirido o diploma de farmacêutico, caso em que terão direito à propriedade plena da farmácia, por via de licitação se concorrerem dois ou mais interessados.

3. O proprietário não poderá recusar-se a efectuar o traspasse ou cessão da exploração nas condições fixadas em contrato-promessa, sob pena de caducidade do alvará.

4. Quando o proprietário não conseguir transaccionar a farmácia no prazo do n.º 1, comunicará o facto à entidade competente, a qual indicará comprador idóneo para a aquisição pelo valor fixado por acordo ou arbitramento, ou prorrogará o alvará por períodos anuais, até que a venda seja possível ou se adopte qualquer das providências da base VI.

Se o proprietário não fizer, no devido tempo, a referida comunicação ou recusar a transferência da farmácia pelo preço fixado no arbitramento, caducará o alvará.»

**Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968:**

**«Artigo 71.º**

A cessão de exploração de farmácia só é permitida nos casos previstos na base IV da Lei n.º 2125, devendo o cessionário ser farmacêutico ou sociedade comercial constituída nos termos do n.º 2 da base II da mesma lei.»

**«Artigo 75.º**

1. É nulo o legado de farmácia a favor de pessoa que, não sendo farmacêutico ou aluno de Farmácia, não seja chamado à sucessão na qualidade de herdeiro legítimo ou legítimo ou, sendo-o, haja cônjuge ou outro herdeiro farmacêutico ou aluno de Farmácia.»

2. Invoca o requerente que o regime jurídico estabelecido em tais disposições introduz uma restrição ao direito de propriedade privada, consagrado

constitucionalmente no n.º 1 do artigo 62.º, da Constituição da República, uma vez que estabelece uma reserva de propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos (e, sob condição resolutiva, em favor dos alunos de farmácia). Tal reserva constituiria um exclusivo de base corporativa, não justificado por razões de saúde pública, uma vez que a lei, ao impor que a direcção técnica das farmácias seja assegurada por um farmacêutico (artigo 83.º do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968), responsável pela preparação dos fármacos e pela venda ou entrega dos medicamentos ou substâncias medicamentosas ao público (artigo 29.º do mesmo diploma), e ao consagrar a autonomia técnica do farmacêutico (artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 49408, de 24 de Novembro de 1969), já asseguraria, «em termos suficientes, a defesa da saúde pública».

Essa reserva constituiria igualmente, para o requerente, um «privilegio ilegítimo», violador do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição e das normas do n.º 1 do artigo 62.º e do n.º 2 do artigo 18.º da Lei Fundamental, «na medida em que se mostra como um tratamento desigual que não é necessário nem adequado para a defesa da saúde pública ou para a garantia da independência deontológica dos farmacêuticos.»

E conclui o Provedor de Justiça:

«(...) embora na mesma categoria de bens possam coexistir formas colectivas de apropriação, a par de direitos de propriedade privada, não é admissível privar a generalidade das pessoas singulares ou colectivas da possibilidade de se apropriarem de um bem, em favor de uma categoria de sujeitos, sem que se encontrem atendidos os pressupostos e verificados os requisitos do artigo 18.º, n.os 2 e 3, da Constituição.

(...)

Não resta senão concluir que as normas impugnadas violam o disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, pois, ao fixarem uma incindibilidade quase absoluta entre as condições da titularidade de um direito de propriedade incidente sobre um estabelecimento comercial de farmácia e o exercício da profissão de direcção técnica farmacêutica, adiantam-se ao que seria necessário para salvaguardar os consumidores e a saúde pública e, como tal, importam um excesso de restrição.»

3. Notificados nos termos e para os efeitos do disposto nos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da Lei do Tribunal Constitucional, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro Ministro ofereceram o merecimento dos autos, tendo o primeiro juntado cópia dos exemplares do Diário da Assembleia Nacional relativos à discussão e aprovação da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965.

A Ordem dos Farmacêuticos, o Montepio Nacional da Farmácias e a Associação Nacional das Farmácias, como entidades representantes dos interesses cuja

regulamentação é objecto das normas questionadas, solicitaram a junção de três pareceres jurídicos, que foram apensos aos autos, onde se conclui pela não constitucionalidade das normas impugnadas.

Discutida e fixada a orientação deste Tribunal com base em memorando elaborado pelo Presidente, nos termos do artigo 63.º, n.º 1, da Lei do Tribunal Constitucional, cumpre agora explicitar a decisão.

## II — Fundamentos

### A) Considerações introdutórias

4. No seu Acórdão n.º 76/85 (publicado nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional [ATC]*, 5.º vol., págs. 207 e segs.) o Tribunal Constitucional já apreciou a conformidade constitucional da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e, em especial, das suas bases II, n.º 2, e n.º 1 (2.ª parte), III, IV, alínea c), e IX — preceitos que, no entender do grupo de deputados à Assembleia da República então autor do pedido, «seriam os geradores do afrontamento constitucional» —, à luz do direito de propriedade e da liberdade de iniciativa económica privada, em face do princípio da igualdade e também tendo em conta a obrigação de respeito pelo princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção e de eliminação dos monopólios e latifúndios, constante da então invocada norma da alínea f) do artigo 290.º da Constituição, no texto resultante da 1.ª revisão constitucional.

Concluiu o Tribunal Constitucional nessa decisão, com três votos de vencido, que as referidas normas não enfermavam de qualquer inconstitucionalidade, razão pela qual «não se declarou a inconstitucionalidade de qualquer das normas da Lei n.º 2125, de 20-3-65.»

Pelo presente pedido de declaração de inconstitucionalidade é, por um lado, reposta a questão da constitucionalidade das normas das bases II, n.º 2, III e IV da Lei n.º 2125, e, por outro lado, alargada a impugnação sub specie constitutionis às normas dos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968, as quais, contendo limitações à cessão de exploração e ao legado de farmácia, constituem ainda uma consequência do regime de limitação da propriedade da farmácia consagrado nas disposições já anteriormente apreciadas.

Acresce que também agora o requerente invoca, como parâmetro constitucional de aferição, o princípio da igualdade e o direito de propriedade privada.

Verifica-se, pois, uma coincidência parcial do objecto do presente pedido, e do essencial das questões de constitucionalidade nele suscitadas, com as decididas no Acórdão n.º 76/85.

Ora, como se escreveu no Acórdão n.º 452/95 (publicado nos ATC, 31.º vol., págs. 135 e segs.):

«O Tribunal Constitucional veio acentuando, na sua jurisprudência, que as únicas decisões capazes de precludirem a possibilidade de nova apreciação judicial da constitucionalidade de uma norma são as que, sendo proferidas em sede de fiscalização abstracta sucessiva, declararam a sua inconstitucionalidade (cfr. o Acórdão n.º 66/84, publicado no *Diário da República*, II Série, de 9 de Agosto de 1984) e que, no caso de acórdãos que não se pronunciem pela inconstitucionalidade, o Tribunal não fica impedido de voltar a pronunciar-se sobre a mesma matéria, quer o Acórdão tenha sido produzido em fiscalização preventiva, quer também o tenha sido em fiscalização sucessiva (cfr. o Acórdão n.º 85/85, publicado no *Diário da República*, II Série, de 25 de Junho de 1985).»

Nada obsta, portanto, sob esta perspectiva, à apreciação das normas cuja constitucionalidade vem agora impugnada, mesmo em relação àquelas sobre cuja conformidade constitucional recaiu já anterior decisão deste Tribunal.

Tal como no Acórdão n.º 76/85, convém começar por «fazer um breve relance sobre os fundamentos do regime legal vigente nesta matéria, da sua historicidade e da sua consonância no plano comparado.»

5. Já em 1521 o «Regimento do Físico-Mor do Reino» estabeleceu que só os «boticários» — com carta passada pelo Físico-Mor do Reino, após exame perante um júri composto pelos físicos da Corte e pelos boticários do Rei e da Rainha — poderiam «assentar botica». No mesmo sentido dispôs o «Regimento dos Boticários de Lisboa», reformado em 1572, bem como outra legislação posterior, até ao Decreto de 18 de Setembro de 1844, que organizou e regulou o funcionamento das Repartições de Saúde Pública, estabelecendo sanções (incluindo o fecho do estabelecimento) para quem «não sendo Farmacêutico aprovado, tiver botica aberta, ou simplesmente vender ou manipular medicamentos», e exigindo, para a abertura de botica, carta de farmacêutico habilitado, licença de Saúde e matrícula junto da autoridade local de saúde e do Provedor de Saúde do Distrito.

A Carta de Lei de 13 de Julho de 1882 veio permitir a substituição temporária do «farmacêutico legalmente habilitado» por «aspirante de farmácia com quatro anos, pelo menos, de boa prática registada», mantendo embora, formalmente, o princípio de que só os farmacêuticos podiam ser proprietários de farmácias.

No século XX, o Decreto n.º 9431, de 16 de Fevereiro de 1924, reagindo a «abusos e irregularidades tão atentatórias da saúde pública como de interesses legítimos», impôs, no seu artigo 1.º, que «todas as farmácias abertas ao público (...) serão dirigidas por um farmacêutico legalmente habilitado, seu proprietário ou gerente técnico».

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

Posteriormente, o Decreto n.º 13 470, de 12 de Abril de 1927, veio representar um outro passo no caminho que conduziria, em 1933, à plena consagração do «princípio da indivisibilidade» entre a propriedade e a direcção técnica da farmácia — assim, Guilherme Braga da Cruz, *Propriedade da Farmácia (Estudo crítico sobre um Parecer da Câmara Corporativa)*, Porto, 1964, pág. 14 —, dispendo no seu artigo 4.º que «nenhuma farmácia ou laboratório de produtos farmacêuticos poderá estabelecer-se, depois da publicação da presente lei, sem que o farmacêutico que a ela presida seja seu proprietário ou co-participante da empresa que explora o estabelecimento».

Logo em 1929, porém, o Decreto n.º 17 636, de 19 de Novembro, veio admitir o acesso de qualquer pessoa à propriedade das farmácias, dissociando a propriedade da direcção técnica, embora por pouco tempo — pelo menos segundo uma certa interpretação de tal diploma (susentando, porém, que ele não revogou o anterior artigo 4.º do Decreto n.º 13 470, «porque, pura e simplesmente não toma posição a respeito do problema da propriedade da farmácia», cfr. G. BRAGA DA CRUZ, *ob. cit.*, págs. 15-16.).

Quatro anos depois, o artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 23 422, de 29 de Dezembro de 1933, veio novamente prever que «nenhuma farmácia pode estar aberta ao público sem que o farmacêutico, seu director técnico, seja seu proprietário no todo ou em parte, por associação com outro ou outros farmacêuticos», instituindo um regime transitório para as farmácias pré-existentes que não estivessem nessas condições.

A Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e o Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968 — com o princípio da indivisibilidade entre a propriedade da farmácia e a respectiva gerência técnica que consagraram, ainda em vigor e objecto do presente pedido de apreciação de constitucionalidade — surgiram no termo de uma evolução legislativa nem sempre linear, mas com rafzes anteriores ao século XX. E daí a conclusão, que se enunciava no Acórdão n.º 76/85 deste Tribunal, de que:

«pode afoitamente afirmar-se que a tradição do nosso ordenamento jurídico (...) é no sentido de limitar o acesso à propriedade das farmácias, restringindo-o aos detentores do título académico de farmacêutico.»

Não sendo tal argumento histórico decisivo, não há, no presente contexto, que aprofundar a fundamentação de tal conclusão, analisando, designadamente, em que medida textos legais mais antigos se poderiam ter bastado com a existência de um farmacêutico para o funcionamento da farmácia. Seja como for, é indubiatível que a solução de reserva da propriedade da farmácia para o farmacêutico — e indivisibilidade de princípio da propriedade e da direcção técnica — vigora no nosso ordenamento jurídico, pelo menos, já desde a década de 30 do século passado.

6. No mesmo passo do Acórdão n.º 76/85 agora citado adiantava-se que tal tradição era também partilhada pelos «países da Europa Ocidental, entre os quais se contavam aqueles cujas opções de política legislativa são historicamente mais próximas das nossas.»

Assim era então, e continua a sê-lo hoje, mais de 15 anos volvidos, registando-se os desenvolvimentos do então apresentado.

Pode, na verdade, afirmar-se que, na generalidade dos países da Europa continental, a propriedade da farmácia se encontra reservada a detentores de título de farmacêutico.

Em Espanha, o n.º 4 do artigo 103 da Ley 14/1986, de 25 de Abril (Ley General de Sanidad), dispõe que «Só os farmacêuticos podem ser proprietários e titulares de farmácias abertas ao público», e a Ley 16/1997, de 25 de Abril de 1995 (Ley de Regulación de las Oficinas de Farmacia), estabelece no n.º 1 do seu artigo 4 que «A transmissão das farmácias só poderá realizar-se a favor de outro ou outros farmacêuticos», sublinhando-se, no seu preâmbulo, que com tal regulamentação de transferência de farmácias se ratificava o critério legal tradicional.

Em França, o artigo L. 514 do Code de la santé publique, na redacção da Lei n.º 94-43, de 18 de Janeiro de 1994, prevê que só se pode exercer a profissão de farmacêutico com diploma universitário da especialidade, e o artigo L. 512, na redacção da ordonnance n.º 59-250, de 4 de Fevereiro de 1959, reserva aos farmacêuticos, entre outras actividades, «a preparação de medicamentos destinados à utilização na medicina humana» (1.º), «a venda por grosso, a venda a retalho e toda a dispensa ao público de medicamentos...» (4.º). Por sua vez, o artigo L. 570-1, na redacção da Lei n.º 94-43, de 18 de Janeiro de 1994, determina que só os farmacêuticos habilitados «podem, individualmente ou em sociedade, criar uma farmácia ou adquirir uma farmácia aberta há menos de três anos», enquanto o artigo L. 580, na redacção da Lei n.º 75-1226, de 26 de Dezembro de 1975, fixa em dois anos o prazo máximo de manutenção da abertura, sob a direcção de um farmacêutico autorizado, de uma farmácia cujo proprietário tenha falecido, fixando em um ano o prazo máximo de ausência do seu titular, ainda que substituído de forma regular.

No direito italiano, a actividade farmacêutica é considerada de interesse público, discutindo-se mesmo a natureza do serviço farmacêutico como serviço público (v., por exemplo, GUIDO LANDI, «Farmacia», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVI, 1967, págs. 837 e 840 e segs., com indicações históricas). A propriedade privada das farmácias depende de uma licença, a atribuir por concurso público, no qual apenas podem participar pessoas inscritas na associação profissional de farmacêuticos, exigindo-se, também, determinados requisitos relativos à experiência profissional (artigo 3.º da Lei n.º 475, de 2 de Abril de 1968; v. mais indicações em MARCELA GOLA, «Farmacia e farmacisti», in *Digesto delle discipline publicísticas*, tomo VI, pág. 238).

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

Na Alemanha, os §§ 7, 8 e 9 da Gesetz über das Apothekenwesen (de 23 de Agosto de 1984) regulam a propriedade da farmácia, reservando-a também a farmacêuticos. Cada farmacêutico não pode ser proprietário de mais do que uma farmácia, mas não existe condicionamento da instalação da farmácia por critérios demográficos. O Tribunal Constitucional alemão foi chamado por diversas vezes a pronunciar-se sobre a conformidade à Lei Fundamental do regime da propriedade da farmácia. Assim, na sua decisão de 11 de Junho de 1958 (primeiro Apotheken-Urteil, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 7, págs. 377 e segs.), declarou inconstitucionais, por violação da liberdade de profissão, normas que condicionavam a instalação de farmácias na Baviera à existência de necessidades de abastecimento de medicamentos e à não perturbação do funcionamento de outras farmácias concorrentes. Na sua decisão de 13 de Fevereiro de 1964 (*Entscheidungen...*, cit., vol. 17, págs. 232 e segs.; e v. ib., mais recentemente, sobre a publicidade da farmácia, a decisão de 22 de Maio de 1996, no vol. 94, págs. 372 e segs.), diversamente, considerou que a limitação objectiva a uma farmácia por farmacêutico não era inconstitucional, sendo justificada pelas finalidades que o legislador prossegue com o regime de propriedade da farmácia (e referindo-se, embora como obter dictum, também à justificação do modelo «Apotheker in seiner Apotheke»).

Também na Áustria a propriedade da farmácia pertence obrigatoriamente a farmacêuticos (Apothekengesetz, § 12). A mesma solução é, ainda, a que vigora na Dinamarca (Lei de 1994), na Finlândia, na Holanda, no Luxemburgo (Lei de 31 de Julho de 1991) e na Grécia (Lei n.º 1963, de 20 de Setembro de 1991).

Na Suécia, diversamente, a propriedade das farmácias é pública, apenas competindo ao farmacêutico a sua exploração, por um período de tempo determinado.

O regime de livre propriedade da farmácia é, porém, o que vigora, no continente europeu, na Suíça e na Bélgica, onde a propriedade das farmácias foi regulamentada pelo Arrêté Royal n.º 78, de 10 de Novembro de 1967 (Arrêté Royal n.º 78 relatif à l'exercice de l'art de guérir, de l'art infirmier, des professions paramédicales et aux commissions médicales), alvo de sucessivas revisões, designadamente no artigo 4.º (a última das quais pela Lei de 13 de Maio de 1999), que estabelece no seu § 1 que a arte farmacêutica não pode ser exercida a não ser por quem seja portador de um diploma legal de farmacêutico. O regime de livre propriedade é também, por outro lado, o que vigora no Reino Unido e na Irlanda.

Pode, pois, concluir-se, deste breve panorama comparativo, que, nos países europeus que admitem a propriedade privada das farmácias — a grande maioria dos países que nos são mais próximos —, a limitação da propriedade a farmacêuticos (directamente ou através de pessoas colectivas) constitui também a solução maioritária, sendo de destacar, em sentido diverso, sobretudo o

modelo «liberalizante» britânico, que admite que quaisquer pessoas (incluindo, por exemplo, sociedades que dominem cadeias de distribuição comercial) possam ser proprietários de farmácias.

7. De entre as normas cuja conformidade constitucional vem impugnada pelo requerente, é a do n.º 2 da base II da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, aquela que contém o princípio limitador do acesso dos não farmacêuticos à propriedade das farmácias. Na verdade, depois de se estatuir no n.º 1 que as farmácias só poderão funcionar mediante alvará pessoal passado pela Administração, «a quem é permitido ser proprietário de farmácia», dispõe-se nesse n.º 2:

#### Base II

«1. (...)

2. O alvará apenas poderá ser concedido a farmacêuticos ou a sociedades em nome colectivo ou por quotas, se todos os sócios forem farmacêuticos e enquanto o forem.»

Em caso de transmissão da farmácia, o alvará caduca, «salvo nas hipóteses previstas na lei» (base II, n.º 1, parte final). E, por outro lado, os negócios jurídicos de que resulte a transmissão da propriedade da farmácia ou cessão da sua exploração só produzem efeitos depois de passado o competente alvará (artigo 76.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48/547). Estas últimas normas não vêm, porém, impugnadas no pedido, que inclui apenas normas da Lei n.º 2125 sobre transmissão da farmácia mortis causa, em caso de divórcio, separação de pessoas e bens ou ausência judicialmente decretada. Para estas hipóteses, prevê a citada base III, da Lei n.º 2125, a adjudicação da farmácia ao herdeiro, ou ao cônjuge, se for farmacêutico ou aluno de farmácia. E a base IV, n.os 1 a 4, do mesmo diploma, impõe a alienação por trespasse ou cessão de exploração da farmácia, caso seja adjudicada ao cônjuge ou a herdeiro que não esteja naquelas condições, sob pena de caducidade do alvará — o qual, portanto, não caduca logo com a transmissão mortis causa ou nos casos referidos.

Por outro lado, o pedido inclui ainda a apreciação da constitucionalidade de duas disposições (artigos 71.º e 75.º, n.º 1) do diploma sobre o exercício da actividade farmacêutica que desenvolveu as bases consagradas na Lei n.º 2125: o Decreto-Lei n.º 48/547, de 27 de Agosto de 1968. Tais normas condicionam a cessão da exploração e o legado da farmácia, respectivamente, à qualidade de farmacêutico ou sociedade comercial constituído apenas por sócios farmacêutico, e de farmacêutico ou aluno de farmácia (salvo para o caso de legado a herdeiro legítimo ou legitimário, em que se aplicará o referido regime da adjudicação de farmácia a não farmacêutico).

#### 1.3. Princípio da proibição do excesso

Considerando a teleologia das normas em questão e a fundamentação do pedido, pode, porém, dizer-se que se pretende fundamentalmente a apreciação da constitucionalidade da norma que reserva a titularidade da farmácia aberta ao público a farmacêuticos ou sociedades comerciais cujos sócios sejam farmacêuticos, apresentando-se as restantes disposições, ou como instrumentais relativamente àquela (é o caso da previsão da nulidade do legado e da proibição da cessão da exploração), ou como reguladoras de hipóteses em que uma caducidade imediata do alvará, por virtude da possível aquisição da farmácia por não farmacêutico, comportaria consequências indesejáveis (o caso do regime das restantes aquisições mortis causa, por divórcio ou separação judicial de pessoas e bens ou em causa do ausência). Ou inversamente: pode dizer-se que é a exclusão, com poucas (e transitórias) exceções, dos não farmacêuticos da propriedade da farmácia cuja constitucionalidade importa apreciar.

Por outro lado, observe-se que o facto de estarem em questão normas pré-constitucionais — de 1965 e 1968 — em nada obsta a esta apreciação, uma vez que, segundo o pedido, tais normas estariam feridas de inconstitucionalidade material, a qual, como se sabe (recentemente, veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 251/00, publicado no *Diário da República*, II Série, de 7 de Novembro de 2000), bem pode resultar da superveniência de normas constitucionais.

#### B) A liberdade de profissão e a liberdade de iniciativa económica privada

8. Considera o requerente que as normas em questão violam as normas constitucionais que consagram o princípio da igualdade e o direito de propriedade, quando completado com o princípio da proibição do excesso.

As normas em questão já não são, pois, confrontadas com uma alegada proibição constitucional dos monopólios, como acontecia no pedido que deu origem ao Acórdão n.º 76/85, sendo certo, aliás, que tal invocação não foi considerada procedente nem nessa decisão, nem, em quase total consonância, nos votos de vencido a ela apostos. Note-se, a propósito, que tal conclusão só pode ser reforçada pelo texto constitucional actualmente em vigor — no qual, por um lado, a incumbência do Estado de «eliminar e impedir a formação de monopólios privados» deu lugar, após a IV revisão constitucional, à de «assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral», e, por outro lado, deixou, já desde 1989, de se estabelecer como limite material de revisão a eliminação dos monopólios [alínea f) do artigo 290.º].

Aliás, não parece que possa dizer-se que a reserva de propriedade das farmácias aos farmacêuticos configure um monopólio, no sentido visado actual-

mente pela alínea e) do artigo 81.º da Constituição (que se limita a definir uma «incumbência prioritária do Estado»), uma vez que não importa qualquer domínio do mercado por uma empresa ou grupo fechado de empresas. E pode, mesmo, notar-se, pelo contrário, que a finalidade de evitar posições dominantes, ou concentrações monopolistas, no mercado da distribuição farmacêutica tem sido justamente apontada como uma das finalidades que aquela reserva pode servir, e que contribuiria para a justificar — cfr. a título ilustrativo, de entre quem teve intervenção durante a *occasus legis*, G. BRAGA DA CRUZ, *Propriedade da farmácia*, cit., págs. 51-53, 63 e 101, e HENRIQUE MARTINS DE CARVALHO, «Ainda a propósito da lei da propriedade da farmácia», in *O Direito*, ano 120.º (1988), tomos III-IV, págs. 299 e segs.

9. Por outro lado, o Tribunal Constitucional não foi, nem é agora, confrontado com uma invocada violação da liberdade de escolha de profissão, consagrada no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, apenas se mencionando esta no pedido para excluir que restrições resultantes da exigência de determinadas habilitações, permitidas pela parte final da citada disposição, sejam aplicáveis ao caso da profissão de farmacêutico por conta própria.

Como, porém, a esta omissão pode estar já subjacente uma determinada visão da actividade do farmacêutico titular de farmácia, que, manifestamente, não é a privilegiada, nem pelo legislador, nem em outras jurisdições constitucionais — como a alemã, na qual se entende que, mais do que o direito de propriedade ou a liberdade de iniciativa económica privada, está em causa a liberdade de profissão consagrada no § 12 da Grundgesetz (v. as citadas decisões de 11 de Junho de 1958 e de 13 de Fevereiro de 1964) —, e considerando que a apreciação a efectuar pelo Tribunal Constitucional não está limitada aos fundamentos de inconstitucionalidade invocados pelo requerente, convirá fazer uma breve referência a tal parâmetro.

É inegável que, na perspectiva que, segundo o legislador, deve ser incentivada, a actividade dos farmacêuticos corresponde, pelo menos também, ao exercício de uma profissão liberal de interesse público, organizada economicamente em torno da farmácia (v. a base I da referida Lei n.º 2125 e o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/547).

Na regulamentação legal, partiu-se, na verdade, do modelo do farmacêutico independente que exerce uma profissão liberal, para o que dispõe de uma formação superior específica e está obrigatoriamente inscrito numa associação pública — a Ordem dos Farmacêuticos (v. o artigo 5.º do Estatuto da Ordem dos Farmacêuticos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 212/79, de 12 de Julho) —, vinculado a uma deontologia específica e subordinado a uma jurisdição disciplinar também própria.

Independentemente da questão de saber se a actividade farmacêutica corresponde melhor a uma realidade de fronteira entre a liberdade de empresa e

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

a liberdade de profissão — ou, mesmo, se são predominantes os aspectos empresariais —, poderia, pois, defender-se que da reserva da titularidade da farmácia a farmacêuticos resulta também uma restrição à liberdade de escolha de profissão — a profissão de farmacêutico independente, por conta própria —, para todos aqueles que, como se diz no pedido, não exerceram a sua liberdade de aprender (e de não aprender), não sendo titulares das correspondentes habilitações académicas.

A liberdade de escolha de profissão ou trabalho, consagrada no artigo 47.º, n.º 1, da Constituição, é um direito subjectivo — e não só uma garantia ou fundamento da organização económica —, que não tem apenas uma dimensão negativa, de «direito de defesa», mas inclui uma dimensão positiva ligada ao «direito ao trabalho» (v., por exemplo, o Acórdão n.º 328/94, in ATC, 27.º vol., págs. 963 e segs.). Por outro lado, inclui também um aspecto de liberdade de exercício da profissão, sem a qual a liberdade de escolha de nada valeria (para a inclusão da liberdade de exercício, v., por exemplo, o Acórdão n.º 446/91, in ATC, 20.º vol., págs. 217 e segs., sobre o exercício da profissão de técnico da construção civil em Lisboa), e deve ser entendida em sentido amplo, de tal forma que, quando uma profissão (como a de farmacêutico) pode ser exercida de forma independente ou por conta de outrem, e ambas as formas de exercício assumem relevância social, a escolha de uma ou outra está também abrangida no âmbito de protecção do direito consagrado no artigo 47.º, n.º 1 (nestes termos, a citada decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão de 11 de Junho de 1958, págs. 398 e segs.).

Ora, na aludida visão da actividade do farmacêutico, valorizadora dos aspectos liberais (que não teria, porém, que ser incompatível com a qualificação do farmacêutico também como comerciante), o estabelecimento farmacêutico corresponde, no essencial, ao conjunto de meios e valores, materiais e imateriais, que permitem a organização e o exercício da actividade profissional — incluindo «a verificação da qualidade e dose tóxica dos produtos fornecidos», a preparação de produtos manipulados e o abastecimento regular de medicamentos ao público. E a exigência de determinadas qualificações para o seu exercício não significa mais, portanto, do que uma reserva de profissão, estando as limitações legais — quer ao acesso à titularidade da farmácia quer à sua mobilização como objecto de negócios — permitidas como restrições impostas «pelo interesse colectivo» ou «inerentes à capacidade» exigida aos farmacêuticos.

Aliás, escreveu-se logo na primeira decisão do Tribunal Constitucional em que se apreciou a conformidade de normas com o parâmetro constitucional constante do n.º 1 do artigo 47.º (o Acórdão n.º 46/84, in ATC, 3.º vol., págs. 275 e segs.):

«Não é, assim, de modo algum, impossível que, numa actividade como a farmacêutica, se exija aos ajudantes-técnicos de farmácia a prova de uma certa

experiência e capacidade, consubstanciada, seja na 'caderneta de registo da prática farmacêutica' (...), seja antes na 'carteira profissional' (...).»

E no Acórdão n.º 474/89 (ATC, 14.º vol., págs. 77 e segs.; para o confronto de outras normas com o mesmo parâmetro constitucional, vejam-se também, por exemplo, os Acórdãos n.ºs 91/85, ATC, 5.º vol., págs. 277 e segs.; 666/94, ATC, 29.º vol., págs. 349 e segs.; 169/90, ATC, 16.º vol., págs. 63 e segs.; 188/92, ATC, 22.º vol., págs. 455 e segs.; e 328/94, cit.) salientou-se:

«(...) nem a liberdade de escolha de profissão, nem a liberdade de iniciativa privada (...) são direitos absolutos e legalmente incondicionáveis, mas antes — nos termos expressos, tanto do artigo 47.º, n.º 1 (quanto ao primeiro), como do artigo 61.º, n.º 1 (quanto ao segundo), da Constituição — sujeitos, no seu exercício, às «restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à [...] própria capacidade dos interessados» (artigo 47.º, n.º 1) ou ao enquadramento legalmente definido (artigo 61.º, n.º 1).

Não podendo assim pôr-se em dúvida a legitimidade de princípio do legislador para condicionar ou restringir o exercício dos direitos fundamentais em causa, segue-se que uma regulamentação legal condicionante ou restritiva, seja do acesso a determinada actividade ou profissão, seja da iniciativa económica privada em determinado domínio, só será constitucionalmente censurável se não puder de todo em todo credenciar-se à luz do especificamente determinado nos citados artigos 47.º, n.º 1, e 61.º, n.º 1 (mormente no primeiro), ou se extravasar os limites que a Constituição, no seu artigo 18.º, n.os 2 e 3, põe, em geral, às normas restritivas de direito, a saber: — o da necessidade e proporcionalidade da restrição; — o do seu carácter geral e abstrato, e não retroactivo; — e o do respeito pelo conteúdo essencial do preceito constitucional consagrador do direito.»

10. No presente caso, as limitações em questão revestem-se sem dúvida de carácter geral e abstrato e não retroactivo.

Por outro lado, da restrição à escolha e exercício da profissão de farmacêutico independente, titular de farmácia, resultante da exigência de habilitações, não parece que possa resultar afectado o conteúdo essencial daquelas liberdades.

Restaria, assim, ainda na perspectiva da liberdade de profissão, apurar se as restrições resultantes das normas em causa, nos termos já vistos, se podem considerar necessárias e proporcionais — o que se fará a propósito dos parâmetros constitucionais invocados pelo requerente, um dos quais é, justamente, a «proibição do excesso», embora conjugada com o direito de propriedade.

Para já, observe-se apenas que foi, justamente, a propósito das restrições à liberdade de profissão, resultantes das limitações legais à abertura de farmácias, que foi desenvolvida (pelo Tribunal Constitucional alemão, na referida

decisão de 1958, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, cit., vol. 7, págs. 404 e segs.) a análise da respectiva proporcionalidade segundo o «nível» a que se situam. Quanto mais limitadora ou «intrusiva» é a restrição, tanto mais intensa tem de ser a sua justificação à luz do princípio da proporcionalidade. Assim, num primeiro nível, menos intenso, a regulamentação apenas do exercício da profissão pode ser suficiente, mantendo a liberdade de acesso. Já quando é a própria liberdade de acesso ou de escolha de profissão que é limitada, haveria que distinguir entre exigências subjectivas de admissão (por exemplo, de um título profissional), correspondentes a um segundo «nível» de restrição, e a formulação de requisitos objectivos para acesso à profissão (é o caso, por exemplo, da carência de farmácias, de condicionantes económicas gerais, ou outras). Trata-se, neste último caso, de restrições mais intensas, porque não dependem da qualidade, actividade ou esforço do sujeito, mas sim de circunstâncias que o transcendem, a exigirem uma justificação também mais forte para serem consideradas (*lato sensu*) proporcionadas. A verificação da necessidade e da proporcionalidade stricto sensu de tais requisitos objectivos de acesso à profissão careceria, pois, de especiais cuidados. E o princípio da proporcionalidade importa que as restrições à liberdade de profissão fossem sempre colocadas no «nível» que representasse a menor limitação, podendo o legislador passar apenas ao «nível» seguinte quando se possa afirmar com probabilidade suficiente que os fins em questão não podem ser prosseguidos apenas com meios situados no anterior nível. À jurisdição constitucional competiria controlar se o legislador observou tais princípios.

Ora — e independentemente de se considerar que tal análise pode ser acolhida no direito português, em concretização do controlo, à luz do princípio da proporcionalidade (a cujo alcance voltaremos infra), das restrições permitidas pelo artigo 47.º, n.º 1, à liberdade de profissão —, importa desde já notar que no presente processo não estão em causa as limitações ou requisitos objectivos para a abertura, propriedade e exploração de farmácias (para o exercício da profissão de farmacêutico independente). A questão da conformidade constitucional de tais condições objectivas — captação por farmácia, área geográfica, iniciativa processual para a instalação, etc. (v. a Portaria n.º 936-A/99, de 22 de Outubro) — situa-se, pois, fora do objecto do presente processo, no qual estão apenas em questão requisitos ou condições subjectivos, consistentes na exigência da qualidade de farmacêutico (ou, em certas hipóteses, sociedade comercial cujos sócios sejam farmacêuticos, ou, ainda, aluno de farmácia) para o exercício de uma certa actividade.

Antes, porém, de verificar especificamente a proporcionalidade das restrições em questão, importa referir outro parâmetro constitucional relevante, que, embora não seja ainda o directamente invocado pelo requerente, tem atinências próximas com o direito de propriedade.

11. Nenhum dos pedidos de declaração de constitucionalidade das normas que excluem os não farmacêuticos da propriedade da farmácia, com que este Tribunal foi confrontado, invocou expressamente a existência de uma limitação à liberdade de iniciativa económica privada.

Porém, partindo de uma concepção da farmácia fundamentalmente como estabelecimento ou empresa — organização de factores produtivos dirigida à troca, e com um determinado valor de posição no mercado —, sem dúvida que as normas em questão contendem, antes de mais, com essa liberdade. O que está em causa é, nesta perspectiva, o direito de fundar e instalar uma farmácia — a liberdade de estabelecimento ou de criação da empresa —, ou de a adquirir e explorar — liberdade de exploração da empresa.

Na verdade, embora o direito de propriedade inclua também entre as suas faculdades o direito de apropriação ou acesso à propriedade — o direito à propriedade —, quando está em causa a criação de um meio de produção deve considerar-se, antes de mais, a liberdade de iniciativa privada, consagrada autonomamente no artigo 61.º, n.º 1. Por isso mesmo, aliás, «ponderando a íntima conexão (...) entre os conceitos de direito à propriedade e liberdade de iniciativa privada», o Acórdão n.º 76/85 apreciou igualmente a possível existência de violação desta última.

Segundo o artigo 61.º, n.º 1 (iniciativa privada, cooperativa e autogestão), «a iniciativa económica privada exerce-se livremente nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral.»

Ora, como se escreveu no citado Acórdão n.º 76/85, seguindo a doutrina:

«A liberdade de iniciativa privada tem um duplo sentido. Consiste, por um lado, na liberdade de iniciar uma actividade económica (direito à empresa, liberdade de criação de empresa) e, por outro lado, na liberdade de gestão e actividade da empresa (liberdade de empresa, liberdade de empresário). Ambas estas vertentes do direito de iniciativa económica privada podem ser objecto de limites mais ou menos extensos. Com efeito, esse direito só pode exercer-se "nos quadros definidos pela Constituição e pela lei" (n.º 1, *in fine*), não sendo portanto um direito absoluto, nem tendo sequer os seus limites constitucionalmente garantidos, salvo no que respeita a um mínimo de conteúdo útil constitucionalmente relevante, que a lei não pode aniquilar, de acordo, aliás, com a garantia de existência de um sector económico privado.»

12. A garantia constitucional da liberdade económica privada há-de, pois, exercer-se sempre «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral».

De entre os primeiros, avulta a definição possível (obrigatória anteriormente a 1997) de sectores básicos nos quais seja vedada a actividade a empresas privadas (artigo 86.º, n.º 3), precisada também por várias vezes na jurisprudência

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

constitucional (v. o Parecer n.º 8/80 da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 11.º vol., 1981, págs. 191 e segs., e os Acórdãos n.os 25/85 e 186/88, in ATC, respectivamente 5.º vol., págs. 95 e segs., e 12.º vol., págs. 19 e segs.).

Sobre os quadros definidos pela lei, disse-se no citado Acórdão n.º 328/94, que

«(...) o direito de liberdade de iniciativa económica privada, como facilmente desfui do aludido preceito constitucional, não é um direito absoluto (ele exerce-se, nas palavras do Diploma Básico, nos quadros da Constituição e da lei, devendo ter em conta o interesse geral). Não o sendo — e nem sequer tendo limites expressamente garantidos pela Constituição (muito embora lhe tenha, necessariamente, de ser reconhecido um conteúdo mínimo, sob pena de ficar esvaziada a sua consagração constitucional) — fácil é concluir que a liberdade de conformação do legislador, neste campo, não deixa de ter uma ampla margem de manobra.»

A norma constitucional remete, pois, para a lei a definição dos quadros nos quais se exerce a liberdade de iniciativa económica privada. Trata-se, aqui, da previsão constitucional de uma delimitação pelo legislador do próprio âmbito do direito fundamental — da previsão de uma «reserva legal de conformação» (a Constituição recebe um quadro legal de caracterização do conteúdo do direito fundamental, que reconhece). A lei definidora daqueles quadros deve ser considerada, não como lei restritiva verdadeira e própria, mas sim como lei conformadora do conteúdo do direito.

Ora, a liberdade de conformação do legislador nestes casos, em que existe uma remissão constitucional para a delimitação legal do direito, há-de considerar-se mais ampla do que nos casos de verdadeiras leis restritivas do direito, desde logo, porque o direito não tem, nos primeiros, limites fixos constitucionalmente garantidos, remetendo-se antes para uma caracterização legal que apenas não poderá aniquilar um mínimo de conteúdo útil, constitucionalmente relevante.

A estas condicionantes constitucionais e legais (v. também o Acórdão n.º 257/92, ATC, 22.º vol., págs. 741 e segs.) acresce ainda, nos termos da parte final do n.º 1 do artigo 61.º, na versão supervenientemente introduzida na revisão constitucional de 1989, a consideração do interesse geral — onde antes se estatufa que a «iniciativa económica privada pode exercer-se livremente enquanto instrumento do progresso colectivo, nos quadros definidos pela Constituição e pela lei» (italílico aditado).

Tendo em conta os termos em que a liberdade de iniciativa económica privada era reconhecida na Constituição, este Tribunal concluiu, sem reservas, no Acórdão n.º 76/85, no sentido de não existir incompatibilidade entre o regime da Lei n.º 2125 e a Lei Fundamental, neste aspecto. E a mesma inexistência de violação da liberdade de iniciativa económica privada foi reconhecida, aliás,

no mais extenso voto de vencido aposto a tal decisão, ainda na fase anterior a 1989 (isto é, à II revisão constitucional).

Ponderando o quadro constitucional então vigente para a liberdade de iniciativa económica privada, e trazendo-o para o «plano concreto das limitações postas pela Lei n.º 2125 ao acesso à propriedade das farmácias», o Acórdão n.º 76/85 invocou a redacção do n.º 3 do artigo 64.º [alíneas c) e e)] da Constituição para concluir que:

«As implicações constitucionais de limitação legal da liberdade de empresa nos sectores da medicina e produtos químicos, biológicos, farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico traduzem a concepção de que a saúde e a medicina devem relevar de uma função pública e social.»

Actualmente, a Constituição, no artigo 64.º, n.º 3, alínea e), prevê também, como incumbência prioritária do Estado, para assegurar o direito à protecção da saúde, «disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico» (itálicos aditados).

E também hoje, precisados os termos em que a Constituição reconhece e garante a liberdade de iniciativa económica privada, com facilidade se conclui que, mesmo que, porventura, se defendesse que as normas sub judice implicavam uma limitação à livre iniciativa económica privada, ainda assim tal limitação não tinha uma dimensão tal que atingisse o núcleo mínimo de conteúdo útil da liberdade em causa, constitucionalmente consagrado.

Importa ainda, porém, apurar se a conclusão é idêntica numa perspectiva segundo a qual não estamos apenas perante uma lei reguladora do conteúdo, mas, antes, perante uma restrição a um direito fundamental — o direito de propriedade —, e mesmo que este fosse entendido, na dimensão em causa, como direito fundamental de natureza análoga, beneficiando do regime dos direitos, liberdades e garantias.

### *C) O direito de propriedade privada conjugado com o princípio da proporcionalidade*

13. O n.º 1 do artigo 62.º da Constituição garante a todos o direito à propriedade privada e à sua transmissão por vida ou por morte, nos termos da Constituição.

Segundo o requerente, a «esfera de protecção» desta norma seria atingida pelas normas em questão, tanto mais quanto o direito de propriedade beneficia do regime material dos direitos, liberdades e garantias, por ser um direito de natureza análoga a estes. Diz-se, assim, que, embora na mesma categoria de bens possam coexistir formas colectivas de apropriação a par de direitos de propriedade privada, não seria constitucionalmente admissível privar a generalidade

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

das pessoas da possibilidade de se apropriarem de um bem em favor de uma categoria de sujeitos, sem se verificarem os requisitos do artigo 18.º, n.os 2 e 3, da Constituição, o que não aconteceria no presente caso quanto ao requisito da «proibição do excesso».

Ora, como já se notou, e se refere no pedido, a dimensão do direito de propriedade privada em causa no presente processo é a da faculdade de acesso à propriedade do bem «farmácia» (aquisição originária ou derivada) — o direito à propriedade (ou de apropriação).

E não, designadamente, a dimensão de protecção contra a privação da propriedade, salvo por razões de utilidade pública, com base na lei e pagamento de justa indemnização. Cumple notar, nomeadamente, que não está em questão o regime transitório previsto em 1965 no n.º 3 da base XII da Lei n.º 2125, segundo o qual as «farmácias que não sejam efectivamente propriedade de farmacêuticos (...), e cujos proprietários o declarem no prazo de um ano, continuarão a pertencer aos actuais proprietários, até à sua morte, sob a direcção técnica efectiva de farmacêutico diplomado, sem prejuízo do direito de alienação.»

Por outro lado, as normas que incidem sobre o conteúdo do direito de propriedade da farmácia, limitando os poderes de disposição do titular, configuram-se, como salientámos, como normas cuja finalidade é instrumental em relação à regra de restrição da propriedade da farmácia a farmacêuticos.

Ora, pode admitir-se que no âmbito protegido pela garantia constitucional do direito à propriedade privada se encontra igualmente o direito de apropriação — que, como referimos, apresenta, pelo menos no caso da apropriação de meios de produção, estreitas conexões com a liberdade de iniciativa económica privada, constituindo uma das formas do exercício desta. Recorde-se, como nota ilustrativa, que as relações entre a apropriação e o direito de propriedade eram também postas em evidência, a nível civilístico, pela definição que neste último dava o primeiro Código Civil português, no seu artigo 366.º:

«O direito de apropriação consiste na faculdade de adquirir tudo o que for conducente à conservação da existência e à manutenção da própria condição. Este direito, considerado objectivamente, é o que se chama propriedade.»

No plano especificamente constitucional, salientou-se no Acórdão n.º 76/85:

«a velha concepção clássica da propriedade, o jus utendi ac abutendi individualista e liberal, foi, nomeadamente, nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma concepção nova daquele direito em que avulta a sua função social.

Para além desta constatação comummente aceite, já se defendeu que o âmbito objectivo do direito de propriedade compreenderia 3 segmentos distin-

tos: o direito à propriedade, isto é, o direito de apropriação de todos os bens a tal aptos, natural ou culturalmente, pelas formas legítimas de apropriação (aquisição originária ou derivada); o direito de transmissão da propriedade por vida ou por morte ou expressa consagração, por conseguinte, da liberdade negocial sobre a propriedade e das formas de transmissão mortis causa, designadamente a sucessão; o direito de propriedade, isto é, a titularidade e uso dos bens apropriáveis conforme a respectiva função (...).

Esta dissecação do conceito unificador do direito de propriedade evidencia que no seu âmbito se aglutinam realidades distintas, embora complementares e convergentes.

Aliás, poderá defender-se que a Constituição acolheu ainda um outro sentido de direito de propriedade não considerado na análise anterior: o direito económico de todos os cidadãos acederem à propriedade privada sobre bens (...).»

Já não parece, porém, que se possa, a partir do reconhecimento desta dimensão no direito de propriedade, tentar reconduzir a liberdade de empresa — enquanto aspecto da liberdade de iniciativa económica privada — ao direito de propriedade, para defender que se lhe aplique o regime deste, na medida em que remete para uma garantia «nos termos da Constituição» e em que apresenta dimensões análogas aos direitos, liberdades e garantias. Como se salientou no citado Acórdão n.º 257/92:

«Há-de porém dizer-se que, não obstante o particular regime de que beneficia, o direito de propriedade privada está sujeito a diversas restrições.

A este respeito, poderá afirmar-se que além dos limites estabelecidos pela própria Constituição (no que respeita à propriedade de meios de produção), deve entender-se que o direito de propriedade está indirectamente sob reserva das restrições estabelecidas por lei, dado que a Constituição remete em vários lugares para a lei (cfr. artigos 82.º, 87.º e 99.º). Aliás, o próprio artigo 62.º, inclui, ele mesmo, uma cláusula geral de expropriação por utilidade pública (n.º 2) sendo esta evidentemente um caso limite das possíveis restrições legais ao direito de propriedade privada.

Por outro lado, a garantia do direito de propriedade não inclui, só por si, a garantia da liberdade de empresa, pois a Constituição estabelece uma clara distinção entre direito de propriedade e iniciativa económica privada (cfr. artigo 85.º). Em todo o caso, terá de se considerar que os limites constitucionais estabelecidos para a iniciativa económica privada implicam uma autorização constitucional para as necessárias restrições ao uso e fruição da propriedade.

Finalmente, o próprio projecto económico, social e político da Constituição implica um estreitamento do âmbito de poderes tradicionalmente associados à propriedade privada e a admissão de restrições, quer a favor do Estado

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

ou da colectividade, quer a favor de terceiros, das liberdade de uso, fruição e disposição (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra, 1978, págs. 163 e 164).

Com efeito, uma coisa é a promoção do acesso de todas as pessoas à propriedade, outra o acesso de todos a todos os bens ou a qualquer extensão de bens, assim como uma coisa é o acesso à propriedade e o direito de transmissão de bens em vida ou por morte, outra a não dependência dessa transmissão de quaisquer regras ou de quaisquer condições ou a não consideração na formulação das regras de outros interesses e valores.

Quando o artigo 62.º garante o direito à propriedade privada ‘nos termos da Constituição’ quer sublinhar que o direito de propriedade não é garantido em termos absolutos, mas dentro dos limites e nos termos previstos e definidos noutras partes do texto constitucional.

(...)

4 — Como já se observou, a garantia do direito de propriedade não inclui, só por si, a garantia da liberdade de empresa, estabelecendo a Constituição uma clara distinção entre o direito de propriedade e a iniciativa privada.» (itálicos aditados)

Considerando esta distinção, importa ainda precisar os termos em que a Constituição dispensa tutela ao direito de propriedade, na dimensão em causa.

14. O Tribunal Constitucional tem, na verdade, salientado repetidamente, já desde 1984, que o direito de propriedade, garantido pela Constituição, é um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando, nessa medida, nos termos do artigo 17.º da Constituição, da força jurídica conferida pelo artigo 18.º e estando o respectivo regime sujeito a reserva de lei parlamentar (v., na jurisprudência mais antiga, por exemplo, os Acórdãos n.os 1/84, 14/84 e 404/87, in ATC, respectivamente 2.º vol., págs. 173 e segs. e págs. 339 e segs., e 10.º vol., págs. 391 e segs., sobre a extinção da colónia; e vejam-se também os Acórdãos n.os 257/92, 188/91 e 431/94, respectivamente in ATC, 22.º vol., págs. 741 e segs., 19.º vol., págs. 267 e segs., e 28.º vol., págs. 7 e segs.).

Importa, porém, discernir, dentro do direito de propriedade privada, o núcleo ou conjunto de faculdades que revestem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, uma vez que nem todas elas se podem considerar como tal (para a exclusão dos direitos de urbanizar, lotear e edificar, v. os Acórdãos n.os 329/99 e 517/99, publicados na II Série do *Diário da República*, respectivamente de 20 de Julho e 11 de Novembro de 1999).

Desse núcleo, dessa dimensão que tem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, faz, seguramente, parte (como se diz, por exemplo, nos artigos por último citados e no também já referido Acórdão n.º 431/94; v. ainda, por exemplo, o Acórdão n.º 267/95, in ATC, 31.º vol., págs. 305 e segs.) o direito

de cada um a não ser privado da sua propriedade, salvo por razões de utilidade pública — e, ainda assim, tão só com base na lei e mediante o pagamento de justa indemnização (artigo 62.º, n.os 1 e 2, da Constituição). Trata-se, aqui, justamente de um aspecto verdadeiramente significativo do direito de propriedade e determinante da sua caracterização também como garantia constitucional — a garantia contra a privação —, autonomizada no n.º 2 do artigo 62.º (assim, com referência à remição da colônia, o Acórdão n.º 404/87). Para além disso, a outras dimensões do direito de propriedade, «essenciais à realização do Homem como pessoa» (nestes termos, o citado Acórdão n.º 329/99), poderá também, eventualmente, ser reconhecida natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do seu regime.

Do que, porém, já pode duvidar-se, é que tal natureza análoga seja ainda de reconhecer a um genérico direito de apropriação — enquanto direito de acesso à propriedade — de todos os bens, incluindo empresas e outros meios de produção, tendo em conta, além do mais, que a constituição e aquisição de empresas representa fundamentalmente um exercício da liberdade de iniciativa económica privada, que, como vimos, a própria Lei Fundamental subordina aos «quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral». O regime de tal liberdade não pode ser confundido com o do direito de propriedade — mesmo enquanto este inclui uma dimensão de acesso à propriedade.

E também, por outro lado, a liberdade genérica de transmissão do direito de propriedade, sem condicionamentos, não constitui uma dimensão do direito de propriedade à qual se aplique o regime dos direitos, liberdades e garantias (assim, recentemente, o Acórdão n.º 425/00, in *Diário da República*, II Série, de 14 de Dezembro de 2000, que não julgou inconstitucionais normas que prevêem indisponibilidades relativas — tal como algumas das normas em questão no presente processo prevêem a limitação de transmissão a quem não é farmacêutico).

Logo, portanto, quem, considerando o paralelo com o regime da liberdade de iniciativa económica privada, negar a natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias ao direito de propriedade, na dimensão ora em causa, negará igualmente a aplicação do regime do artigo 18.º da Constituição, e, portanto, a verificação, no presente caso, de uma violação do princípio da «proibição do excesso» consagrado no seu n.º 2.

Seja, porém, como for quanto ao regime da dimensão do direito de propriedade enquanto direito de apropriação, em causa no presente caso, importa ainda considerar que, como já se referiu, tal direito apenas é garantido pelo artigo 62.º, n.º 1, «nos termos da Constituição».

Está tal direito de propriedade, reconhecido e protegido pela Constituição, na verdade, bem afastado da concepção clássica do direito de propriedade,

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

enquanto ius utendi, fruendi et abutendi — ou, na formulação impressiva do Código Civil francês (artigo 544), enquanto direito de usar e dispor das coisas «de la manière la plus absolue».

Assim, o direito de propriedade deve, antes do mais, ser compatibilizado com outras exigências constitucionais (para o direito à habitação, veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 4/96, ATC, 33.º vol., págs. 109 e segs.). Salientou-se no Acórdão n.º 866/96 (ATC, 34.º vol., págs. 53 e segs.):

«Não desmindo o texto constitucional o que deva entender-se por direito de propriedade, nem sempre têm sido pacíficas as conclusões atingidas pelos seus intérpretes a propósito da dimensão e contornos daquele conceito, sendo, porém, seguro que a velha concepção clássica da propriedade, o jus fruendi ac abutendi individualista e liberal, foi, nomeadamente nas últimas décadas deste século, cedendo o passo a uma concepção nova daquele direito, em que avulta a sua função social.

Como quer que seja, o direito de propriedade constitucionalmente consagrado não beneficia de uma garantia em termos absolutos, havendo de conter-se dentro dos limites e nos termos definidos noutras lugares do texto constitucional (...).»

Por outro lado, o n.º 1 do artigo 62.º da Constituição não protege de forma absoluta o direito de propriedade privada, o qual, como se ponderou no citado Acórdão n.º 257/92, está também, indirectamente, sob reserva de restrições estabelecidas por lei, dado que a Constituição remete em vários pontos para a lei (cfr. artigos 82.º, 86.º e 87.º da Constituição). A configuração da protecção que o texto constitucional confere ao direito de propriedade, foi, aliás, recordada também na anterior decisão deste Tribunal sobre a propriedade da farmácia. Disse-se então:

«O direito de propriedade privada não é garantido pela constituição em termos absolutos, mas sim dentro de limites e nos termos definidos noutras lugares do seu articulado.

Desde logo, importa considerar o estatuto específico da propriedade relativa a meios de produção.

A este respeito, no Acórdão 14/84 do Tribunal Constitucional, publicado no *Diário da República*, II, n.º 108, de 10 de Maio de 1984, escreveu-se o seguinte:

“Qualquer que seja a leitura que haja de fazer-se do artigo 62.º da CRP, quando se trata da propriedade em geral, a verdade é que quando se trata da propriedade de meios de produção considerados nessa qualidade, o artigo 62.º abre-se às normas pertinentes da «constituição económica», entre as quais culpe salientar, em geral, a do artigo 82.º (segundo o qual ‘a lei determinará os meios e as formas de intervenção e de nacionalização e socialização de meios de produção, bem como os critérios de fixação de indemnizações’) (...).”

Estas considerações sobre a configuração da protecção constitucional do direito de propriedade privada não se encontram hoje fundamentalmente alteradas, mantendo-se o condicionamento do direito de propriedade por outras normas constitucionais, como o actual artigo 83.º Na verdade, o disposto no invocado artigo 82.º da Constituição foi alterado na II revisão constitucional — passando a artigo 83.º — e na IV revisão constitucional. Desde esta última, passou a fazer-se referência à «apropriação pública dos meios de produção», em vez de à «apropriação colectiva dos meios de produção e solos» (expressão que substituiria, na revisão de 1989, a referência a «nacionalização e socialização de meios de produção»).

Em face do texto original da Constituição, salientava-se na doutrina sobre o artigo 82.º (correspondente ao actual artigo 83.º) da Constituição o alcance de tal norma: autorização constitucional de intervenção estatal na vida económica e de nacionalização e socialização dos meios de produção, dentro dos limites, quer positivos, quer negativos, que a própria Constituição refere; previsão de uma obrigação constitucional de definição legal dos meios e formas de intervenção, nacionalização e socialização, bem como das indemnizações; exigência de legalidade, pois, nenhuma medida de intervenção ou de nacionalização poderia ter lugar senão através da lei ou com base em lei (GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Anotada*, 1.ª ed., Coimbra, 1980, pág. 205, anotação II ao artigo 82.º).

Posteriormente, além de se ter registado uma evolução da terminologia constitucional (fala-se em «apropriação colectiva dos meios de produção» em vez de «nacionalização e socialização dos meios de produção»), verifica-se que, onde antes se referia uma «obrigação» constitucional, se prevê agora uma «incumbência», mantendo-se a exigência de legalidade. Permanece, porém, válida a conclusão de que o disposto no artigo 83.º contende, não só com a liberdade de iniciativa económica (artigo 61.º), como com o direito à propriedade privada (artigo 62.º), reafirmando (pelo menos) a possibilidade de a lei definir as formas de intervenção e de apropriação pública de meios de produção, salvaguardados os limites constitucionais de intervenção nos direitos fundamentais. A definição dos limites ao acesso à propriedade privada dos meios de produção é, pois — em conformidade, aliás, com o artigo 61.º, n.º 1 — remetida para a lei. E também aqui é o próprio artigo 62.º que dá explícita cobertura: garante a propriedade privada «nos termos da Constituição», e esta remete para a lei, designadamente, quanto à apropriação pública dos meios de produção.

O artigo 62.º da Constituição não é, pois, obstáculo a restrições legais ao acesso ao direito de propriedade, salvaguardado o mínimo de conteúdo útil da liberdade de iniciativa económica privada, se existir norma constitucional que dê cobertura suficiente a tais limitações.

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

E, de entre as normas constitucionais relevantes para tal, no domínio específico que ora nos interessa — o das farmácias —, impõe-se considerar aquela da qual resultam incumbências no domínio da protecção da saúde, incluindo a incumbência de disciplinar e controlar a distribuição e comercialização de produtos farmacêuticos [artigo 64.º, n.º 3, alínea e), da Constituição]. Tal controlo e disciplina há-de, pois, poder envolver um regime legal limitativo da liberdade de iniciativa económica privada ou de apropriação de estabelecimentos de comercialização de produtos farmacêuticos — regime que pode, evidentemente, ser pré-constitucional, como é o caso.

No Acórdão n.º 76/85 o Tribunal Constitucional entendeu — e neste ponto sem opiniões dissidentes — que as normas ora em apreço não violavam o direito de propriedade privada, nestes termos:

«Pergunta-se: ao disciplinar e controlar a comercialização e o uso dos produtos farmacêuticos, como meio de assegurar o direito à protecção da saúde, está vedado à lei ordinária pelos artigos 61.º, n.º 1, e 62.º, n.º 1, da Constituição estabelecer as limitações que constam da Lei n.º 2125 em matéria de acesso à propriedade das farmácias?

Por tudo quanto se deixou dito [e a que nos referiremos infra] a respeito das vantagens que se mostram no princípio da indivisibilidade da propriedade e da direção técnica das farmácias, a resposta tem de ser negativa.

A conclusão atingida não encontra obstáculo na circunstância de se considerar o direito de propriedade privada e a liberdade de iniciativa privada como direitos fundamentais de natureza análoga, beneficiando do regime de direitos, liberdades e garantias.»

É esta última afirmação — mesmo admitindo, pois, por hipótese, que a dimensão do direito de propriedade em questão beneficiaria do regime dos direitos, liberdades e garantias — que cumpre, porém, apreciar de seguida, uma vez que, segundo o requerente, as normas constantes das bases II, n.º 2, III e IV, n.os 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e dos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48/547, de 27 de Agosto de 1968, implicariam um excesso de restrição do direito de propriedade. Aliás, também quem considera que, embora o direito de propriedade, na dimensão em questão, não beneficie do regime dos direitos, liberdades e garantias, configurando-se como mero direito económico, as suas limitações se encontram ainda — designadamente, por aplicação do princípio geral do Estado de Direito — vinculadas a exigências de proporcionalidade, não dispensará a apreciação das normas em questão à luz deste princípio.

Importa, assim, considerar — não nos preocupando com eventuais sentidos diversos do princípio, consoante esteja em causa a aferição da legitimidade constitucional de restrições a direitos, liberdades e garantias ou apenas a limitação a direitos económicos — as normas em questão à luz do princípio da

proporcionalidade, conjugado com o direito de propriedade, nas dimensões afectadas (bem como, como referimos, com a liberdade de profissão, a que aludimos).

15. Embora tenha havido tentativas de ancorar o princípio de proporcionalidade em rafzes mais antigas — ligadas, quer à iustitia vindicativa, quer à iustitia distributiva —, a ideia de subordinar o exercício do poder a uma exigência de proporcionalidade recebe acolhimento jurídico claro apenas a partir do iluminismo, no domínio penal e do direito administrativo de polícia, com a vinculação da administração a uma exigência de necessidade, transitando a partir daí para o direito constitucional.

A ideia de proporcionalidade lato sensu representa, hoje, uma importante limitação ao exercício do poder público, servindo a garantia dos direitos e liberdades individuais (a aplicação às limitações a direitos fundamentais, enquanto «limite da limitação» remonta, na verdade, pelo menos a HERBERT KRÜGER, «Die Einschränkung von Grundrechten nach dem Grundgesetz», *Deutsche Verwaltungsbücher*, 1950, págs. 628 e segs.). Nas jurisdições constitucionais europeias do pós-guerra, uma das primeiras decisões em que tal princípio foi aplicado, levando a uma decisão de inconstitucionalidade, foi, justamente, a citada primeira decisão do Bundesverfassungsgericht sobre as limitações à abertura de farmácia (Apotheken-Urteil, cit.).

Também o Tribunal Constitucional português tem reconhecido e aplicado, em várias decisões, o princípio da proporcionalidade, aferindo frequentemente perante ele, quer normas penais incriminatórias — por exemplo, nos Acórdãos n.ºs 634/93 (inconstitucionalidade da punição como desertor daquele que, sendo tripulante de um navio e sem motivo justificado, o deixe partir para o mar sem embarcar, quando tal tripulante não desempenhe funções directamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do mesmo navio), 274/98 (não inconstitucionalidade de norma que pune o não acatamento de ordem de demolição), publicados nos ATC, respectivamente 26.º vol., págs. 205 e segs., e 39.º vol., págs. 585 e segs. —, quer normas de outro tipo, que previam encargos ou limitações a direitos fundamentais — v. g., os Acórdãos n.ºs 451/95 (inconstitucionalidade de norma que estabelece a impenhorabilidade total de bens anteriormente penhorados pelas repartições de finanças em execuções fiscais), 1182/96 (inconstitucionalidade de normas sobre custas nos tribunais tributários), 758/95 (inconstitucionalidade de norma que impede a participação pessoal, na assembleia geral dos bancos, e em certas condições, de accionistas que não disponham de 1/300 da soma dos votos possíveis), 176/00 e 202/00 (perda dos instrumentos do crime) e 484/00 (não inconstitucionalidade de norma que prevê o indeferimento tácito do pedido de legalização de obras), publicados nos ATC, respectivamente, 31.º vol., págs. 129 e segs., 35.º vol.,

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

págs. 431 e segs., 32.º vol., págs. 803 e segs., e *Diário da República*, II Série, de 27 e 11 de Outubro de 2000 e de 4 de Janeiro de 2001).

Relativamente às restrições a direitos, liberdades e garantias, a exigência de proporcionalidade resulta do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República. Mas o princípio da proporcionalidade, enquanto princípio geral de limitação do poder público, pode ancorar-se no princípio geral do Estado de Direito. Impõem-se, na realidade, limites resultantes da avaliação da relação entre os fins e as medidas públicas, devendo o Estado-legislador e o Estado-administrador adequar a sua projectada ação aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tornam como desnecessária ou excessivamente restritivas.

O princípio da proporcionalidade, em sentido lato, pode, além disso, desdobrar-se analiticamente em três exigências da relação entre as medidas e os fins prosseguidos: a adequação das medidas aos fins; a necessidade ou exigibilidade das medidas e a proporcionalidade em sentido estrito, ou «justa medida». Como se escreveu no citado Acórdão n.º 634/93, invocando a doutrina:

«o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: princípio da adequação (as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem revelar-se como um meio para a prossecução dos fins visados, com salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos); princípio da exigibilidade (essas medidas restritivas têm de ser exigidas para alcançar os fins em vista, por o legislador não dispor de outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo desiderato); princípio da justa medida, ou proporcionalidade em sentido estrito (não poderão adoptar-se medidas excessivas, desproporcionadas para alcançar os fins pretendidos).»

Pode dizer-se que a verificação da adequação se configura como a primeira (se a medida não for adequada, será logo violadora do princípio da proporcionalidade). Retomando o que se escreveu no referido Acórdão n.º 1182/96:

«Num primeiro momento perguntar-se-á se a medida legislativa em causa (...) é apropriada à prossecução do fim a ela subjacente.»

Num segundo momento, há que questionar a possibilidade de adopção de medidas menos intrusivas com os mesmos efeitos na prossecução do fim visado.

Como se disse no citado aresto:

«Seguidamente haverá que perguntar se essa opção, nos seus exactos termos, significou a ‘menor desvantagem possível’ para a posição jusfundamental decorrente do direito [de propriedade]. Aqui, equacionando-se se o legislador ‘poderia ter adoptado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos’ [Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6.ª ed., Coimbra, 1993, págs. 382-383].»

É, porém, certo que medidas que sejam de considerar necessárias ou exigíveis não podem deixar de ser também adequadas (embora o inverso não seja

verdadeiro). Assim, na prática, a verificação da necessidade ou exigibilidade resolve logo também a da adequação.

A verificação da necessidade ou exigibilidade pode envolver, por outro lado, uma avaliação in concreto da relação empírica entre as medidas e os seus previsíveis efeitos, à luz dos fins prosseguidos, para apurar a previsível maior ou menor consecução dos objectivos pretendidos, perante as alternativas disponíveis.

Por último, retira-se ainda do princípio de proporcionalidade um último critério, designado como proporcionalidade em sentido estrito ou critério de justa medida.

«Haverá, então, que pensar em termos de "proporcionalidade em sentido restrito", questionando-se "se o resultado obtido (...) é proporcional à carga coactiva" que comporta» (*ibidem*).

Trata-se, pois, de exigir que a intervenção, nos seus efeitos restritivos ou lesivos, se encontre numa relação «calibrada» — de justa medida — com os fins prosseguidos, o que exige uma ponderação, graduação e correspondência dos efeitos e das medidas possíveis.

Antes ainda de passar a aplicar estes critérios às normas em apreciação, à luz dos objectivos por elas visados, importa, ainda, porém, fazer umaprecisão, sobre o alcance do princípio, e seu controlo jurisdicional, para a actividade administrativa e legislativa.

Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo — como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal — que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes. Isto não tolhe, porém, que as exigências decorrentes do princípio se configurem de forma diversa para a actividade administrativa e legislativa — que, portanto, o princípio, e a sua prática aplicação jurisdicional, tenham um alcance diverso para o Estado-Administrador e para o Estado-Legislativo.

Assim, enquanto a administração está vinculada à prossecução de finalidades estabelecidas, o legislador pode determinar, dentro do quadro constitucional, a finalidade visada com uma determinada medida. Por outro lado, é sabido que a determinação da relação entre uma determinada medida, ou as suas alternativas, e o grau de consecução de um determinado objectivo envolve, por vezes, avaliações complexas, no próprio plano empírico (social e económico). É de tal avaliação complexa que pode, porém, depender a resposta à questão de saber se uma medida é adequada a determinada finalidade. E também a ponderação suposta pela exigibilidade ou necessidade pode não dispensar essa avaliação.

Ora, não pode deixar de reconhecer-se ao legislador — diversamente da administração —, legitimado para tomar as medidas em questão e determinar

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

as suas finalidades, uma «prerrogativa de avaliação», como que um «crédito de confiança», na apreciação, por vezes difícil e complexa, das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objectivos visados com a medida (que, como se disse, dentro dos quadros constitucionais, ele próprio também pode definir). Tal prerrogativa da competência do legislador na definição dos objectivos e nessa avaliação (com o referido «crédito de confiança» — falando de um «Vertrauensvorsprung», v. Bodo PIEROTH/BERNHARD SCILINIK, *Grundrechte. Staatsrecht II*, 14.<sup>a</sup> ed., Heidelberg, 1998, n.os 282 e 287) assegura-se importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objectivo é social ou economicamente complexa, e a objectividade dos juízos que se podem fazer (ou suas hipotéticas alternativas) difícil de estabelecer.

Significa isto, pois, que, em casos destes, em princípio o Tribunal não deve substituir uma sua avaliação da relação, social e economicamente complexa, entre o teor e os efeitos das medidas, à que é efectuada pelo legislador, e que as controvérsias geradoras de dúvida sobre tal relação não devem, salvo erro manifesto de apreciação — como é, designadamente (mas não só), o caso de as medidas não serem sequer compatíveis com a finalidade prosseguida —, ser resolvidas contra a posição do legislador.

Contra isto não vale, evidentemente, o argumento de que, perante o caso concreto, e à luz do princípio da proporcionalidade, ou existe violação — e a decisão deve ser de inconstitucionalidade — ou não existe — e a norma é constitucionalmente conforme. Tal objecção, segundo a qual apenas poderia existir «uma resposta certa» do legislador, conduz a eliminar a liberdade de conformação legislativa, por lhe escapar o essencial: a própria averiguAÇÃO jurisdicional da existência de uma inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade por uma determinada norma, depende justamente de se poder detectar um erro manifesto de apreciação da relação entre a medida e seus efeitos, pois aquém desse erro deve deixar-se na competência do legislador a avaliação de tal relação, social e economicamente complexa.

A diferenciação, nestes termos, da vinculação do legislador e da administração é, aliás, salientada na doutrina nacional e estrangeira (v., para esta, por todos, a obra por último citada) e acolhida na jurisprudência. Assim, escreveu-se recentemente no Acórdão n.º 484/00, citando doutrina nacional:

«O princípio do excesso [ou princípio da proporcionalidade] aplica-se a todas as espécies de actos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição. Observar-se-á apenas que o controlo judicial baseado no princípio da proporcionalidade não tem extensão e intensidade semelhantes consoante se trate de actos legislativos, de actos da administração ou de actos

de jurisdição. Ao legislador (e, eventualmente, a certas entidades com competência regulamentar) é reconhecido um considerável espaço de conformação (liberdade de conformação) na ponderação dos bens quando edita uma nova regulação. Esta liberdade de conformação tem especial relevância ao discutir-se os requisitos da adequação dos meios e da proporcionalidade em sentido restrito. Isto justifica que perante o espaço de conformação do legislador, os tribunais se limitem a examinar se a regulação legislativa é manifestamente inadequada.» (assim, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 1998, pág. 264).

Ora, estando em causa a constitucionalidade de uma norma, é apenas a intervenção do legislador que tem de ser aferida — com os limites assinalados.

(...)»

E tal posição é também a seguida por outras jurisdições que aplicam o princípio da proporcionalidade à actividade legislativa — vej-se, a título ilustrativo, os Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias de 13 de Novembro de 1990 (processo C-331/98, *Colectânea de Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, 1990, pág. I-4203), 12 de Novembro de 1996 (processo C-84/94, caso «tempo de trabalho», in *Colectânea*, cit., 1996, pág. I-5755) e 13 de Maio de 1997 (caso «garantia de depósitos», processo C-233/94, na *Colectânea*, cit., 1997, pág. I-2405), lendo-se no último destes avisos que, quando a situação é economicamente complexa, ao julgar a conformidade com o princípio da proporcionalidade

«o Tribunal não pode substituir a apreciação do legislador comunitário pela sua própria apreciação. De resto, só pode censurar a opção normativa do legislador se esta for manifestamente errada ou se os inconvenientes daí resultantes para certos agentes económicos forem desproporcionados em relação às vantagens que apresenta.»

Precisado desta forma o alcance da apreciação a efectuar por este Tribunal, à luz do princípio da proporcionalidade, importa averiguar os objectivos prosseguidos pelas normas em questão — ou seja, pela reserva a farmacêuticos da propriedade das farmácias —, designadamente, tal como foram enunciados (e largamente debatidos, aliás) por ocasião da aprovação daquelas normas. E, simultaneamente, confrontar tais objectivos com as normas em questão, e sua(s) possível(is) alternativa(s), para apurar se se pode reconhecer, na adopção daquelas disposições, erro manifesto de apreciação do legislador e a consequente violação do princípio da proporcionalidade.

16. Como se salientou no Acórdão n.º 76/85, pese embora a circunstância de que

«a limitação à propriedade da farmácia àqueles que são detentores do título académico de farmacêutico parece constituir uma norma genericamente

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

aceite, aquém contudo além fronteiras, cabe averiguar das razões justificativas de tal regime jurídico.»

Importa, desde já, deixar claro que tais razões que, segundo o legislador, justificam o regime jurídico que reserva a propriedade da farmácia a farmacêuticos, não são susceptíveis de ser reduzidas apenas a uma finalidade isolada.

Trata-se, antes, de uma multiplicidade de objectivos, que se entende serem, cada um de per si e todos conjuntamente, melhor servidos por tal regime — são diferentes aspectos do interesse público, insusceptíveis de ser reduzidos apenas a um ou outro, como se salientou por ocasião da aprovação da lei (G. BRAGA DA CRUZ, *Propriedade da farmácia*, cit., págs. 77 e segs. e 84 e segs.).

Como pano de fundo desses objectivos, sublinhe-se, como se sublinhou no Acórdão n.º 76/85, que o legislador considera que

«Os farmacêuticos, ao preparar, conservar e distribuir medicamentos, exercem uma actividade sanitária de interesse público, desempenhando outrrossim uma importante acção pedagógica na disciplina do seu uso, conhecida como é a proliferação de especialidades farmacêuticas, particularmente das vendidas sem receita médica, e a crescente tendência para a automedicação.» (itálico aditado)

É o que resulta expressamente logo na base I, n.º 1, da referida Lei n.º 2125:

«1. É considerada de interesse público, como actividade sanitária, a função de preparar, conservar e distribuir medicamentos ao público.

2. Compete aos farmacêuticos assegurar a função referida no número anterior, sem prejuízo do regime próprio das farmácias ou laboratórios de produtos farmacêuticos e dos serviços especializados do Estado.»

Tal actividade de interesse público deve constituir, por outro lado, no entendimento do legislador, uma profissão liberal. Como se lê nos n.os 3 e 4 da citada base:

«3. Os farmacêuticos exercem uma profissão liberal pelo que respeita à preparação de produtos manipulados e à verificação da qualidade e dose tóxica dos produtos fornecidos, manipulados ou não.

4. Quando a prossecução de uma política nacional de saúde o aconselhe, poderá o Governo incentivar a actividade farmacêutica, mediante facilidades de crédito ou outras medidas adequadas.» (itálicos aditados)

E, no 2.º parágrafo do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 48/547 pode ler-se que:

«algo é preciso fazer no que respeita à actividade do farmacêutico como membro de uma profissão liberal, e não como simples comerciante que vende os seus produtos a clientes habituais ou ocasionais.»

O legislador regulou, pois, a actividade do farmacêutico independente segundo um modelo da profissão, que pretende encorajar, correspondente a uma profissão liberal (v. o capítulo II, secção I, do citado Decreto-Lei: «Da acti-

vidade dos farmacêuticos como profissão liberal»), por entender que é de louvar e de incentivar a salvaguarda dos aspectos liberais da actividade, e de evitar que esta se transforme num puro comércio de medicamentos (aspecto também devidamente salientado no estudo citado, pág. 86). Entre os deveres do farmacêutico como profissional liberal conta-se, justamente, o de se abster de exercer a sua profissão como simples comércio, desenvolvido num conjunto de proibições (alíneas a) a h) do artigo 12.º do citado Decreto-Lei n.º 48/547).

Há que reconhecer a possibilidade de o legislador, em execução do que entende que melhor serve o interesse público, encorajar um tal modelo da profissão — um modelo de actividade que o legislador pretende individualizada, com formação e regras deontológicas específicas.

Não pode negar-se, por outro lado, que este modelo de profissão liberal é melhor servido se o farmacêutico for independente, e proprietário do próprio estabelecimento, em vez de se tornar num mero profissional por conta de outrem. Conquanto a existência de uma profissão liberal não seja incompatível com o trabalho por conta de outrem, o «farmacêutico na sua farmácia» («Apotheker in seiner Apotheke») aproximar-se-á, sem dúvida, com maior facilidade do modelo típico de profissão liberal, que o legislador entende melhor servir o interesse público.

Tal afirmação permanece válida, designadamente, em confronto com a alternativa ao regime de reserva da propriedade da farmácia sugerida mais frequentemente (veja-se já, por exemplo, o voto de vencido aposto ao Parecer da Câmara corporativa emitido sobre o projecto de proposta de lei que viria a dar origem à Lei n.º 2125 — publicado nas Actas da Câmara Corporativa, VIII Legislatura, n.º 41, de 4 de Julho de 1963, e no Diário das Sessões de 14 de Dezembro de 1964), e que serve de base ao requerente para considerar as normas sub iudice violadoras do princípio da proporcionalidade: o regime da livre propriedade da farmácia, com manutenção da obrigatoriedade, já constante da lei (artigo 83.º do Decreto-Lei n.º 48/547) de um director técnico farmacêutico trabalhador por conta de outrem, responsável pela preparação e a venda de fármacos. Pese embora a afirmação, contida no voto de vencido da decisão deste Tribunal, de 1985, de que a reserva da propriedade aos farmacêuticos não é contraponto necessário da propriedade livre, é apenas com tal alternativa de propriedade livre e direcção técnica reservada a farmacêuticos que o princípio da proporcionalidade impõe que se compare a solução resultante das normas em apreço, uma vez que o regime (eventualmente defendido, ainda hoje) de eliminação da propriedade privada das farmácias se revela, sem dúvida, ainda mais restritivo do direito de propriedade (e da liberdade de profissão como farmacêutico independente) do que o regime actual (coisa diversa é saber se este último viola o princípio da igualdade, de que trataremos infra).

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

17. O interesse público da profissão de farmacêutico decorre de com ela se deverem prosseguir finalidades de defesa da saúde pública. É este, como se salienta no citado voto de vencido no Acórdão n.º 76/85, «o argumento mais vulgar para justificar a reserva da propriedade», invocado no citado Parecer da Câmara Corporativa (n.º 9 e segs., in *Diário das Sessões*, cit., págs. 12 e segs.), na referida decisão deste [v. o ponto B], 2.) e de outros tribunais (assim, na citada decisão do Tribunal Constitucional alemão de 13 de Fevereiro de 1964, que, como se disse, não julgou inconstitucional a proibição de abertura de uma segunda farmácia, e, embora como obter dictum, justifica a solução do «farmacêutico na sua farmácia», *Entscheidungen...* cit., págs. 238 e segs.).

Na verdade, ninguém nega que os medicamentos não constituem «mercadarias» comuns, sendo antes um dos mais importantes meios acessórios da medicina, para diagnosticar, prevenir e curar enfermidades, evitar a dor, e promover em geral o estado de saúde. Visam, pois, imediatamente, não só um interesse privado, mas também o bem público. E, inversamente, a concepção dos medicamentos para actuação intencional e imediata sobre o corpo humano — diversamente, por exemplo, dos alimentos — faz com que o seu emprego em desconformidade com as leges artis, em doses tóxicas excessivas, ou conjuntamente com outros medicamentos, se revista frequentemente de consequências gravemente danosas para a pessoa.

São estas as razões que explicam que o farmacêutico — mesmo que não preparador — se deva interpor, não apenas entre o médico e o doente, mas também entre o fabricante e este, com uma formação científica específica e um dever de actualização constante, para se manter a par das diversas especialidades farmacêuticas. Incumbe-lhe, designadamente, o dever de verificar «a qualidade e dose tóxica dos produtos fornecidos, manipulados ou não» (citada base 1, n.º 2, da Lei n.º 2125).

E recorde-se, mais uma vez, que a própria Constituição da República impõe que o Estado discipline e controle a distribuição e comercialização de produtos farmacêuticos, justamente para protecção do direito à saúde [artigo 64.º, n.º 3, alínea e)] — tendo, aliás, a IV revisão constitucional sublinhado o dever de o Estado disciplinar a distribuição, e não apenas a comercialização, de produtos farmacêuticos.

Por outro lado, o farmacêutico colabora no controlo do consumo de substâncias tóxicas ou estupefacientes, ou em programas públicos relacionados com este (o caso, por exemplo, dos programas de troca de seringas).

Como elemento característico da actividade farmacêutica que importa referir, saliente-se, ainda, a promoção da individualização da actividade farmacêutica, com medicamentos manipulados, «feitos à medida de cada doente». Estes permitem, nas suas dosagens e composições específicas, responder a necessidades que alguns medicamentos industrializados não permitem abranger. A actividade

de fabrico e venda de medicamentos manipulados supõe um constante aperfeiçoamento técnico, a exigir a disponibilização de meios e a realização de investimentos.

Acresce, ainda, a previsível maior difusão a médio prazo (ou o, por vezes proclamado, objectivo de encorajar a difusão) dos chamados medicamentos «genéricos» — isto é, medicamentos correspondentes apenas a um determinado princípio activo, e não a uma marca — e concomitante maior margem de liberdade dos farmacêuticos no aconselhamento, selecção e dispensa de medicamentos (que deixa, nestes casos, de estar confinada aos fármacos de venda livre). O que pode justificar também um reforço da componente técnica e deontológica, não só dos farmacêuticos-directores técnicos, como dos directos interessados da actividade de preparação e dispensa de medicamentos (os proprietários das farmácias).

A prossecução de todas estas finalidades, ligadas à saúde pública e de manifesto interesse público, é, no entender do legislador, melhor garantida se a responsabilidade global da farmácia — quer no aspecto do contacto com o público, quer na gestão comercial como proprietário/empresário — estiver a cargo de uma só pessoa, isto é, se ao farmacêutico, que responde pelo cumprimento dos seus deveres públicos, também for atribuída a propriedade do estabelecimento. Pretende-se, dessa forma, evitar a dissociação pessoal da propriedade, e correspondente gestão comercial, por um lado, e do cumprimento dos deveres de interesse público ligados à actividade da farmácia, por outro. O que se consegue através da reserva da propriedade da farmácia ao farmacêutico e da obrigatoriedade de a direcção técnica da farmácia ser assegurada pelo seu proprietário, ou por um dos sócios da sociedade proprietária (assim, também a citada decisão do Tribunal Constitucional alemão de 1964, pág. 240). O legislador impõe, por conseguinte, a indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica — o artigo 83.º, n.os 2 e 3, do Decreto-Lei n.º 48 457 —, à qual apenas abre excepções transitórias, ou motivadas por razões ponderosas, a apreciar caso a caso.

Ora, pode discordar-se de uma tal qualificação da relevância, para o interesse público, da actividade promotora da saúde pública desenvolvida pelas farmácias. E pode mesmo entender-se, no plano da política legislativa, que tal finalidade não exige, como única forma de a prosseguir, a regra da indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica.

Mas afigura-se, sem dúvida, razoável aceitar que tal finalidade de protecção da saúde pública é prosseguida num grau mais intenso — nomeadamente, sem os entraves que resultam da dissociação, e da «gestão» da relação, entre proprietário e director técnico — através daquela regra, que assegura a responsabilidade pessoal do proprietário/director técnico. E, inversamente, pode razoavelmente temer-se que o risco para a saúde pública seja maior quando na venda de medicamentos intervém (directa ou indirectamente, pela proprie-

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

dade e gestão da farmácia) quem não tem preparação científica nem está subordinado a uma deontologia adequada.

Exigir ao legislador que considerasse irrelevante a qualidade do empresário, proprietário da farmácia, e sua influência sobre a gestão da empresa, para obter de forma mais intensa a protecção da saúde pública equivaleria, pois, não a um resultado da aplicação das exigências de adequação e necessidade, tal como as entende este Tribunal, mas a impor ao legislador pontos de vista de política legislativa tidos por preserváveis, pela via da sua transformação em exigências constitucionais.

Esta mesma distinção entre o plano do controlo de constitucionalidade e o plano da política legislativa foi, aliás, posta em relevo pelo citado Acórdão n.º 76/85. Este concluiu que

«a reserva da propriedade das farmácias para os farmacêuticos, com a consequente exclusão do acesso dos cidadãos que não detêm tal título profissional, constitui um meio adequado para prosseguir os objectivos de protecção da saúde pública intentados pelo legislador.»

E depois acrescentava:

«Poder-se-á sustentar que outros meios mais idóneos existiriam para a concretização do objectivo em causa; simplesmente, admitida a compatibilização entre meio e fim a atingir, a sua maior ou menor conveniência não pode ser sindicada pelo Tribunal, por se inscrever no campo da discricionariedade do legislador.»

Também hoje se pode reiterar a conclusão de que o regime legal em questão, por ser razoável supor que garante de forma mais perfeita ou evita possíveis riscos para o interesse de saúde pública que visa proteger, não se funda num manifesto erro de apreciação do legislador quanto à sua adequação e necessidade.

Este não é, porém, o único objectivo prosseguido com o sistema subjacente às normas em questão — vigente, recorde-se, em todos os Estados-membros continentais da União Europeia onde existem farmácias privadas, com a única excepção da Bélgica. E não é o único cuja prossecução mediante tal sistema é conseguida de forma mais perfeita do que nas alternativas sugeridas.

18. A intenção de assegurar a presença do farmacêutico na farmácia é um objectivo do regime de indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica que foi expressamente realçado por ocasião da aprovação da Lei n.º 2125 (G. BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, págs. 92-93), e era referido já no relatório do diploma que introduziu esse regime em Portugal (o Decreto-Lei n.º 23 422, de 29 de Dezembro de 1933), ao salientar que «está assente, segundo o resultado da aplicação das leis de certos países estrangeiros, que a melhor garantia para essa assiduidade é o interesse directo do farmacêutico na propriedade da farmácia».

Admite-se de que tal objectivo é, em rigor, susceptível de ser assegurado em qualquer dos regimes de propriedade da farmácia. A favor dos efeitos sobre a assiduidade de um e outro regime podem adjantar-se vários argumentos: assim, de um lado, salienta-se que o farmacêutico/proprietário terá maior interesse na sua gestão, e em estar presente na sua actividade, evitando contratar em permanência, para a direcção técnica, um trabalhador especializado cujas despesas teria de pagar; ex adverso, afirma-se que ao proprietário, justamente porque o é, se exige, afinal, menor presença efectiva no estabelecimento do que a quem cumpre horário de trabalho.

Provavelmente, pode dizer-se que, consonante o tipo de farmácia em causa, ambos os argumentos poderão proceder.

Até por isso, porém, não se vê como possa resultar da exigência de assiduidade do director técnico qualquer argumento no sentido de favorecer a solução de livre propriedade da farmácia — ou, inversamente, de determinar a impossibilidade de um regime de indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica. O máximo que se poderá dizer é que tal aspecto não se reveste de força suficiente para, só por si, fundamentar este regime.

19. Com o regime da reserva da propriedade para os farmacêuticos, e concomitante indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica, visa-se, também, salvaguardar, no maior grau possível, a liberdade e independência profissional do farmacêutico no exercício da sua actividade.

Como se disse no citado Acórdão n.º 76/85, a aceitar-se a dissociação entre a propriedade da farmácia e a sua direcção técnica, o seu director

«teria o estatuto de trabalhador por conta de outrem, ao serviço do proprietário do estabelecimento, ficando sujeito ao conjunto dos poderes patronais comuns, designadamente ao poder de direcção e ao poder disciplinar, sobre ele recairiam os deveres característicos da situação de trabalhador por conta de outrem, dos quais merecem destaque o dever de obediência, o dever de lealdade e o dever de não lesar os direitos patrimoniais da entidade patronal.»

Tal poderia prejudicar a independência do farmacêutico no exercício da sua profissão, que é, portanto, de forma mais intensa assegurada pela reunião numa e mesma pessoa das qualidades de proprietário e director técnico.

Contrapõe-se a este argumento que ele assentaria no pressuposto de uma efectiva indivisibilidade de propriedade e direcção técnica e de que existiria «incompatibilidade entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem», sendo que ambos seriam falsos: o primeiro por força das exceções constantes do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968, o segundo por ser «a independência profissional que limita a dependência laboral, e não esta que limita aquela.»

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

Tal como acontecia com a finalidade de prossecução do objectivo de saúde pública, entende-se, porém, que tais objecções não bastam para, sem mais, descartar a consideração do objectivo de favorecer, de forma mais perfeita, a independência profissional do farmacêutico, visado pelas normas em análise, para as justificar à luz do princípio da proporcionalidade. Depois do que se disse sobre o sentido do controlo a levar a cabo por este Tribunal, já se deixa ver, na verdade, que essas objecções, podendo também constituir pontos de vista relevantes para a discussão em sede de política legislativa, deixam escapar o essencial para a questão de constitucionalidade.

É, na verdade, evidente que para esta o decisivo não é apurar se existe qualquer «incompatibilidade» entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem (e já se disse que não).

O que está em causa é, antes, apurar se é razoável ou não o entendimento, que é o do legislador, de que a liberdade e a independência profissional do farmacêutico são melhor protegidas se o farmacêutico for, não apenas um director técnico a trabalhar por conta de outrem, mas antes, ele próprio, proprietário do estabelecimento.

Ou inversamente: também aqui está em causa averiguar se o princípio da proporcionalidade, conjugado com o direito de propriedade (ou a liberdade profissional) impõe ao legislador que, ao prosseguir a finalidade de assegurar a independência profissional do farmacêutico enquanto profissional liberal, vinculado a uma certa deontologia, abstraia da circunstância de se estar perante uma relação de trabalho por conta de outrem (que criou o posto de trabalho e paga o salário) ou perante o exercício da profissão como farmacêutico independente (com coincidência entre direcção técnica e propriedade).

Ora, pode admitir-se que o regime das normas em questão não representa, porventura, o único possível.

Mas já não é razoável pretender-se que é indiferente, para a aludida finalidade, o exercício da profissão de farmacêutico como empresário por conta própria ou como trabalhador por conta de outrem. É evidente que a primeira dá acrescidas garantias de independência, desde logo, não tendo nessa situação o farmacêutico que considerar as consequências que podem advir, para a sua relação com o proprietário, da forma como exerce a profissão.

Conclui-se, assim, pela improcedência da alegação de que a alternativa à indivisibilidade entre propriedade e direcção da farmácia que estamos a considerar — livre propriedade, com subordinação jurídica do farmacêutico ao proprietário — possibilita a prossecução, de forma igualmente intensa, da finalidade de garantir a independência profissional do farmacêutico. E pode concluir-se, também, que o regime legal não é inadequado nem desnecessário para a finalidade visada.

Nem depõe, sequer, contra a conclusão evidenciada, o número limitado de excepções à indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica, previstas nas alíneas do artigo 84.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48/457.

Tais excepções, em parte transitórias [assim, pelo menos os casos das alíneas a) e c)], têm fundamentos objectivos [e, no caso da alínea e)], apreciado caso a caso), e estão longe de pôr em causa o princípio da indivisibilidade, evidenciando antes, justamente, que a lei ponderou a realização dos fins prosseguidos com aquele princípio com outros valores e interesses relevantes ( nomeadamente a praticabilidade, a continuidade do abastecimento público e o respeito pelos direitos adquiridos).

As situações de dependência jurídica no exercício de profissões liberais, enquanto sejam correntes, destoam, aliás, do sentido nuclear destas, enquanto profissões tipicamente exercidas por um profissional independente, com preparação e deontologia específicas, e submetido a uma «jurisdição» própria da sua profissão.

Também a consideração dos efeitos, sobre a independência profissional do farmacêutico, da indivisibilidade ou dissociação entre propriedade e direcção técnica aponta, pois, para a conclusão de que na formulação do regime vigente entre nós — como, repete-se, na grande maioria dos países da Europa Ocidental — o legislador não incorreu numa avaliação errada da realidade.

20. O modelo de indivisibilidade entre a propriedade e a direcção é, ainda, aquele que melhor possibilita uma plena consciencialização — pela preparação científica e habilitação para ser director técnico — do empresário, proprietário da farmácia, dos riscos da actividade farmacêutica e das responsabilidades profissionais do exercício da profissão de farmacêutico-director técnico. Também a «plena consciencialização do farmacêutico no tocante às suas responsabilidades profissionais» (G. BRAGA DA CRUZ, *op. cit.*, págs. 98-99) é, pois, conseguida de forma mais intensa se este for simultaneamente proprietário e director técnico.

Ora, é evidente que tal consciencialização pode repercutir-se de forma significativa sobre a actividade da farmácia, não tendo também tal efeito que ser desconsiderado pelo legislador, sobretudo quando (como nota HENRIQUE MARTINS DE CARVALHO, *op. cit.*, pág. 306)

«as farmácias actuais, face à abundância de medicamentos ditos 'devastadores' e ao surto vertical de desenvolvimento do consumo de drogas, têm uma percentagem de risco e uma correlativa necessidade de controlo técnico infinitamente superiores.»

Não é, na verdade, exagerado afirmar que as farmácias se configuram actualmente como verdadeiros «armazéns» de substâncias potencialmente perigosas e, igualmente, potencialmente muito valorizadas em intervenções não

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

terapêuticas. Pelo que se pode assegurar ao Estado particularmente importante a garantia de que a sua titularidade e gestão seja reservada a quem dispõe da formação técnica (para permitir a consciência dos efeitos das substâncias transaccionadas) e deontológica (para apreender as implicações da sua dispensa à margem das regras) para, não só gerir como, desde logo, se aperceber dos riscos em causa.

Também por esta via se patenteia, pois, que a avaliação dos meios de prosseguir o interesse público subjacente ao regime em questão não se funda em qualquer critério, não sendo este regime, designadamente, desnecessário para assegurar a finalidade de consciencialização plena, tanto do proprietário como do director técnico, dos riscos e responsabilidades da actividade farmacêutica.

A independência profissional e a consciencialização das suas responsabilidades vêm, ainda, juntar-se a sujeição também do proprietário da farmácia a uma específica deontologia e a possibilidade de o responsabilizar disciplinarmente pela sua infracção.

Ora, mesmo mantendo-se a obrigação de que o director seja farmacêutico, não se vê por que tenha que ser indiferente — designadamente, também para o exercício dos aspectos comerciais da gestão da farmácia (contratação de ajudantes, sua preparação, actualização profissional, etc.), que têm reflexos na sua actividade — ao legislador a sujeição, também do empresário farmacêutico, à deontologia e responsabilização exigidas para o exercício da actividade farmacêutica.

A adequação e necessidade do regime da indivisibilidade entre propriedade da farmácia e sua direcção técnica para assegurar estas finalidades, reportadas ao proprietário da farmácia — que podem ser relevantes para o legislador —, assegura-se mesmo, não apenas razoável, como evidente.

21. Não podendo negar-se o conflito possível — que o legislador pretendeu evitar, por o considerar prejudicial para o interesse público — entre a actividade de empresário farmacêutico e de director técnico da farmácia, quando desempenhadas por pessoas diversas, contrapõe-se ainda, para afirmar a inadequação do regime da indivisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica à finalidade de garantir a independência profissional e deontológica do farmacêutico, um argumento que como que transporta esse conflito para dentro da mesma pessoa — sendo os papéis, e, sobretudo, os interesses, conflituantes, se proprietário e director técnico forem pessoas diferentes, não o deixariam de ser se as qualidades se reunissem na mesma pessoa, importando saber «se é a deontologia do farmacêutico que morigera os interesses mercantis do proprietário, ou se são estes que limitam e subvertem aquela».

Todavia, mesmo aceitando a recondução das determinantes da conduta, de uma e mesma pessoa — e não na relação entre pessoas distintas —, a um

confílio entre interesses mercantis e deveres deontológicos profissionais, logo se vê que a argumentação com base nesse conflito, no sentido de concluir pela inadequação do regime que faz coincidir proprietário e director técnico para assegurar a sua independência deontológica, ao omitir a razão de ser da reserva de propriedade aos farmacêuticos, prova demais — levaria a reconhecer a impossibilidade de assegurar a vinculação deontológica, não só dos farmacêuticos e de todos os profissionais liberais (médicos, advogados, etc.), como, mesmo, de todas as pessoas pertencentes a um determinado «corpo», formado por pessoas com habilitações específicas, cuja actividade profissional visa prosseguir determinados valores, sujeitas a um código deontológico, e responsabilizadas pelo cumprimento de regras e princípios no exercício de uma actividade de interesse público. Ou seja: a uma conclusão directamente contrária a toda a concepção subjacente ao reconhecimento de profissões liberais, cujos profissionais se presumem dotados de uma consciência ética e profissional e formação superior, e estão submetidos a uma vinculação deontológica e a uma responsabilização específica, que — supõe-se — os levará a fazer primar o papel de profissional sobre os puros interesses económicos.

Pode, sem dúvida, discordar-se desta concepção. Mas, sem a impugnar e fundamentar tal discordância, não se vê como se possa extrair de uma algada subversão da posição de profissional farmacêutico pelos interesses comerciais qualquer argumento no sentido de afirmar a inadequação do modelo do «farmacêutico na sua farmácia» para melhor assegurar a independência, profissional, científica e deontológica, deste, como a de qualquer profissional liberal.

O mesmo se diga, aliás, do argumento segundo o qual a inadequação desse regime resultaria de uma alegada verificação de muitas situações fictícias, em que o proprietário o é apenas nominalmente — trata-se de argumento que, a proceder hoje no que tem de elementos fácticos (apontam-se apenas previsões arriscadas em 1963, afirmando que não era posteriormente possível estimar a percentagem de situações fictícias), de pouco significado se reveste no plano constitucional, e que, mesmo nessa medida (ou já no plano da política legislativa), sempre exigiria a demonstração de que a consequência natural do regime legal é a sua inobservância.

22. O regime legal de exclusão, em regra, dos não farmacêuticos e de invisibilidade da propriedade e da direcção técnica da farmácia visa, ainda, prosseguir alguns outros objectivos, para os quais se revela, em maior ou menor medida, adequado. Alguns desses objectivos prendem-se, aliás, especificamente com a propriedade — e não apenas com a actividade — da farmácia.

É o caso do controlo público da propriedade de farmácias, ligado à conveniência em «impedir a formação de «trusts» farmacêuticos»; e em separar clara-

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

mente a actividade farmacêutica da actividade médica (v. este último ponto salientado em H. Martins de Carvalho, *A propósito da lei da propriedade da farmácia*, cit., pág. 305). Compreende-se, na verdade, a indesejabilidade da integração vertical da actividade de distribuição e comercialização farmacêutica com a produção. E tanto esta finalidade, como a de evitar a formação de grandes cadeias de distribuição e comercialização farmacêutica — que se regista nos países onde prevalece a solução de livre propriedade das farmácias (assim, por exemplo, o Reino Unido, onde, em 1997, duas cadeias detinham mais de 1200 farmácias cada uma, e duas outras detinham várias centenas) —, são, também, propiciadas pela solução de associar obrigatoriamente a propriedade e a direcção técnica.

Não seria este, é certo, o único modo de prosseguir tal finalidade — poderia atalhar-se por via de um regime de incompatibilidades, autorizações administrativas, ou restrições objectivas. Mas afigura-se que o regime vigente, não só permitirá, segundo se pode razoavelmente supor, prosseguir de forma mais intensa os objectivos referidos nos números anteriores, como ainda serve tal objectivo de evitar a concentração na actividade farmacêutica (nestes termos, para uma limitação objectiva, mas considerando também o modelo do «farmacêutico na sua farmácia», a citada decisão do Bundesverfassungsgericht, in *Entscheidung...*, cit., pág. 243).

Outras finalidades, também por vezes referidas, do regime de invisibilidade da propriedade e da direcção técnica da farmácia — cuja relevância constitucional se pode, porém, depois do que se disse, omitir — são a salvaguarda do «prestígio social do farmacêutico» e a criação de «um clima de verdadeiro interesse pela profissão» (de farmacêutico), bem como a promoção geral da classe média perante os grandes conglomerados farmacêuticos (v. a citada decisão do Tribunal Constitucional alemão, *loc. cit.*).

23. A «revisão» efectuada aos diversos objectivos visados pelo legislador mediante o regime de reserva aos farmacêuticos da propriedade da farmácia e invisibilidade desta da sua gestão técnica permite concluir que este regime não pode considerar-se desadequado nem desnecessário para a sua prossecução.

É o caso, desde logo, daqueles fins que se ligam à actividade farmacêutica. Como vimos, é razoável supor que os fins de saúde pública e interesse público, e a independência profissional e deontológica do farmacêutico, não só são propiciados por tal regime, como o são em grau mais intenso ou de forma mais perfeita ou facilitada do que através de um regime de propriedade livre da farmácia. E inversamente, pode supor-se que seriam maiores os riscos, para aqueles objectivos, desta última solução.

E é também o caso, evidentemente, das finalidades — como a conscientização, vinculação deontológica e responsabilização — do

como do director técnico, ou o controlo das concentrações no domínio da comercialização de produtos farmacêuticos — que directamente se prendem logo com a propriedade da farmácia.

Pode, aliás, concluir-se que, se alguns destes objectivos (como o do controlo das concentrações) puderiam ser igualmente prosseguidos por outros meios, eventualmente menos gravosos, não deixaria de ser certo poder razoavelmente supor-se que a solução legal permite simultaneamente assegurar mais facilmente, ou em medida mais intensa, os objectivos de saúde pública e de independência profissional referidos e estes outros, ligados à propriedade da farmácia. Também não tem, aliás, de desconsiderar-se o valor da possibilidade de prossecução conjunta, através de uma mesma medida, destes diversos objectivos.

A ponderação das razões apresentadas não é, pois, de molde a ter por desrazoável a tese da indivisibilidade e a reserva da propriedade nos farmacêuticos, podendo concluir-se, como no anterior aresto deste Tribunal, que esse regime não viola o princípio da proporcionalidade (ou da «proibição do excesso») — nomeadamente, em conjugação com o direito de propriedade ou com a liberdade de profissão.

24. O n.º 2 da base II da Lei n.º 2125 restringe a concessão de alvará, não apenas a farmacêuticos, mas também a sociedades em nome colectivo ou por quotas, «se todos os sócios forem farmacêuticos e enquanto o forem».

Ora, também a consideração desta norma, que alarga o âmbito dos possíveis proprietários de farmácias a sociedades comerciais nestas condições, não alteraria as conclusões formuladas anteriormente.

Na verdade, também a limitação da propriedade de farmácias a duas formas de sociedades e a obrigação de todos os seus sócios preencherem os requisitos necessários à obtenção da propriedade «pessoal» das farmácias se inscreve na preocupação do legislador de evitar a interferência, na gestão comercial da farmácia, de pessoas que não sejam farmacêuticos, e de assegurar a independência profissional do farmacêuticos, que já vimos não ser censurável constitucionalmente à luz do princípio da proporcionalidade, conjugado com o direito de propriedade.

Designadamente, tal finalidade poderia não ser assegurada por sociedades em comandita ou anónimas. O legislador entendeu, assim, que outras formas societárias além das previstas na lei, ou outras composições societárias, potenciariam as situações de fraude à lei — em qualquer caso, acauteladas na Lei n.º 2125 e no Decreto-Lei n.º 48 547 com a combinação de penas de prisão e multa (base X, n.º 1, e artigos 107.º e 108.º, respectivamente), para os casos em que houvesse «infracção ao regime da propriedade da farmácia estabelecido nesta lei», apesar do controlo prévio dos «actos ou contratos relativos à transferência das farmácias ou sua exploração» (base IX, n.º 11, e artigo 76.º, n.º 1)

### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

e sua nulidade» fora dos casos em que a lei os permite» (base IX, n.º 3) ou quando «produzam, ou possam produzir, um efeito prático idêntico ao que a lei quis proibir» (artigo 76.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 48 547).

Também a limitação da titularidade de farmácias a sociedades comerciais cujos sócios sejam todos farmacêuticos não pode, pois, considerar-se inconstitucional.

25. As considerações dos números anteriores reportavam-se à norma que limita o acesso dos não farmacêuticos à propriedade das farmácias (n.º 2 da base II da Lei n.º 2125).

O presente pedido de apreciação de (in)constitucionalidade traz, porém, para primeiro plano também as limitações (artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968) à mobilização da propriedade das farmácias por cessão da sua exploração ou legado — que constituíram a razão de ser de outro dos votos de vencido opostos ao anterior Acórdão deste Tribunal, invocando a liberdade económica.

Note-se, em primeiro lugar, que tais limitações permitem pôr em evidência que, ao contrário do que prima facie se pode pensar, a propriedade da farmácia, a que só determinadas pessoas podem aceder — os farmacêuticos, ou outras formas societárias compostas integralmente por farmacêuticos — não é, afinal, ou apenas, uma propriedade «privilegiada» («um privilégio ilegítimo», como se lê no requerimento), no sentido de conferir privilégios especiais, nem, muito menos, uma propriedade «normal» (ainda que sujeita aos constrangimentos da propriedade dos meios de produção em geral). Como a consideração do momento e das limitações da transmissão da propriedade põe em evidência, trata-se de uma propriedade que, nas faculdades jurídicas de livre disposição, aparece, afinal, «limitada» — vinculada a certas características objectivas dos seus proprietários e dos transmissários (locatários e legatários, no que ora interessa), e com valor limitado para os herdeiros (considerando a obrigatoriedade de a transmissão se efectuar num prazo limitado, caso estes não sejam farmacêuticos).

Seja como for, e conforme conste por salientar, as normas dos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968, que prevêem limitações à cessão de exploração e ao legado de farmácia, constituem ainda uma consequência do regime de limitação da propriedade da farmácia consagrado nas disposições já anteriormente apreciadas, apresentando-se como instrumentais relativamente a tal regime, pois visam prevenir a sua frustração.

A justificação do regime de reserva da propriedade das farmácias aos farmacêuticos, à luz dos objectivos visados pelo legislador, é, ainda, suscetível de abranger tais limitações à transmissão mortis causa e à mobilização da farmácia mediante cessão da sua exploração — sendo certo, aliás, que, como se

disse, do direito de propriedade não decorre uma protecção contra todos os condicionamentos à liberdade de transmissão.

E também as normas das bases III e IV, n.ºs 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, podem ser consideradas ainda como uma decorrência do princípio geral de limitação da propriedade da farmácia aos farmacêuticos, abrangidas pela sua justificação.

Aliás, tais normas, em lugar de acentuar tal princípio, exceptuam-no em parte, deixando ver que não é prosseguido pelo legislador de forma absoluta e rígida, mas antes contemporaneamente com outros interesses (como a subsistência económica dos herdeiros, ou a continuidade da farmácia na família). Regulam-se, pois, hipóteses em que o encerramento imediato da farmácia, por virtude da possível aquisição da farmácia por não farmacêutico, teria consequências indesejáveis (aquisições mortis causa, por divórcio ou separação judicial de pessoas e bens ou em caso de ausência), exceptuando aquela caducidade.

E esta regulamentação, tal como a limitadora da transmissão da farmácia — para cuja impugnação o requerente não aduz, aliás, fundamentação autónoma —, também não é, pelas razões expostas, de considerar inconstitucional por violação do direito de propriedade.

#### *D) O princípio da igualdade*

26. Do que atrás se expôs pode concluir-se, portanto, que: nenhuma das normas cuja apreciação foi pedida a este Tribunal se mostra desconforme com o princípio da liberdade de iniciativa económica privada ou com a liberdade de escolha de profissão, designadamente, por a Constituição remeter a modelação de tais liberdades para o legislador ordinário e o regime em causa não lesar o conteúdo essencial dessas liberdades, ter carácter geral, abstracto e não retroactivo, e não se afigurar desproporcionado; nenhuma das normas cuja apreciação foi pedida se mostra violadora do direito de propriedade, tal como constitucionalmente consagrado, não implicando, designadamente, restrições ao direito de acesso à propriedade que não sejam adequadas, necessárias e proporcionais aos objectivos — com acolhimento constitucional — que o legislador visa prosseguir.

Importa, porém, confrontar ainda o regime em questão com o princípio da igualdade — tido por violado, designadamente, pelo requerente e em votos de vencido apostos ao Acórdão n.º 76/85.

É sabido que o princípio da igualdade, tal como tem sido entendido na jurisprudência deste Tribunal, não proíbe ao legislador que faça distinções — proíbe apenas diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante, sem uma justificação razoável, segundo critérios objectivos e relevantes. É esta, aliás, uma formulação repetida frequentemente por este Tribunal (cfr., por exemplo, os Acórdãos deste Tribunal n.ºs 39/88, 325/92, 210/93, 302/97, 12/99 e 683/99,

#### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

publicados nos ATC, respectivamente, 11.º vol., págs. 233 e segs., 23.º vol., págs. 369 e segs., 24.º vol., págs. 549 e segs., 36.º vol., págs. 793 e segs., e no *Diário da República*, II Série, de 25 de Março de 1999 e de 3 de Fevereiro de 2000).

Como princípio de proibição do arbítrio no estabelecimento da distinção, tolera, pois, o princípio da igualdade a previsão de diferenciações no tratamento jurídico de situações que se afigurem, sob um ou mais pontos de vista, idênticas, desde que, por outro lado, apoiadas numa justificação ou fundamento razoável, sob um ponto de vista que possa ser considerado relevante.

Ao impor ao legislador que trate de forma igual o que é igual e desigualmente o que é desigual, esse princípio supõe, assim, uma comparação de situações, a realizar a partir de determinado ponto de vista. E, justamente, a perspectiva pela qual se fundamenta essa desigualdade, e, consequentemente, a justificação para o tratamento desigual, não podem ser arbitrárias. Antes tem de se poder considerar tal justificação para a distinção como razoável, constitucionalmente relevante.

O princípio da igualdade apresenta-se, assim, como um limite à liberdade de conformação do legislador. Como se salientou no Acórdão n.º 425/87 (ATC, 10.º vol., págs. 451 e segs.),

«O âmbito de protecção do princípio da igualdade abrange diversas dimensões: proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer a diferenciação de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação pelos poderes públicos de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural (cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 1984, págs. 149 e segs.).

A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo de controlo.

Todavia, a vinculação jurídico-material do legislador a este princípio não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois lhe pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que têm de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente.

Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição de arbítrio quando os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontados por carença de adequado suporte material para a medida legislativa adoptada.

Por outro lado, as medidas de diferenciação devem ser materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da praticabilidade, da justiça e da solidariedade, não se bascando em qualquer razão constitucionalmente imprópria.»

Mais recentemente, no Acórdão n.º 409/99 (*Diário da República*, II Série, de 10 de Março de 1999) disse-se que:

«O princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, impõe que se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objectiva e racional. O princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se numa ideia geral de proibição do arbitrio (cfr., quanto ao princípio da igualdade, entre outros, os Acórdãos n.os 186/90, 187/90, 188/90, 1186/96 e 353/98, publicados in *Diário da República*, respectivamente, de 12 de Setembro de 1990, 12 de Fevereiro de 1997, e o último, ainda inédito).»

E no Acórdão 245/00 (*Diário da República*, II Série, de 3 de Novembro de 2000) salientou-se que

«(...) tem, de há muito, vindo a afirmar este Tribunal que é ‘sabido que o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da discricionariedade legislativa, não veda à lei a realização de distinções. Proíbe-lhe, antes, a adopção de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias — e assumem, desde logo, este carácter as diferenciações de tratamentos fundadas em categorias meramente subjectivas, como são as indicadas, exemplificativamente, no n.º 2 do artigo 13.º da Lei Fundamental —, ou seja, desigualdades de tratamento materialmente infundadas, sem qualquer fundamento razoável (*verhünftiger Grund*) ou sem qualquer justificação objectiva e racional. Numa expressão sintética, o princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se na ideia geral de proibição do arbitrio (*Willkürverbot*)’ (cfr., por entre muitos outros, o Acórdão n.º 1186/96, publicado no *Diário da República*, 2.ª série, de 12 de Fevereiro de 1997), ou, dito ainda de outra forma, o ‘princípio da igualdade (...) impõe se dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e se trate diferentemente o que diferente for. Não proíbe as distinções de tratamento, se materialmente fundadas; proíbe, isso sim, a discriminação, as diferenciações arbitrárias ou irrazoáveis, carecidas de fundamento racional’ (*verbi gratia*, Acórdão n.º 1188/96, *ob. cit.*, 2.ª série, de 13 de Fevereiro de 1997).»

Há que apurar se as normas em apreciação sub specie constitutionis se podem considerar violadoras do princípio da igualdade.

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

27. Ora, reconhece-se, sem dúvida, que as normas em causa introduzem uma diferenciação de tratamento entre farmacêuticos e não farmacêuticos.

Considerando, porém, antes de mais a proibição de existência de discriminação ou de arbitrio, reconhece-se com igual facilidade — como, aliás, se salientou também num dos votos de vencido no Acórdão n.º 76/85 — que tal diferenciação se reporta a uma categoria definida em termos objectivos (uma categoria profissional titulada por habilitação académica), que é aberta (acessível a qualquer pessoa que exerça a sua liberdade de aprender) e, ainda, não discriminatória em função de qualquer dos factores de diferenciação proibidos no artigo 13.º, n.º 2.

A categoria em questão não é, além disso, escolhida de forma puramente arbitrária, sendo, antes, claramente congruente com o benefício que lhe é atribuído: é integrada por pessoas que dispõem de habilitações específicas para a actividade exercida pela farmácia, cuja propriedade lhes é reservada. Por outro lado, tal benefício visa sem dúvida a promoção de interesses públicos amplamente reconhecíveis (é discutidos e explicitados nos trabalhos preparatórios de aprovação da lei) e com consagração constitucional, dos quais se destaca a tutela do direito à saúde, para a qual a Constituição da República prevê o dever do Estado de disciplinar e controlar a comercialização de medicamentos [artigo 64.º, n.º 3, alínea e)].

O que se questiona no pedido é, porém, se o benefício em causa se apresenta provido de «fundamento material bastante», respeitando as exigências de proporcionalidade lato sensu (sendo necessário e adequado para as finalidades do legislador).

Depois do que se disse anteriormente (n.os 16 e segs.), pode responder-se a essa questão, mesmo dispensando a determinação precisa do sentido com que tal exigência de proporcionalidade vale neste domínio, para permitir uma distinção à luz do princípio da igualdade. Na verdade, quer a legitimação da diferenciação se base — como se tem dito na jurisprudência deste Tribunal — com o reconhecimento de um fundamento razoável, constitucionalmente relevante, para ela, quer, indo mais além, se julgue necessário verificar se a diferenciação é adequada, necessária e proporcionada — como, aparentemente, se sustenta no pedido e num dos votos de vencido apostos ao Acórdão n.º 76/85 (sendo certo, porém, que neste se não considerava violado o direito de propriedade), como que transpondo para o contexto do princípio da igualdade as exigências de proporcionalidade formuladas para a restrição a direitos, liberdades e garantias —, pode já dar-se uma resposta negativa à questão referida. Vimos já que as normas em causa, ao preverem um regime de reserva da propriedade da farmácia para os farmacêuticos (e, ligado a este, a indivisibilidade da propriedade e da direcção técnica), não podem ser consideradas violadoras do princípio da proporcionalidade, ou «proibição do excesso», tal como vale mesmo para restrições a direitos, liberdades e garantias — isto é, que não

podem ser consideradas desadequadas, desnecessárias, ou desproporcionadas na sua medida, em relação às finalidades de interesse público prosseguidas pelo legislador.

Torna-se, assim, desnecessário repetir aqui tal apreciação autonomamente, no contexto do princípio da igualdade — no qual as exigências de proporcionalidade não valem em termos mais estritos do que as formuladas para as restrições a direitos, liberdades e garantias —, podendo remeter-se para o que se disse.

E pode igualmente concluir-se, portanto, que as normas postas em crise não são, também, violadoras do princípio da igualdade.

### III — Decisão

Com estes fundamentos, o Tribunal Constitucional decide não declarar a inconstitucionalidade das normas constantes das bases II, n.º 2, III e IV, n.º 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e dos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968.

Lisboa, 2 de Maio de 2001. — *Paulo Mota Pinto — José de Sousa e Brito — Vítor Nunes de Almeida — Maria dos Prazeres Pizarro Beleza — Alberto Tavares da Costa — Bravo Serra — Luís Nunes de Almeida — Messias Bento — Artur Maurício — Guilherme da Fonseca* (vencido, conforme declaração de voto junta) — *Maria Helena Brito* (vencida, nos termos da declaração de voto junta) — *José Manuel Cardoso da Costa*.

#### Declaração de Voto

1. Votei vencido, pois emitiria um juízo de inconstitucionalidade das normas constantes das bases II n.º 2, III e IV, n.ºs 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e dos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968, por considerar que elas são violadoras dos princípios da igualdade e da proporcionalidade, que decorrem dos artigos 13.º e 18.º, n.º 2, da CRP, dissidento do acórdão, a tal respeito, quando conclui por um juízo de não inconstitucionalidade (no mais, sem deixar de louvar o discurso aprofundado do acórdão, acompanho no essencial a apreciação que se faz das mesmas normas na óptica da liberdade de profissão e da liberdade de iniciativa económica privada, igualmente do direito de propriedade privada qua tale).

2. Na base do meu dissenso estão fundamentalmente as razões invocadas nos votos de vencido juntos ao acórdão n.º 76/85, radicando na ideia de

### 1.3. Princípio da proibição do excesso

que se está perante uma prerrogativa corporativa da classe profissional dos farmacêuticos que nenhum interesse público pode justificar.

O acórdão revela a preocupação de responder a esses votos, nomeadamente o do Conselheiro Vital Moreira, mas, em meu entender, não consegue e mantém-se de pé as razões que ditaram tais votos, pouco mais podendo agora avançar-se.

Pense-se nas seguintes situações, derivadas do princípio limitador do acesso dos não farmacêuticos à propriedade das farmácias, que na prática a aplicação das normas questionadas implica e que aliás o acórdão não deixa de referenciar:

- a) a transmissão da farmácia mortis causa (ou em casos de divórcio, separação de pessoa e bens ou ausência judicialmente decretada) só opera a favor de farmacêutico ou aluno do curso de Farmácia.
- b) em tais hipóteses, e na falta de acordo, tem de ser requeridos «o inventário facultativo ou a acção de arbitramento», e o aluno de Farmácia, para beneficiar da transmissão, tem de «concluir o curso no prazo de seis anos».
- c) impõe-se a alienação ou cessão de exploração da farmácia, caso seja adjudicada ao cônjuge ou a herdeiro que não esteja em tais condições, sob pena de caducidade do alvará.
- d) a cessão de exploração e o legado de farmácia estão condicionados, respectivamente, à qualidade de farmacêutico ou sociedade comercial constituída apenas por sócios farmacêuticos, e de farmacêutico ou aluno de Farmácia (e a sanção para o legado é a da nulidade, sendo desrespeitada a regra legal).

Se todo esse quadro legal não é um privilégio de base corporativa, — «um verdadeiro e próprio exclusivo de base corporativa» — então não sei o que é e o que significa a palavra privilégio.

Este privilégio, que não tem paralelo noutras classes profissionais, nem é necessário, nem é congruente com os valores e interesses públicos que, real ou supostamente, subjazem àquelas regras.

Assim, contrariamente ao entendimento a que chegou o acórdão, e assumindo a posição do voto de vencido do Conselheiro Vital Moreira, pode e deve antes concluir-se que o regime de reserva aos farmacêuticos da propriedade da farmácia e indivisibilidade desta da sua gestão técnica, tem de se considerar desadequado e desnecessário para a prossecução dos múltiplos objectivos que se queiram detectar na produção das normas questionadas e que se ligam à actividade farmacêutica (a «multiplicidade de objectivos que se entende serem, cada um de per si e todos conjuntamente, melhor servidos por tal regime», tal qualmente se expressa o acórdão).

É que não se consegue demonstrar — e o acórdão também não o consegue, pese, embora, a coerência e o desenvolvimento do seu discurso — que aquele regime serve melhor a tal multiplicidade de objectivos do que um regime alternativo assente na livre propriedade da farmácia, com manutenção da obrigatoriedade «de um director técnico farmacêutico trabalhador por conta de outrem, responsável pela preparação e venda de fármacos» (e não há que falar em «modelo típico de profissão liberal» que serviria melhor o interesse público, pois o mesmo ou até mais pode dizer-se dos médicos, quando ligados a laboratórios ou a clínicas particulares).

Se, no essencial, está em jogo a prossecução da «finalidade de protecção da saúde pública», em múltiplos aspectos, ela é perfeitamente atingida com a regra da divisibilidade entre a propriedade e a direcção técnica, sendo errada a política legislativa vertida nas normas questionadas, na perspectiva da adequação e necessidade das soluções escolhidas (no mais, quanto aos pontos 19., 20., 21. e 22., do acórdão, designadamente no que toca à «liberdade e independência profissional do farmacêutico no exercício da sua actividade» e à «plena consciencialização do empresário, proprietário da farmácia», a argumentação que nele se acrescenta é marginal e tanto dá, bem vistas as coisas, como decorre dos votos de vencido, para sustentar a tese que se apresenta, como a outra da divisibilidade entre a propriedade da farmácia e a sua direcção técnica).

Portanto e contrariamente à conclusão que se chegou no acórdão, pode afirmar-se que não há nenhuma razão especialmente decisiva a considerar como razoável a tese da indivisibilidade e a reserva da propriedade aos farmacêuticos.

Com o que se mostra violado o princípio da proporcionalidade (ou da «proibição do excesso»).

3. Por último, também entendo haver violação do princípio da igualdade, por se estar perante um privilégio destituído de «fundamento material bastante» e é o próprio acórdão a reconhecer que «as normas em causa introduzem uma diferenciação de tratamento entre farmacêuticos e não farmacêuticos».

Remetendo para a substância do voto de vencido do Conselheiro Vital Moreira, há que concluir que não se mostra existir razão bastante para aquele privilégio, que é, assim, um privilégio ilegítimo. — *Guilherme da Fonseca*

#### *Declaração de voto*

Votei vencida, por entender que as normas em apreciação (as normas contidas na Base II, n.º 2, na Base III e na Base IV, n.os 1 a 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965, e nos artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968) contrariam, em diversos aspectos, a Constituição da República Portuguesa.

#### *1.3. Princípio da proibição do excesso*

São os seguintes, em síntese, os fundamentos da minha posição.

1. Restrição da liberdade de transmissão da propriedade (violação do artigo 62.º da Constituição da República Portuguesa)

Como diz o acórdão, citando jurisprudência anterior do Tribunal, o direito de propriedade não goza de protecção constitucional em termos absolutos. A Constituição garante, porém, quer o direito de acceder à propriedade, quer o direito de não ser arbitrariamente privado da propriedade, quer ainda o direito de transmissão da propriedade inter vivos ou mortis causa. Assim, de modo expresso, o artigo 62.º, n.º 1, parte final, preceito de onde resulta que «não pode haver bens vinculados ou sujeitos a interdição de alienação» (G. Canotilho, Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993, pág. 333).

Ainda que se entenda que todos estes aspectos da garantia do direito de propriedade devem ser interpretados em termos restritivos, não pode deixar de concluir-se que as normas aqui em discussão limitam ou restringem tal direito: estabelecem uma limitação de acesso à propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos e, em certos termos, sob condição resolutiva, em favor dos alunos do curso de farmácia (Base II, n.º 2, e Base III, n.os 1 e 4, da Lei n.º 2125, de 20 de Março de 1965) e impedem a transmissão do direito de propriedade sobre as farmácias segundo as regras gerais do direito civil (Base III, n.os 1 a 4, e Base IV, n.os 1 a 4, da Lei n.º 2125; artigos 71.º e 75.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48 547, de 27 de Agosto de 1968).

Tal como se diz no pedido do Provedor de Justiça, este regime implica uma reserva de propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos, consubstanciando um privilégio ilegítimo, não admissível, porque não necessário nem adequado para a prossecução de um interesse público constitucionalmente atendível (cfr. *infra*, n.º 5).

2. Restrição do direito de iniciativa económica privada (violação do artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa)

O direito de iniciativa económica privada abrange a liberdade de iniciar uma actividade económica (liberdade de criação de empresa) e a liberdade de gestão e de actuação da empresa criada (liberdade de empresa).

Reconheço que este direito não goza de tutela constitucional em termos absolutos. O n.º 1 do artigo 61.º da Constituição da República Portuguesa garante que a iniciativa económica privada se exerce livremente «nos quadros definidos pela Constituição e pela lei» e «tendo em conta o interesse geral».

Todavia, quando não se encontrem constitucionalmente definidos os limites de um direito fundamental, não pode deixar de entender-se que a Constituição

garante um conteúdo mínimo, que a lei tem de respeitar (neste sentido, G. Canotilho, *Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa*, pág. 149).

No caso do direito de iniciativa económica privada, aliás, a própria Constituição apenas legitima as limitações que sejam justificadas pelo interesse geral.

Ora, as normas em apreço proibem o acesso e o exercício da actividade farmacêutica a certas pessoas (os não proprietários de uma farmácia), dando origem a restrições ao direito de iniciativa económica privada apenas para alguns.

Não se trata porém de uma reserva de profissão para as pessoas habilitadas a exercê-la; trata-se da reserva do acesso e do exercício da actividade farmacêutica para os proprietários de farmácias.

Tais restrições ao direito de iniciativa económica privada não são, em minha opinião, e como se explicitará adiante, exigidas pelo interesse geral (a saúde pública, os direitos dos consumidores), atingindo por isso injustificadamente o núcleo essencial daquele direito.

Por esta via, são ainda afectados alguns princípios da organização económico-social: o princípio da liberdade de iniciativa e de organização empresarial no âmbito de uma economia mista [artigo 80.º, alínea c), da CRP], o princípio da equilibrada concorrência entre as empresas [artigo 81.º, alínea e), da CRP] e até o princípio da coexistência dos três sectores da propriedade dos meios de produção [artigos 80.º, alínea b), e 82.º], na medida em que através deste regime se impedem a propriedade do sector público e a propriedade do sector social. Não obsta a esta conclusão o regime estabelecido na Base II, n.º 4, da Lei n.º 2125, nos termos do qual «para cumprimento dos seus fins estatutários, as Misericórdias e outras instituições de assistência e previdência social poderão ser proprietárias de farmácias»: em primeiro lugar, porque esta faculdade abrange apenas as entidades referidas e não outras que integrem o sector público e o sector social; depois, porque, nos termos da disposição citada, tais entidades só podem ser proprietárias de farmácias «desde que estas se destinem aos seus serviços privativos», não lhes sendo por isso permitido fornecer o público em geral.

### **3. Violação do princípio da igualdade (violação do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa).**

A diferenciação de tratamento, que decorre das normas impugnadas, entre farmacêuticos e não farmacêuticos, quanto ao acesso à propriedade das farmácias, não tem justificação racional, não tem fundamento material bastante, violando por isso o princípio da igualdade, consagrado no artigo 13.º da Constituição.

A reserva da propriedade das farmácias em favor dos farmacêuticos, que decorre das normas em causa, assenta num critério de natureza subjetiva — a

### **1.3. Princípio da proibição do excesso**

qualificação profissional das pessoas —, analisando-se num «verdadeiro e próprio exclusivo de base corporativa» (como foi demonstrado pelo então Conselheiro Vital Moreira, na declaração de voto junta ao Acórdão n.º 76/85).

Contrariamente ao que se afirma no acórdão, entendo que a diferenciação legal, com base em tal critério, não encontra fundamento na protecção da saúde pública, não podendo portanto invocar-se para justificar tal diferenciação o disposto no artigo 64.º, em especial, n.º 3, alínea e), da Constituição da República Portuguesa. Tanto assim é que não existe um regime do mesmo tipo em matéria de direito de estabelecimento de outras actividades relacionadas com a saúde, como, por exemplo, hospitalares, clínicas médicas e laboratórios de análises clínicas. As farmácias são, cada vez mais, estabelecimentos onde se comercializam produtos — sendo apenas alguns deles produtos farmacêuticos — e, cada vez menos, laboratórios onde se manipulam medicamentos (designadamente se tivermos em conta a reduzidíssima difusão que têm, entre nós, os chamados medicamentos «genéricos»). Ora, a mera comercialização de produtos farmacêuticos não é necessariamente uma actividade sanitária de interesse público. De todo o modo, se especificidade existe na comercialização de tais produtos — desde logo, pela necessidade ou conveniência de aconselhamento dos consumidores quanto ao seu uso —, o problema resolver-se-ia através da exigência da presença na farmácia de um profissional de farmácia, o seu director técnico (não necessariamente o seu proprietário), a quem competiria «aviar» os medicamentos. Exigência semelhante, no sentido de que na manipulação dos fármacos apenas intervenham pessoas habilitadas com o curso de farmácia, seria adequada para ultrapassar a dificuldade, para o caso de se insistir em considerar as farmácias como instituições onde são preparados medicamentos (cfr. *infra*, n.º 5).

Tal como entendo que a diferenciação legal não pode fundamentar-se na protecção da saúde pública ou na defesa dos direitos dos consumidores, concluo também que ela não encontra justificação na necessidade de salvaguardar a independência profissional do farmacêutico. Como demonstrou o Conselheiro Vital Moreira, na declaração de voto já citada, não são verdadeiros os pressupostos em que assenta o argumento invocado: nem o de que a lei exige que o proprietário e o director técnico da farmácia sejam uma e a mesma pessoa; nem o de que existe incompatibilidade entre independência deontológica e relação de trabalho por conta de outrem. Com efeito, para além de a própria lei admitir, em certos casos, a dissociação entre a propriedade e a direcção técnica da farmácia (cfr. *infra*, n.º 5), certo é que não existe qualquer incompatibilidade de princípio entre a relação de trabalho por conta de outrem e o exercício de uma profissão liberal. É o que supõe a lei quando admite que médicos, advogados, arquitectos, engenheiros, etc., exerçam a sua actividade profissional por conta de outrem. E não se vê razão para que a exigência tenha de ser maior

relativamente aos farmacêuticos que exercem a sua actividade na farmácia (já que não é certamente maior em relação aos farmacêuticos que exercem a sua actividade nos laboratórios farmacêuticos).

#### 4. Restrição da liberdade de escolha de profissão (violação do artigo 47.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa)

As normas em apreciação configuram ainda uma «medida de efeito equivalente» a uma restrição da liberdade de escolha de profissão, contrariando o artigo 47.º, n.º 1, da Constituição.

A liberdade de escolha de profissão, considerada na sua vertente negativa, implica: 1.º — não ser forçado a escolher e a exercer uma determinada profissão; 2.º — não ser impedido de escolher e de exercer qualquer profissão para a qual se tenham os necessários requisitos e não ser impedido de obter tais requisitos.

Ao consagrarem a incindibilidade entre a propriedade da farmácia e o exercício da actividade farmacêutica, os preceitos em análise atingem estes dois aspectos da liberdade de escolha de profissão: impõem aos proprietários de farmácias (e aos seus herdeiros) a escolha da profissão de farmacêutico; limitam, relativamente aos licenciados em farmácia que não sejam proprietários de uma farmácia, o direito de exercer a profissão de farmacêutico em farmácias, ficando-lhes apenas a possibilidade do exercício de tal actividade em laboratórios.

E tais restrições não são necessárias nem adequadas para a salvaguarda de outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais (cfr. *infra*, n.º 5).

#### 5. Violação do princípio da proporcionalidade (violação do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa)

Estando em causa direitos consagrados na Constituição e sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias, as restrições apontadas não podem considerar-se legítimas, pois não respeitam as exigências constitucionais: não são adequadas para assegurar os fins de interesse público que supostamente visam atingir; não são indispensáveis e excedem o que seria necessário em relação aos objectivos a prosseguir.

Os fins que se pretende atingir — protecção da saúde pública e salvaguarda dos interesses dos consumidores — podem ser conseguidos, como já se disse, através de outros meios, designadamente através da obrigatoriedade de entregar a direcção técnica da farmácia a um farmacêutico. Esta exigência consta da lei (artigos 83.º, n.º 1, e 29.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48/547, de 27 de Agosto de 1968) e seria suficiente para prosseguir tais objectivos. No mesmo sentido apontam, de resto, os antecedentes legislativos mais antigos invocados no acórdão.

#### 1.3. Princípio da proibição do excesso

Aliás, se a própria lei admite que, em certos casos, a direcção técnica seja entregue a pessoa diversa do proprietário da farmácia (nos casos referidos no artigo 84.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 48/547), não se vê por que razão esse regime não possa constituir o regime regra.

As restrições que decorrem das normas em análise são de qualificar como desnecessárias e desadequadas, não respeitando por isso também, em meu entender, o princípio da proibição do excesso, garantido pelo artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. — Maria Helena Brito.

### BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

JORGE REIS NOVAIS — *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra Coimbra Editora, 2003, pág. 729 e segs.

GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, pág. 266 e segs.

VITALINO CANAS — «O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e aplicações», in Jorge Miranda (org.), *Perspectivas Constitucionais*, II, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, págs. 323-357.

VITALINO CANAS — «Proporcionalidade», in *DJAP*, VI, Lisboa, 1994, págs. 591-649.

#### **1.4. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA**

Mesmo que a Constituição não institua expressamente um princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança, ele é, seguramente, um princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida. De resto, a luta pela Constituição e pelo Estado de Direito era também, desde os primórdios das revoluções liberais, uma luta pela segurança jurídica, no sentido de um projecto de organização racional do Estado e da sua actuação que mantivesse a esfera dos particulares, nomeadamente no domínio da sua actividade económica, ao abrigo das arbitrariedades típicas de um exercício ilimitado dos poderes de autoridade que caracterizava o Estado absoluto.

Enquanto elemento essencial a um Estado de Direito, e, como tal, pacificamente dedutível do artigo 2.º da Constituição, este princípio da segurança jurídica projecta exigências diferenciadas dirigidas ao Estado, que vão desde as mais genéricas de previsibilidade e calculabilidade da actuação estatal, de clareza e densidade normativa das regras jurídicas e de publicidade e transparência dos actos dos poderes públicos, designadamente os susceptíveis de afectarem negativamente os particulares, até às mais específicas de observância dos seus direitos, expectativas e interesses legítimos e dignos de protecção.

Com efeito, a protecção da confiança dos cidadãos relativamente à acção dos órgãos do Estado é um elemento essencial, não apenas da segurança da ordem jurídica, mas também da própria estruturação do relacionamento entre Estado e cidadãos em Estado de Direito. Sem a possibilidade, juridicamente garantida, de poder calcular e prever os possíveis desenvolvimentos da actuação dos poderes públicos susceptíveis de repercutirem na sua esfera jurídica, o indivíduo converter-se-ia, em

última análise com violação do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em mero objecto do acontecer estatal.

Essa protecção da confiança dos particulares relativamente à continuidade na ordem jurídica é, se quisermos, o lado subjectivo da garantia mais geral de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito.

Enquanto garantia objectiva, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da actuação estatal, seja em termos de exigências particularmente dirigidas ao legislador, seja relativamente à Administração (caso decidido) ou ao judicial (estabilidade do caso julgado). Porém, é sobretudo relativamente ao legislador — até porque relativamente ao caso julgado ou ao caso decidido constitutivo de direitos é possível converter em regras jurídicas suficientemente precisas a garantia institucional da segurança — que o princípio desenvolve efeitos potencialmente mais controversos e difíceis de determinar, na medida em que, em geral, as exigências de segurança jurídica especificamente dirigidas ao legislador se confrontam com princípios de sentido contrário derivados da natural revisibilidade das leis e da ampla margem de conformação que é simultaneamente reconhecida ao legislador em Estado de Direito democrático.

Assim, relativamente ao legislador, a garantia objectiva de segurança jurídica requer, entre outros institutos:

- a) tanto quanto possível, a transparência e publicidade do processo de elaboração das leis [o que encontra refracção constitucional expressa na reserva de lei parlamentar e no instituto de apreciação parlamentar dos decretos-leis aprovados pelo Governo — cfr. artigos 161.<sup>º</sup>, 162.<sup>º</sup>, alínea c), 164.<sup>º</sup>, 165.<sup>º</sup> e 169.<sup>º</sup>] e, em qualquer caso, exige a necessária publicação antes da entrada em vigor (sob pena de ineficácia jurídica ou, associada a outros institutos como a promulgação ou a referenda, a própria inexistência jurídica — cfr. artigos 119.<sup>º</sup>, 137.<sup>º</sup> e 140.<sup>º</sup>);
- b) clareza das normas jurídicas e sua suficiente determinabilidade, sobretudo quando essas normas desenvolvem efeitos restritivos sobre os direitos dos particulares (cfr., *supra*, sobre o princípio da determinabilidade), sem prejuízo, porém, da possibilidade ou, até, necessidade de o legislador recorrer normalmente a cláusulas gerais e conceitos indeterminados;

c) autolimitação e autovinculação do Estado relativamente às normas vigentes, o que neste domínio significa que podendo o legislador, observadas as normas e competências constitucionais, alterar as normas em vigor, ele próprio está submetido e obrigado à respectiva observância enquanto elas vigorarem. Esta exigência reflecte-se constitucionalmente, de modo mais preciso e de consequências pré-determinadas, quando a Constituição, no artigo 112.<sup>º</sup>, n.º 3, consagra como leis de valor reforçado as que «por outras devam ser observadas». Significa isso que se, por força da Constituição, uma lei dispuser acerca do processo de elaboração e formação de outras leis — e, com esse sentido de lei-quadro alcançar o referido estatuto de lei de valor reforçado —, a aprovação daquelas últimas leis estará viciada de ilegalidade ou inconstitucionalidade indirecta se o processo de elaboração legalmente fixado na lei-quadro não for devidamente observado pelo legislador.

É, porém, no seu lado subjectivo — o da protecção da confiança dos particulares na continuidade do quadro legislativo vigente —, que a invocação deste princípio gera maiores dificuldades, pois, como dissemos, confrontam-se, aqui, exigências de sentido contrário dignas de protecção e com peso igualmente relevante em Estado de Direito.

Por um lado, os particulares têm, não apenas o direito a saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como, também, o direito a não ver frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que, obviamente, essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso de desenvolvimento legislativo normal.

Em contraponto, há que ter em conta que o legislador de Estado de Direito democrático está igualmente vinculado à prossecução do interesse público e que, afi, tem de dispor de uma ampla margem de conformação da ordem jurídica ordinária, incluindo, naturalmente, uma possibilidade de alteração das leis em vigor, pois, de outro modo, e pressupondo que os fins do legislador são constitucionalmente legítimos, seria decisiva-

mente posto em causa o próprio mandato democrático que os eleitores conferiram aos governantes.

Assim, perante a igual dignidade constitucional dos valores em confronto, o alcance prático do princípio da protecção da confiança não é delimitável independentemente de uma avaliação *ad hoc* que tenha em conta as circunstâncias do caso concreto e permita concluir, com base no peso variável dos interesses em disputa, qual dos princípios deve merecer a prevalência. Nesta avaliação devem ser devidamente tidos em conta dados como o merecimento e dignidade objectiva de protecção da confiança que o particular depositava no sentido de inalterabilidade de um quadro legislativo que o favorecia, o peso relativo do interesse público que conduziu à alteração legislativa, a relevância dos interesses dos particulares e a intensidade da sua afectação e, não menos importante, a própria margem de livre conformação que deve ser deixada ao legislador democrático em Estado de Direito.

Há, no entanto, alguns pontos de apoio que podem, ainda que só muito limitadamente, reduzir a incerteza de resultados exclusivamente firmados nestas ponderações de caso concreto.

Assim, e do lado da margem de conformação que deve ser reconhecida ao legislador democrático, há que distinguir três hipóteses relacionadas com a aplicação da lei no tempo: as leis retroactivas, as leis retrospectivas e as leis aplicáveis só a situações jurídicas que se venham a constituir no futuro.

Quanto a estas últimas, a liberdade de conformação do legislador é quase total. Só em casos extremos de relevância determinante das expectativas dos particulares é que uma lei destinada a valer *ex nunc* poderia ser invalidada com base em violação do princípio da protecção da confiança. Os particulares podem depositar esperanças no que devam ser as decisões futuras do legislador, podem até ter expectativas de natureza política que o legislador, até eventualmente com base no respectivo programa eleitoral, se oriente num determinado sentido, mas raramente essas expectativas, quando se trata de legislação que apenas conforma relações a desenvolver no futuro, podem adquirir relevância jurídica e, muito menos, a ponto de determinarem a invalidação da lei que as venha a frustrar. À partida, uma lei com esta natureza é, do ponto de vista do princípio da segurança jurídica e da protecção da confiança, inatacável.

#### *1.4. Princípio da protecção da confiança*

Ao invés, uma lei retroactiva restritiva de direitos é, em princípio, constitucionalmente ilegítima, de tal forma ela afecta desvantajosamente posições dos particulares já estabilizadas ou resolvidas no passado e de uma forma com que estes não podiam razoavelmente contar. De resto, não sendo a retroactividade em si mesma inconstitucional — em princípio não se levantarão problemas a uma retroactividade ampliativa —, a Constituição determina desde logo a proibição de leis retroactivas naqueles domínios em que ela será mais contundentemente ofensiva das expectativas dos particulares. São os casos de proibição de leis retroactivas restritivas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3), de proibição de retroactividade de lei penal desfavorável ao arguido (artigo 29.º) e de proibição de impostos retroactivos (artigo 103.º, n.º 3).

Mesmo para além dessas situações especificamente protegidas contra a retroactividade, só a existência de um interesse público de realização premente e compulsiva poderia excepcionalmente justificar que situações ou posições dos particulares já juridicamente estabilizadas e consumadas viessem a ser afectadas retroactivamente, ou seja, através de uma lei que ficeciona a sua própria existência em momento anterior ao da sua real aprovação e entrada em vigor.

Há, no entanto, que atender aos possíveis diferentes graus de retroactividade, pois dessa graduação pode depender a eventual admissibilidade de leis que não valem exclusivamente para o futuro.

Com efeito, a doutrina identifica vários graus de retroactividade que vão desde a potencial afectação de todos os efeitos do passado, incluindo os de caso julgado, até uma retroactividade *aparente* que respeita os efeitos já produzidos. Pela gravidade diferenciada com que podem afectar a segurança jurídica e, do ponto de vista subjectivo, as expectativas e a confiança dos cidadãos, esses diferentes graus de retroactividade são susceptíveis, em princípio, de projectar refracções igualmente diferenciadas, mesmo no que se refere aos domínios à partida vedados à retroactividade.

Autores e jurisprudência distinguem basicamente entre *retroactividade*, quando a lei nova pretende afectar situações já esgotadas ou estabilizadas no passado e reclama, portanto, um início de vigência temporalmente anterior à sua própria existência como lei, e *retrospectividade* ou *retroactividade inautêntica*, quando a lei nova só reclama uma vigência *ex nunc*, ainda que com a virtualidade de afectar direitos, situações

ou posições que, embora constituídos no passado por força ou com a cobertura de lei anterior, prolongam os seus efeitos no presente.

Como dissemos, no que respeita à primeira, ou seja, lei restritiva com *retroactividade autêntica*, ela não suscita, verdadeiramente, um problema constitucional autónomo, já que, pela gravidade das suas consequências e pela sua natureza estrutural, uma tal lei é, nos casos referidos, expressamente considerada *inconstitucional* (também porque, na medida em que uma retroactividade com tais características se aplique exclusivamente a situações passadas e, enquanto tal, determinadas ou determináveis, é configurável como lei não geral e/ou não abstracta, pelo que, se for restritiva de direitos, liberdades e garantias, incorre, igualmente, na violação da proibição constante da 1.ª parte do n.º 3 do artigo 18.º da Constituição).

Mesmo nas outras situações, e desde que afecte desvantajosamente posições dos particulares, uma lei retroactiva será, à partida, *inconstitucional* por violação do princípio da protecção da confiança dos cidadãos. Todavia, af, pese embora a *presunção* de *inconstitucionalidade*, tudo dependerá, em última análise, da ponderação entre os interesses de segurança jurídica, de previsibilidade e de protecção da confiança dos cidadãos, de um lado, e os interesses prementes que pretendem justificar a excepção, do outro.

Problemas *difícis* relativos à protecção da confiança relativamente ao legislador restritivo surgem, sobretudo, nas situações da chamada *retrospectividade*, uma vez que, aqui, a permanência das situações vindas do passado, e a que a nova lei se pretende aplicar, ou a sua não consolidação plena geram uma diminuição do peso dos interesses relativos à segurança jurídica e à protecção da confiança dos cidadãos. Nessas circunstâncias, a resistência à retroactividade apresenta uma menor intensidade normativa: o júzgo de *inconstitucionalidade* dependerá essencialmente de uma ponderação de bens ou interesses em confronto.

Uma eventual pretensão de alargar a recusa de retroactividade à retrospectividade para efeitos de protecção da confiança dos particulares, mesmo quando a lei retrospectiva também afecta direitos ou expectativas dos particulares, seria insustentável, de tal forma essa equiparação aniquilaria a margem de actuação constitutiva do legislador ordinário e atribuiria a praticamente todos os grandes domínios da ordem jurídica ordinária uma *rigidez* injustificada. É que, do Código Civil ao

Código Comercial, do Código Laboral ao direito de família, não há praticamente quaisquer hipóteses de alteração legislativa sem que, com isso, de alguma forma se afectem situações ou posições constituídas no passado e que permanecem à entrada em vigor da nova lei. Vedar a possibilidade de o legislador alterar a legislação em vigor ou obrigá-lo a considerar, excluir ou tratar diferenciadamente todas as situações provindas do passado seria fragmentar de uma forma praticamente inadmissível a ordem jurídica ordinária, incluindo à luz do princípio da igualdade, e degradar *inconstitucionalmente* a própria posição do legislador democrático.

Em última análise, em todas as situações *difícies* que aqui venham a ser consideradas não é possível chegar a resultados constitucionalmente adequados sem ter em conta uma ponderação entre o peso do interesse público prosseguido pelo legislador e a força de *resistência* das expectativas dos particulares.

Por sua vez, do lado dos particulares, a possibilidade constitucional de invocação bem sucedida do princípio pressupõe sempre a reunião cumulativa dos seguintes pressupostos: existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo essas expectativas ter sido estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, e, em segundo lugar, uma alteração inesperada do comportamento do Estado que abala a confiança que os particulares detinham nele e põe em causa a solidez dessas expectativas.

Percebe-se, assim, que o peso das posições dos particulares a relevar na referida ponderação de valores pode ser determinado por inúmeros factores. Desde logo, as expectativas têm de ser legítimas; não teriam qualquer peso posições dos particulares sustentadas em ilegalidades ou em omissões indevidas do Estado, bem como as correspondentes pretensões a que o Estado não emitisse lei destinada a corrígir tais situações.

Por outro lado, terão peso diferente as expectativas quanto à manutenção de posições relacionadas com comportamentos dos particulares investigados pelo Estado ou por ele tolerados relativamente a comportamentos que o Estado pura e simplesmente ignorava. Serão diversamente avaliadas as expectativas dos particulares na continuidade de um dado quadro jurídico que os havia levado a fazer alterações significativas dos seus planos de vida de alguma forma estimuladas por anteriores impul-

sos provindos do Estado ou meras expectativas de particulares que, não tendo alterado os seus projectos de vida ou realizado quaisquer investimentos baseados numa determinada previsão, apenas esperam que a inércia do Estado ou a manutenção de um *status quo* venha a beneficiar no futuro. Terão diferente consistência expectativas solidificadas ao longo dos anos e estabilizadas por força de uma aceitação reiterada no tempo ou meras esperanças de que benefícios recentes ou conjunturais não venham a ser retirados.

Por sua vez, apurada que seja, com base em ponderação de caso concreto, a prevalência dos interesses relacionados com a protecção da confiança dos particulares, o princípio projecta-se, relativamente ao Estado, em exigências diferenciadas que vão desde uma pretensão de garantia absoluta de estabilidade das normas jurídicas e de consequente continuidade da correspondente actuação do Estado, até exigências mais atenuadas no sentido da protecção das situações particulares através da emissão de disposições transitórias que salvaguardem as esferas dos particulares de bruscas alterações do quadro jurídico vigente ou pretensões de simples compensação, eventualmente traduzida em indemnização, em caso de inevitabilidade, indispensabilidade ou conveniência de mudança do curso legislativo.

Neste sentido, quando os juízes, mormente o Tribunal Constitucional, apreciam a eventual constitucionalidade de lei violadora do princípio da protecção da confiança, a ponderação de valores a que procedem não deve ser independente da consideração das potenciais alternativas de que dispunha o legislador para prosseguir o interesse público. Ou seja, se o fim do legislador podia ser alcançado por via menos agressiva da confiança e dos interesses dos particulares — por exemplo, através da previsão de disposições transitórias ou indemnizatórias —, então tudo aquilo que, em agressividade, vai para além desse mínimo apto a alcançar os fins legislativos deve ser considerado constitucional por constituir uma afectação gratuita, desnecessária ou arbitrária da confiança que os particulares depositavam na ordem jurídica vigente.

Há, aí, uma óbvia associação ao princípio da proibição do excesso — igualmente presente no controlo de constitucionalidade baseado nos outros princípios já analisados e que, de resto, nada tem de surpreendente pois não se pode esquecer que se trata de subprincípios do mesmo princípio geral, o princípio de Estado de Direito —, mas a autonomia do prin-

#### *1.4. Princípio da protecção da confiança*

cípio da protecção da confiança é bem patente no jústo de ponderação que precede a eventual comparação e avaliação de alternativas disponíveis ao legislador, bem como no facto de as exigências de proibição do excesso serem aqui aplicáveis por simples facto da existência de expectativas dos particulares dignas de protecção, independentemente de se referirem ou não a direitos, liberdades ou garantias.

De uma forma geral, pode dizer-se que o controlo da observância do princípio da protecção da confiança combina as duas dimensões.

Em primeiro lugar, o interesse público prosseguido pelo legislador tem de superar o peso das expectativas dos particulares na continuidade de um dado quadro legislativo e, na correspondente ponderação a que há que proceder, têm de ser tidas em conta, de um lado, a legitimidade, solidez e relevância dessas expectativas e, com um sentido oposto, a importância ou premência de realização do interesse público prosseguido pelo legislador. Em caso de dúvida tenderá a prevalecer a opinião do legislador, dado que, como dissemos, a avaliação judicial do peso do interesse público não pode ignorar a ampla margem de conformação que deve ser reconhecida ao legislador em Estado de Direito democrático. Em contrapartida, essa margem de conformação será substancialmente reduzida se em causa estiverem, do lado dos particulares, expectativas relacionadas com a salvaguarda de direitos fundamentais, caso em que o próprio legislador está constitucionalmente vinculado à respectiva observância.

Em segundo lugar, e assente que seja, em termos globais, a prevalência da realização do interesse público sobre as expectativas dos particulares, ainda assim será necessário verificar se a afectação correspondente observou as diferentes exigências do princípio da proibição do excesso, desde a aptidão à indispensabilidade, proporcionalidade e razoabilidade. É precisamente aí que, por exemplo, a necessidade de disposições transitórias que salvaguardem as posições vindas do passado (sempre que tal não se traduza na multiplicação incomportável de diferenças eventualmente violadoras do princípio da igualdade) ou compensações indemnizatórias atenuadoras do sacrifício imposto se podem revelar como impreterivelmente exigidas. A não observância da indispensabilidade na afectação das expectativas dos particulares determinará constitucionalidade por força da aplicação combinada dos princípios da proibição do excesso e da protecção da confiança.

#### 1.4.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da protecção da confiança

O Tribunal Constitucional apresenta muitas vezes a sua posição sobre o princípio da protecção da confiança, nomeadamente nas chamadas situações de retrospectividade, em termos sintetizados segundo os quais a alteração legislativa que afecte expectativas dos particulares é inconstitucional quando se revela arbitrária, inesperada ou desproporcionada (Acórdão n.º 449/02, 54.º vol., pág. 665) ou quando se trata de afectação inadmissível, arbitrária ou excessivamente onerosa, com que não se poderia moral e razoavelmente contar (Acórdão n.º 354/00, 47.º vol., págs. 545 e segs.).

Tal sugere, numa primeira vista, uma identificação quase total entre o sentido deste princípio e os princípios da proibição do arbitrio e da proibição do excesso. Porém, uma apreciação mais cuidada permitirá concluir que também para o Tribunal Constitucional, e sem prejuízo das afinidades que acima referimos com estes outros princípios, o teste da protecção da confiança é um verdadeiro teste de ponderação de bens em que de um dos lados da balança se coloca o peso específico que apresentam as expectativas dos particulares e, do outro lado, a importância do interesse público prosseguido a que acresce o peso reconhecido ao princípio da liberdade constitutiva do legislador.

Como se comprova de incontáveis decisões, é em função da ponderação global desses valores, e não apenas da verificação de arbitrariedade ou desproporcionalidade, que, nos casos concretos que lhe são submetidos, o Tribunal Constitucional chega a resultados diferenciados. Vejam-se, a título de exemplo, os Acórdãos n.º 287/90, 17.º vol., págs. 159 e segs.; n.º 303/90, 17.º vol., págs. 65 e segs.; n.º 232/91, 19.º vol., e segs.; n.º 365/91, 19.º vol., págs. 143 e segs.; n.º 473/92, págs. 341 e segs.; n.º 517/99, 23.º vol., págs. 221 e segs., transcrito integralmente a seguir; n.º 517/99, 44.º vol., págs. 89 e segs.

O próprio Tribunal Constitucional reconhece, noutras ocasiões, o carácter decisivo que a ponderação de bens desempenha neste controlo. Citamos, nesse sentido, a síntese exemplar constante de uma decisão recente, o Acórdão n.º 556/03, relatado por GIL GALVÃO [referências recentes, os Acórdãos citados incluídas e adaptadas, por nós, no texto]:

«Segundo a jurisprudência abundante do Tribunal Constitucional, no princípio do Estado de direito democrático contido no artigo 2.º da CR, está

#### 1.4. Princípio da protecção da confiança

“entre o mais, postulada uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas. Por isso, a normação que, por sua natureza, obvie de forma intollerável, arbitrária ou demasiado opressiva aqueles mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado de direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica” (Cfr. Acórdãos n.º 11/83, 1.º vol., págs. 11 e segs., n.º 10/84 e n.º 17/84, 2.º vol., págs. 289 e segs. e págs. 375 e segs., n.º 86/84 e n.º 93/84, 4.º vol., págs. 81 e segs. e págs. 153 e segs., e n.º 303/90, 17.º vol., págs. 65 e segs., entre outros).

Ainda segundo o Tribunal Constitucional, há dois critérios, que se completam, para determinar se ocorre uma afectação inadmissível, arbitrária ou demasiadamente onerosa de expectativas jurídicas:

- a) afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação na ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dele constantes não possam contar, e ainda,
- b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes (deve recorrer-se aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da CR, desde a 1.ª revisão)» (Cfr. Acórdão n.º 287/90, 17.º vol., págs. 159 e segs.).

Mas “aqueles dois critérios, atinentes à existência de uma afectação de expectativas constitucionalmente inadmissível, por ser arbitrária ou demasiadamente onerosa, assentam justamente num pressuposto: o pressuposto da consistência das expectativas sobre que incide a controvertida alteração legislativa. Sem expectativas consistentes desqualifica-se o problema da protecção da confiança. Então impõe-se a liberdade do legislador e a auto-revisibilidade que lhe vai ligada.” (Cfr. Acórdão n.º 24/98, 39.º vol., págs. 7 e segs.).

É que, “(...) não há um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. (...). As medidas legislativas de política económica conjuntural poderão ser alteradas, em frustração de expectativas, se a conjuntura económica mudar em con-

sequência da mudança de governo constitucionalmente previsível. Nada dispensa a ponderação na hipótese do interesse público na alteração da lei em confronto com as expectativas sacrificadas" (Acórdão n.º 410/95, 31.º vol., págs. 647 e segs.).

Vemos, assim, que não basta a frustração de expectativas jurídicas para que, automaticamente, se considere violado o referido princípio da confiança jurídica. É necessário, por um lado, que essas expectativas sejam consistentes de modo a justificar a protecção da confiança e, por outro, que na ponderação dos interesses público e particular em confronto, aquele tenha de ceder perante o interesse individual sacrificado, o que acontecerá sempre que as alterações não forem motivadas por interesse público suficientemente relevante face à Constituição (cfr. artigo 18.º, n.os 2 e 3), caso em que deve considerar-se arbitrário o sacrifício excessivo da frustração de expectativas.»

Pode dizer-se que foi no ano de 1990, a partir do citado Acórdão n.º 287/90, relatado por SOUSA BRITO, que, com inspiração na jurisprudência constitucional alemã, o Tribunal Constitucional assumiu, na realidade, o recurso à ponderação de bens como metodologia essencial na determinação das consequências práticas do princípio da protecção da confiança, ainda que esse reconhecimento saia de algum modo obscurecido através da identificação af feita entre ponderação e princípio da proporcionalidade.

Se até aí se identificava essencialmente a violação do princípio da protecção da confiança com os princípios da proibição do arbítrio e da proibição do excesso (havia inconstitucionalidade quando as expectativas de certeza e segurança que as pessoas depositavam no Direito eram afectadas de forma intolerável, arbitrária ou excessivamente opressiva), no Acórdão n.º 287/90 procura-se a densificação desses conceitos num contexto de ponderação de bens. Diz-se, em síntese, que:

«[p]ara julgar da existência de excesso na ‘onerosidade’, isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, tb necessariamente sacrificado pela mudança.»

Este novo curso jurisprudencial de combinação da ponderação de bens com a aplicação do princípio da proibição do excesso foi, nesse

mesmo ano, confirmado por outros dois restos, os Acórdãos n.os 303/90 e 307/90, 17.º vol., págs. 65 e segs. e págs. 221 e segs., ambos relatados por BRAVO SERRA, onde, designadamente no último, se fixa mais precisamente o sentido dessa combinação:

«necessário se torna, de um lado, que as expectativas por banda de quem, pela nova normação, veja desvalorizada a sua posição, sejam dignas de uma justificada tutela e, de outro, como questão a balancear nesta dicotomia, que o interesse visado de conformação de interesses sociais e de bem comum a prosseguir pelo legislador, se não apresente como detendo, no concreto, peso suficiente para derrogar aquelas expectativas ou, ainda que se apresentando com tal detenção, a derrogação se não mostre intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva». Ou seja, «para se demonstrar a afectação do princípio da confiança não basta provar que a nova norma afectou (só afectou) um dado direito ou expectativa; necessário é que a concorrência das demais circunstâncias atrás indicadas (a dignidade das expectativas criadas, o não peso suficiente dos interesses sociais e de bem comum desejados prosseguir pela nova lei de sorte a não derrogar aquelas expectativas, e a não intolerabilidade, arbitrariedade ou opressividade da afectação).»

Ficam, assim, delineados os contornos do controlo da observância do princípio da protecção da confiança que virão a ser genericamente perfilhados por parte do Tribunal Constitucional, mesmo quando a fundamentação adoptada não se lhes refere expressamente nesses precisos termos: assenta, em primeiro lugar, numa ponderação de bens (de um lado a solidez, relevância e legitimidade das expectativas dos particulares e, do outro, a importância e premência do interesse público prosseguido pelo legislador, a que acresce a margem de conformação que lhe deve ser reconhecida) e, em segundo lugar, mesmo quando as alterações legislativas superam o teste da ponderação, será necessário verificar se, ainda assim, a afectação não é desrazoável ou excessiva.

Oplâmos, a seguir, pela transcrição do Acórdão n.º 473/92 (*caso Fernando Gomes*), não por ser o de influência mais marcante na jurisprudência do Tribunal Constitucional a propósito do princípio da protecção da confiança, mas pela multiplicidade de questões que suscita no domínio dos princípios constitucionais estruturantes e que abrangem, para além deste princípio, também o problema da lei restritiva eventualmente

individual e concreta. De resto, a complexidade destas questões havia gerado, sobre o mesmo caso, uma anterior decisão do Tribunal Constitucional, dessa vez de não provimento — o Acórdão n.º 256/90 (16.º vol., págs. 7 e segs.), para que igualmente remetemos.

#### 1.4.2. Acórdão n.º 473/92, sobre incompatibilidade dos mandatos de deputado ao Parlamento Europeu e de presidente e vereador das câmaras municipais

##### ACÓRDÃO N.º 473/92

Processo n.º 298/90.

Plenário.

Relator: Conselheiro Tavares da Costa.

Acordam, em Plenário, no Tribunal Constitucional:

I

1. O Provedor de Justiça requereu, ao abrigo do disposto nos artigos 281.º, n.º 2, alínea d), da Constituição da República (CR), e 51.º, n.º 1, da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional — LOTC), a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 1.º da Lei n.º 56/90, de 5 de Setembro, na parte em que dá nova redacção ao n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 9/90, de 1 de Março.

Fundamentou-se, para o efeito, em linha argumentativa que se passa a expor, sinteticamente:

- a) ao disciplinar, de modo global, o sistema de inelegibilidades eleitorais e de incompatibilidades dos deputados ao Parlamento Europeu, a Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, revogou tacitamente (artigo 7.º, n.º 2, do Código Civil) o artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 144/85, de 31 de Dezembro, na parte em que remetia o regime do estatuto dos deputados àquele Parlamento, supletivamente, para o artigo 19.º da Lei n.º 3/85, de 13 de Março;
- b) na moldura da Lei n.º 14/87 (cfr. os artigos 5.º e 6.º), o exercício do mandato de deputado ao Parlamento Europeu não era incompatível com o exercício do cargo de presidente ou de vereador a tempo inteiro de câmara municipal;

#### 1.4. Princípio da protecção da confiança

- c) para os deputados à Assembleia da República semelhante incompatibilidade surgiu, qua tale, com a redacção dada ao artigo 19.º da Lei n.º 3/85 pela Lei n.º 98/89, de 29 de Dezembro (artigo 3.º);
- d) só que tal incompatibilidade, por ausência de norma remissiva, não se tornou extensível aos deputados ao Parlamento Europeu;
- e) por sua vez, a natureza dos mandatos de deputado à Assembleia da República e ao Parlamento Europeu não é justaponível, até porque, após a adopção do sistema de eleição directa, deixaram os últimos de ser como que uma emanação do parlamento;
- f) ao alterar a redacção do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 9/90, a Lei n.º 56/90 é inovadora, e, ao considerar aplicável de pleno aos deputados ao Parlamento Europeu as incompatibilidades previstas para os deputados à Assembleia da República — artigo 19.º, n.º 1, da Lei n.º 3/85, na redacção da Lei n.º 98/89 — «transgride o n.º 3 do artigo 18.º da Constituição, na medida em que, tendo efeito retroactivo, restringiu um direito fundamental, que é o direito de sufrágio (artigo 49.º da Constituição)»;
- g) criou, deste modo, incompatibilidades para os deputados ao Parlamento Europeu não previstas no sistema da Lei n.º 14/87, como, designadamente, a resultante de estes serem presidentes ou vereadores a tempo inteiro de câmaras municipais [alínea h)];
- h) face ao condicionalismo subjacente à edição do diploma, poder-se-ia mesmo visionar na norma em causa ausência do carácter geral e abstracto pressuposto no n.º 3 do artigo 18.º da Lei Fundamental, uma vez que «indo às raízes sácticas das suas resultantes por assim dizer objectivas, dela resulta o seu ajustamento apenas a uma pessoa, ou seja, ao actual presidente da Câmara Municipal do Porto»;
- i) no entanto, não é apurável que tenha havido intencionalidade subjetiva, até porque da sua textualização advirá uma possível aplicabilidade a outras pessoas — embora de momento não determináveis;
- j) a boa fé intrínseca do legislador não estará, pois, em jogo — mas apenas as consequências da decisão legiferante;
- k) só que essas consequências, no entender do requerente, serão bastantes para fulminar de inconstitucionalidade a referenciada inovação legislativa.

2. Notificando, nos termos e para os efeitos dos artigos 54.º e 55.º, n.º 3, da LOTC, o Presidente da Assembleia da República ofereceu o merecimento dos autos e juntou exemplares do Diário da Assembleia da República relativos à discussão e aprovação da norma em causa, concretamente, os n.os 71, 75 e 89 da I Série, respectivamente de 5 e 16 de Maio e de 22 de Junho de 1990, e os

n.os 35, 38, 51 e 54 da II Série-A, de 26 de Abril, 5 de Maio e 21 e 30 de Junho do mesmo ano.

3. Consiste o objecto do pedido, após aclaração prestada pela entidade requerente, em obter a declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 1.º da Lei n.º 56/90, de 5 de Setembro, na parte em que dá nova redacção ao n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 9/90, de 1 de Março, em toda a sua extensão — «o pedido formulado abrange toda a norma do aludido n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 9/90», diz-nos o Provedor de Justiça.

## II

Impõe-se, desde já, aludir não só à norma questionada como às demais com ela articuladas, quanto mais não seja por conveniência expositiva e de sistematização, considerando o carácter disperso e fragmentário da legislação envolvida.

1. Dispõe a norma cuja desconformidade constitucional se pretende ver declarada:

### «Artigo 7.º

#### *Incompatibilidades dos deputados*

1 — O regime de incompatibilidades aplicável aos deputados à Assembleia da República é regulado por lei especial.

2 — Os deputados ao Parlamento Europeu estão submetidos ao mesmo regime de incompatibilidades dos deputados à Assembleia da República.»

Sendo este n.º 2 o normativo posto em crise, não pode o intérprete alhear-se da sua génesis e da respectiva inserção sistemática, o que se passará a abordar.

2.1. A Lei n.º 144/85, que aprovou o Estatuto dos Deputados ao Parlamento Europeu, integra o regime transitório estabelecido, de harmonia com o artigo 28.º do Tratado de Adesão de Portugal e Espanha às Comunidades Económicas Europeias, para o espaço de tempo decorrente entre o momento de adesão até à realização de eleição por sufrágio universal directo.

Preceitua-se no n.º 1 do artigo 1.º deste diploma:

«1 — O Estatuto dos Deputados ao Parlamento Europeu designados por Portugal é regulado pelas disposições comunitárias vigentes e, na medida em

#### *1.4. Princípio da protecção da confiança*

que não contrarie aquelas e em que seja compatível com a natureza do Parlamento Europeu, pela Lei n.º 3/85, de 13 de Março, com as necessárias adaptações, designadamente pelas disposições dos artigos 12.º, 13.º, n.os 3 e 4 e 5, 14.º, 15.º, n.os 1, 2, 3 e 7, 16.º, 17.º, 18.º e 19.º»

Verifica-se que o legislador, movido pela premência das circunstâncias, como teremos oportunidade de observar mais compassadamente, optou por uma equiparação tendencial do estatuto dos deputados portugueses ao Parlamento Europeu e dos deputados à Assembleia da República, acolhendo, designadamente, ao referir expressamente o artigo 19.º da Lei n.º 3/85, o sistema de incompatibilidades fixado para estes últimos.

2.2. Originariamente, dispunha esta norma:

«1 — Além das incompatibilidades previstas na legislação eleitoral, os Deputados que sejam funcionários do Estado ou de outras pessoas colectivas públicas não podem exercer as respectivas funções durante o período de funcionamento efectivo da Assembleia,

2 — Não se considera exercício efectivo da função pública, para efeito do disposto no n.º 1, o exercício gratuito de funções docentes no ensino superior, de actividades de investigação científica e outras similares como tais reconhecidas caso a caso pela Assembleia.»

Veremos, oportunamente, ter este artigo 19.º sofrido modificação textual significativa com as alterações introduzidas na Lei n.º 3/85 pela Lei n.º 98/89, de 29 de Dezembro.

Retenha-se, por enquanto, que veio a ser a Lei n.º 14/87, de 29 de Abril, o instrumento regulador do processo eleitoral para o sufrágio directo e universal destinado a escolher os deputados nacionais ao Parlamento Europeu, à luz do qual já se realizariam as eleições ocorridas em 19 de Julho desse ano.

Ora, os seus artigos 5.º e 6.º, sob a epígrafe inelegibilidades e incompatibilidades, respectivamente, passaram a dispor:

### «Artigo 5.º

1 — São inelegíveis para o Parlamento Europeu:

- a) Os cidadãos abrangidos por qualquer inelegibilidade prevista em normas comunitárias aplicáveis;
- b) Os cidadãos abrangidos por qualquer das inelegibilidades gerais previstas na legislação aplicável à eleição de deputados à Assembleia da República;

- c) Os membros do Governo, de órgão de governo próprio de região autónoma, do Governo ou da Assembleia Legislativa de Macau e os governadores civis em funções à data da apresentação das candidaturas, bem como os juízes do Tribunal Constitucional não abrangidos pelo disposto na alínea anterior.

2 — A inelegibilidade referida na alínea c) do número anterior não tem lugar quando as entidades nela referidas façam prova da suspensão das respectivas funções à data da apresentação das candidaturas, mantendo-se a suspensão até ao dia das eleições.»

**«Artigo 6.º**

O exercício do mandato de deputado ao Parlamento Europeu é incompatível:

- a) Com as qualidades referidas no n.º 1 do artigo 6.º do Acto Comunitário de 20 de Setembro de 1976;
- b) Com o desempenho efectivo dos cargos a que se referem as inelegibilidades previstas no artigo anterior.»

Neste registo da sucessão de diplomas legais sobre a matéria em causa, observe-se ainda, a propósito da Lei n.º 14/87 e sem de que do facto se queira, ao menos de momento, extrair quaisquer ilações, dispor o artigo 1.º deste texto rege-se a eleição dos deputados de Portugal «pelas normas comunitárias aplicáveis e, na parte nelas não previstas ou em que as mesmas normas remetam para as legislações nacionais, pelas normas internas que regem a eleição de deputados à Assembleia da República, na parte aplicável e não especialmente prevista na presente lei, com as adaptações que se mostrem necessárias».

2.3. Em 1989, e através do artigo 3.º da já mencionada Lei n.º 98/89, o artigo 19.º da Lei n.º 3/85, sobre incompatibilidades, sofreu alterações que se transcrevem, na parte pertinente:

«1. Não podem exercer as respectivas funções enquanto exercerem o mandato de deputado à Assembleia da República:

- .....  
d) Os deputados ao Parlamento Europeu;  
.....  
h) Os presidentes e vereadores a tempo inteiro das câmaras municipais;

**1.4. Princípio da protecção da confiança**

2.4. Posteriormente, a Lei n.º 9/90, de 1 de Março, ao dispor sobre incompatibilidades de cargos políticos e de altos cargos públicos, veio considerar titulares desses cargos, para os específicos efeitos do diploma, os de «presidente e vereador a tempo inteiro das câmaras municipais» [cfr. o artigo 1.º, n.º 1, alínea h)].

A titularidade de tais cargos implica, na sua pendência, incompatibilidades várias, nos termos do artigo 2.º, «para além das previstas na Constituição», figurando, entre elas, «o exercício remunerado de quaisquer outras actividades profissionais ou de função pública que não derive do seu cargo e o exercício de actividades de representação profissional» [cfr. a alínea a) desse artigo 2.º].

No entanto, a norma transitória do artigo 10.º, no seu n.º 2, acrescentava expressamente:

«Os titulares dos cargos indicados nas alíneas f) e h) do n.º 1 do artigo 1.º da presente lei não estão abrangidos pelas incompatibilidades referidas na alínea a) do artigo 2.º até ao fim do seu mandato.»

2.5. É neste contexto que surge a norma em causa — a do artigo 1.º da Lei n.º 56/90 — na medida em que altera o artigo 7.º da Lei n.º 9/90, sobre competência e processo, o qual passa a ter a redacção já transcrita *supra* (ponto II-1).

Por sua vez, o artigo 2.º desta Lei n.º 56/90 revogou expressamente aquele artigo 10.º da Lei n.º 9/90, não subsistindo correspondência, no domínio de direito transitório, com um preceito como o do n.º 2 desse artigo 10.º

**III**

1. No seu Acórdão n.º 256/90, de 26 de Julho de 1990 — publicado no *Diário da República*, II Série, n.º 184, de 10 de Agosto seguinte —, o Tribunal Constitucional já se pronunciou, em sede de fiscalização preventiva de constitucionalidade, sobre a questão em apreço, tendo então decidido, por maioria, no sentido da conformidade constitucional da norma, então o artigo 1.º do Decreto da Assembleia da República n.º 248/V, texto que, uma vez promulgado, se converteria na Lei n.º 56/90.

Tal facto não preclude a possibilidade de o Tribunal, em fiscalização abstracta sucessiva, voltar a debater-se sobre o mesmo problema, agora em relação ao preceito correspondente àquele artigo 1.º, o artigo 1.º da Lei n.º 56/90, como, de resto, tem sido orientação jurisprudencial (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 66/84, 85/85 e 15/88, publicados, respectivamente, in *Diário da República*, II Série, n.º 184, de 9/8/84, n.º 143, de 23/6/85, e n.º 28, de 3/2/88, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 351, págs. 147 e segs., n.º 360-S, págs. 352

e segs., e n.º 373, págs. 188 e segs., e, os dois primeiros, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 4.º vol., págs. 35 e segs., e 5.º vol., págs. 245 e segs., sendo este comentado por JORGE MIRANDA no *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, II, 1986, págs. 187 e segs.).

Na verdade, não se tendo pronunciado pela inconstitucionalidade, não fica o Tribunal Constitucional impedido de voltar a pronunciar-se sobre a mesma matéria, quer tenha actuado uma primeira vez em sede de fiscalização preventiva, quer no âmbito da fiscalização sucessiva.

É que, como se salientou no citado Acórdão n.º 85/85, retomando o fio argumentativo do Acórdão n.º 66/84, a natureza do controlo de constitucionalidade consiste em apreciar e declarar (ou não) a inconstitucionalidade e não em declarar a constitucionalidade, por isso que, nesta matéria, só são obstaculantes de reapreciação as decisões que, em fiscalização sucessiva abstracta, declararem a inconstitucionalidade das normas, pela sua força obrigatoria geral e a consequente expurgação das mesmas do ordenamento jurídico.

2. A Lei n.º 9/90, ao dispor sobre incompatibilidades de cargos políticos e altos cargos públicos, pretendeu, em consonância com princípios constitucionais estruturantes, tais como o princípio do Estado de direito e o princípio democrático, garantir transparência no desempenho desses cargos políticos e públicos, de modo a assegurar independência e separação de poderes entre os órgãos de soberania e os respectivos titulares, proporcionando, do mesmo passo, a isenção e a imparcialidade na salvaguarda do interesse público, como, aliás, foi dito na Assembleia da República (cfr. *Diário da Assembleia da República*, I Série, n.º 56, de 31 de Março de 1989, pág. 1955).

Encontrando-se os poderes públicos constitucionalmente concebidos no respeito por uma divisão de poderes assente na equidistância entre os órgãos de soberania, funcionando como expressão da organização das diversas funções estatais e da sua adequação ao modelo constitucional, mais urgente e clara se torna a necessidade de criar os meios indispensáveis para a manutenção desse equilíbrio.

O diploma citado apresenta-se como um desses instrumentos, cuidando, para lograr atingir esse objectivo, de precisar o universo dos destinatários do regime de incompatibilidades a vigorar na área em causa, por isso que logo o artigo 1.º tratou de lhe definir o âmbito, quer por directa enunciação dos titulares abrangidos — n.º 1 — quer pela fixação de via equiparativa — n.º 2.

A incompatibilidade perfila-se, assim, como impossibilidade legal do exercício simultâneo de um cargo e de um mandato pela mesma pessoa, justificada na origem pelo princípio do Estado de direito democrático, ou, como ensinava Marcello Caetano, numa perspectiva essencialmente jus-administrativista, a incompatibilidade é a impossibilidade legal do desempenho de certas funções

#### 1.4. Princípio da protecção da confiança

públicas por indivíduo que exerce determinadas actividades ou se encontre em alguma das situações, públicas ou privadas, enumeradas na lei (cfr. *Manual de Direito Administrativo*, 10.ª ed., 3.ª reimpr., 1990, pág. 721).

A esta luz, e em coordenadas que muito têm a ver com o equilíbrio de poderes e a rigorosa distinção entre as funções exercidas no aparelho de Estado, o regime de incompatibilidades recorta-se na impossibilidade legal de se desempenhar, além do cargo correspondente ao lugar ocupado, outras funções, públicas ou privadas, de modo a evitarem-se situações que induzam o agente a distrair-se da sua específica actividade funcional com prejuízo da dedicação e zelo devidos e, porventura, da independência, isenção e imparcialidade que o devem nortear.

Observam Victor Silveira e Serge Salon exigir o desempenho correcto e eficiente de um cargo da função pública que o seu titular lhe dedique todo o seu tempo e todo o seu interesse (cfr. *La fonction publique et ses problèmes actuels*, 2.ª ed., Paris, 1976, pág. 113), o que se assegura igualmente válido no desempenho de cargos políticos.

Se mais considerarmos a eventualidade de o titular simultâneo de dois ou mais cargos poder confrontar-se com a necessidade de defender contemporaneamente interesses hipoteticamente contraditórios, melhor se compreenderá que se fale numa «repugnância natural» pelo exercício acumulado de certas funções.

Daí que se deverão evitar, em princípio, semelhantes situações de conflitualidade latente.

Além do mais, a incompatibilidade contém em si a ideia de limite — limite em matéria de acumulação de funções em cargos que o legislador valora em nome de uma deontologia do serviço público, sujeita à Constituição e às Leis (como o demonstrou em vários diplomas próximos da Lei n.º 9/90, caso dos Decretos-Leis n.ºs 184/89, de 2 de Junho, e 427/89, de 7 de Dezembro).

Aliás, diz-nos a Lei Fundamental — no artigo 269.º, n.º 4 — não ser permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, «salvo nos casos expressamente admitidos por lei», logo acrescentando, no n.º 5 do mesmo preceito, que as hipóteses de um simultâneo exercício de funções não-de-ser legalmente aferidas pelo regime de incompatibilidades entre o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras actividades, a definir pelo legislador ordinário.

Pretende-se, com o estabelecimento deste sistema, observam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., 2.º vol., Coimbra, 1985, pág. 441 — garantir não só o princípio da imparcialidade da Administração mas também o princípio da eficiência (boa administração).

Há, por conseguinte, ideias-força a reter nesta matéria: a incompatibilidade, como tal, é «gerada» por uma axiologia do interesse público que no modelo

constitucional português se não pode alhear do princípio do Estado de direito democrático; a incompatibilidade é aferida por lei, ou seja, só existe na medida em que esta a prevê; a incompatibilidade é, por natureza, limitativa.

### 3. As considerações antecedentes têm cabimento pleno na área parlamentar.

Inseridas nas técnicas de protecção do mandato parlamentar, as incompatibilidades são aqui essencialmente determinadas por exigências ético-políticas, consubstanciadas, nas palavras de um autor, em razões de ordem moral (alias, das à acumulação de cargos e prebendas por uma mesma pessoa), funcional (relacionadas neste ponto com o perigo de confusão institucional) e/ou material (possibilidade do desempenho simultâneo de mais de um cargo) — cfr. VITTORIO DI CIOLO, «Incompatibilità ed ineleggibilità Parlamentari», in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI.

Por sua vez, a protecção do mandato parlamentar não se projecta apenas, como à primeira vista se poderia ser levado a supor, na sua dimensão objectiva; comporta igualmente uma vertente subjectiva em que a situação funcional engloba a situação jurídica, activa e passiva, do titular do cargo (v., a este propósito, JORGE MIRANDA, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, Lisboa, 1990, pág. 73) sem omitir que o direito de participação política, direito fundamental do cidadão, parte integrante e garantia do princípio democrático, quando exercido por via electiva não poderá alhear-se da componente subjectiva representada pelo cidadão eleitor.

Neste último caso, convém, no entanto, separar a figura da incompatibilidade, mais dirigida ao eleito, da de inelegibilidade, vocacionada em primeira linha para a protecção do eleitor e que se representa como um obstáculo dirimente da regular eleição do atingido (cfr. MARCEL WALINE, «Inélegibilité et incompatibilité», in *Revue du droit public et de la science politique*, n.º 3 de 1966, pág. 577), nem sempre fácil de distinguir (cfr. ALAIN DI STEFANO, *Le Participation des Fonctionnaires Civils à la Vie Politique*, Paris, 1979, págs. 187 e segs.).

A especificidade da figura não se circunscreve, assim, às garantias envolventes do direito a ser eleito mas projectam-se para além da eleição, implícando o direito de manter e exercer sem perturbações o mandato, no quadro constitucional ou legal mas constitucionalmente avalizado.

## IV

1. O artigo 1.º da Lei n.º 56/90, na medida em que dá nova redacção ao artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 9/90, sujeitando os deputados ao Parlamento Europeu a regime de incompatibilidades idêntico ao dos deputados à Assembleia da República, é uma norma inovatória.

### 1.4. Princípio da protecção da confiança

1.1. O Acto Comunitário relativo à eleição dos representantes ao Parlamento Europeu por sufrágio universal directo, anexo à Decisão do Conselho de 20 de Setembro de 1976 (publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, n.º L 278, de 8 de Outubro desse ano) estabelece o elenco de incompatibilidades com a qualidade de representante a esse Parlamento — n.º 1 do seu artigo 6.º

O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta poder cada um dos Estados membros, além disso, «fixar as incompatibilidades aplicáveis no plano nacional, nas condições previstas no n.º 2 do artigo 7.º».

Este último dispositivo, por seu lado, esclarece que «até à entrada em vigor de um processo eleitoral uniforme, e sem prejuízo das outras disposições do presente acto, o processo eleitoral será regulado, em cada um dos Estados membros, pelas disposições nacionais».

Ora, o Tratado de Adesão de Portugal e de Espanha às Comunidades Económicas Europeias, assinado em 12 de Junho de 1985, contém uma medida transitória — a do artigo 28.º — fixando as condições em que os dois novos Estados membros se fariam representar parlamentarmente durante o quinquénio iniciado em 1984.

Prevendo o n.º 1 do preceito o sistema de escolha por sufrágio universal directo, logo o n.º 2 acautelou as demoras naturalmente decorrentes da elaboração de legislação nacional específica e da organização e procedimento do acto eleitoral, estabelecendo um regime transitório até completa conjugação com a situação decorrente nos demais Estados, o que se reconduz a dois regimes transitórios sucessivos:

- um primeiro regime, a partir de 1 de Janeiro de 1986, data da adesão, em que os representantes dos novos Estados membros seriam escolhidos entre os membros dos respectivos Parlamentos;
- um segundo regime, em que a transitoriedade resulta apenas da circunstância de a eleição dos deputados ser feita para completar um mandato em curso (a terminar em 1989), em que a escolha dos deputados opera por eleições directas, de acordo com o Acto Comunitário de 1976.

Confrontada com o início de funções dos novos deputados a partir de 1 de Janeiro de 1986, a Assembleia da República, sob a premência da iminente entrada de Portugal no seio comunitário, votou a Lei n.º 144/85 que aprovou o designado Estatuto dos Deputados ao Parlamento Europeu, essencialmente constituído por normativos de natureza remissiva: o respectivo Estatuto regula-se não só pelas disposições comunitárias vigentes como, «na medida em que não contrarie aquelas e em que seja compatível com a natureza do Parla-

mento Europeu», pelas disposições da Lei n.º 3/85 — Estatuto dos Deputados à Assembleia da República — da Lei n.º 4/85 — Estatuto Remuneratório dos Titulares de Cargos Políticos — e da Lei n.º 4/83 — controlo público da riqueza dos titulares de cargos políticos — tudo com as «necessárias adaptações», destacando-se algumas disposições dos dois primeiros destes diplomas como sendo designadamente aplicáveis (cfr. o artigo 1.º ao individualizar várias disposições da Lei n.º 3/85, *supra*, ponto II-2.1.).

Resulta do exposto que o Estatuto de 1985 remetia para a disciplina de incompatibilidades dos deputados no parlamento nacional, aludindo expressamente à aplicabilidade do artigo 19.º da Lei n.º 3/85, na redacção então vigente, onde se estabelecia o princípio de que os deputados que fossem funcionários do Estado não podiam exercer as respectivas funções durante o período de funcionamento efectivo da Assembleia, ficando excluído apenas o exercício gratuito de funções docentes no ensino superior, de actividades de investigação científica e outras similares como tais casuisticamente reconhecidas.

1.2. A Lei n.º 144/85 configura-se, assim, como lei expediente, de contingência, concedendo primazia às disposições comunitárias vigentes na matéria para, subsidiária e transitoriamente, admitir a aplicação de normas da Lei n.º 3/85, «com as necessárias adaptações», desde que não contrariem as primeiras e se harmonizem com a natureza do Parlamento Europeu.

O apelo às adaptações necessárias representa a utilização de um operador linguístico frequente na técnica legislativa mas significante, como observou Baptista Machado, de que «os casos regulados pelas normas chamadas não são casos iguais, mas casos análogos» (cfr. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1985, pág. 107).

Por sua vez, a remissão feita pelo n.º 1 do artigo 1.º para a Lei n.º 3/85, ao individualizar alguns dos preceitos desta última, não deve ser entendida como exemplificação arbitrária — o intérprete presumirá que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados — mas sim como «enumeração quanto possível completa, sem prejuízo da correcção resultante da aplicação dos mesmos princípios que o artigo enuncia como determinantes da designação», nas palavras de uma das declarações de voto constantes do Acórdão n.º 256/90.

Como af se escreveu, «Deve, pois, entender-se que a omissão do artigo 4.º na lista das disposições aplicáveis foi intencional. Além de que seria ilógico, ou revelador de descuido impensável, indicar expressamente um artigo sobre incompatibilidades bem mais importantes, porque orgânicas [as das alíneas c) e d)], ou igualmente funcionais [as da alínea e)], caso se entendessem ambas aplicáveis. Acresce, sobretudo, que havia uma boa razão para excluir o artigo 4.º: não compete à Assembleia da República determinar os casos de suspensão de mandato de deputado europeu, e ainda menos o regime dessa suspensão». Ora

seria precisamente essa a «incompatibilidade» resultante da aplicação do artigo 4.º e, mais especialmente, do seu n.º 2, ao estabelecer suspensões temporárias relativas aos deputados que exerçam as funções enumeradas na alínea e) do n.º 1 desse normativo, o que, a verificar-se, contraria as disposições comunitárias sobre verificação de vaga resultante das legislações nacionais e sobre o seu preenchimento, de acordo com o artigo 12.º, n.os 1 e 2, do Acto Comunitário, como tal, excluída seja pelo Tratado de Adesão, seja pelo artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 144/85.

Crê-se, assim, não constituir o artigo 4.º, n.º 1, alínea e), da Lei n.º 3/85, regra ou princípio constante do direito interno nacional, aplicável aos deputados portugueses ao Parlamento Europeu desde o início da vigência da Lei n.º 144/85.

1.3. A Lei n.º 14/87 veio, de resto, regular ex novo, globalmente e com autonomia em relação à lei estatutária dos deputados à Assembleia da República, o procedimento eleitoral para o sufrágio directo e universal dos deputados ao primeiro daqueles parlamentos — e as eleições de Julho de 1987 já lhe obedeceram.

Particularmente, o regime de inelegibilidades e de incompatibilidades passou a ser objecto de normas próprias — as dos artigos 5.º e 6.º — em termos que permitem concluir pela revogação tácita do regime anterior — Código Civil, artigo 7.º, n.º 2.

Não, apenas, por «o novo direito ser sempre o melhor» mas também porque a recuperação feita pela Lei n.º 14/87 de situações de suspensão de mandato (eventualmente temporária), previstas no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 3/85, agora «convertidas» em inelegibilidades e incompatibilidades, omite as da alínea e) desse n.º 1, assegurando-se insustentável defender a manutenção dessa alínea num quadro de suspensão de mandato, pela legislação comunitária não prevista.

Pondere-se, ainda, a este respeito que, tratando-se de figuras distintas, o símile entre elas detectável exigiria uma «necessária adaptação», a ocorrer mediante integração analógica. Só que — e independentemente de se cuidar de saber se seria caso de analogia legis ou de analogia juris — sempre se deparária o obstáculo da excepcionalidade da norma, cuja aplicação analógica o artigo 11.º do Código Civil impede, excepcionalidade tão mais evidente quanto é certa a natureza limitativa da incompatibilidade, aspecto a abordar de imediato (e aludido *supra*, ponto III-2).

2. Ao vedar, com efeitos retrospectivos, aos presidentes das câmaras municipais e vereadores a tempo inteiro o exercício das respectivas funções enquanto exercerem o mandato de deputados europeus, a norma sindicada cria uma nova incompatibilidade e, in casu, restringe o exercício de direitos fun-

damentais de participação política e afecta, pela sua imprevisibilidade e desproporção, o princípio da confiança decorrente desse outro princípio constitucional estruturante que é o do Estado de direito.

2.1. Não que, em si, a proibição do duplo mandato seja passível de censura constitucional, designadamente por se asfigurar arbitrária, desproporcional ou irrazoável, desde que observável para o futuro, ou seja, com ressalva dos mandatos pendentes.

Com efeito, a nova disciplina jurídica de incompatibilidades de cargos públicos, estabelecida pela Lei n.º 9/90, coaduna-se com a Lei Fundamental que remete essa matéria para a lei ordinária (reserva de lei) como o ilustram os artigos 120.º, n.º 2, 157.º, n.º 2, e 269.º, n.º 5, da CR.

No entanto, a norma transitória do artigo 10.º, n.º 2, acautelava os mandatos em exercício à data da vigência do diploma, preocupação que o legislador de 1985 já manifestara (Lei n.º 3/85, artigo 23.º, n.º 1).

Com a Lei n.º 56/90, revogado o preceito do artigo 10.º (cfr. o artigo 2.º), a incompatibilidade passou a produzir efeitos imediatos relativamente aos mandatos em curso, constituídos em momento em que a mesma não existia, em contraste evidente, aliás, com o disposto no artigo 8.º da mesma lei que teve o cuidado de manter o regime anterior quanto aos titulares dos cargos enunciados na alínea g) do n.º 1 do artigo 1.º (governadores e vice-governadores civis), bem como quanto aos mandatos relativos aos titulares dos cargos referidos nas alíneas i), j), l) e m) do mesmo n.º 1.

Não se irá ao ponto de considerar a omissão de ressalva como um propósito camuflado, em que a formulação linguística abstracta seja, na sua positivação formalmente geral, ocultadora de resultados individuais, como sugere Gomes Canotilho como pista a merecer juízo crítico (*in Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 123, pág. 245).

De facto, e porque dispõe também para o futuro a norma em causa não carece de generalidade e da abstracção próprias da sua juridicidade constitucional: o novo regime abrange um universo indeterminado e indeterminável de destinatários, não obstante ser possível individualizar-se o objecto da normação no momento da sua entrada em vigor.

Só que, ao dispensar o preceito de índole transitória destinada a acautelar as situações jurídicas legitimamente constituídas à luz do ordenamento vigente, as que o mesmo é dizer, ao provocar a aplicação imediata do novo texto, a norma em apreço é inconstitucional.

2.2. Com efeito, toda a norma que estabelece uma incompatibilidade tem natureza restritiva; independentemente da sua etiologia e, bem assim, da sua dimensão legal, contém, por definição, um limite.

O direito de participar na vida pública, previsto no artigo 48.º da Constituição, o direito de sufrágio a que se reporta o artigo 49.º, nomeadamente na sua dimensão de capacidade eleitoral passiva — e o direito de ser eleito implica o da manutenção no cargo eleito —, o direito de acesso a cargos públicos e o direito a não ser prejudicado em virtude do exercício de direitos políticos ou do desempenho de cargos públicos, reconhecidos pelo artigo 50.º, n.ºs 1 e 2, são direitos fundamentais de participação política cuja restrição só pode ocorrer nos precisos casos contemplados no n.º 2 do artigo 18.º da Lei Fundamental, sendo certo que as leis que autorizadamente os restrinjam, além de revestirem carácter geral e abstracto, não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o conteúdo essencial daqueles preceitos constitucionais.

A restrição, por conseguinte, há-de operar-se por via constitucional, ou por ela prevista, e visa acautelar direitos ou interesses também constitucionalmente protegidos, com aptidão e idoneidade para alcançar esse objectivo, e só nessa medida, salvaguardando sempre o conteúdo essencial do preceito.

São limites vinculantes os indicados pelo n.º 2 do artigo 18.º e, de resto, realçados pelos autores (v. g. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 2.ª ed., 1.º vol., Coimbra, 1984, pág. 167, e VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, págs. 232-233).

E assim ocorrerá quando a lei estabelece uma nova incompatibilidade, em nome de atendível interesse público, que, desse modo, cerceia o direito fundamental de participação política — numa das suas precipitações — proporcionando, inclusivamente, uma sua desejável densificação, a situar em plano de optimização de direitos fundamentais em confronto.

Bastaria tão-só que se reconhecesse, concorrentemente, a proporcionalidade, adequação e necessidade do sacrifício.

O que, na verdade, não sucede.

Muito esquematicamente se observará a este propósito:

O legislador, no caso do falado artigo 7.º, n.º 2, prescindiu, como se viu, do expediente habitualmente utilizado para salvaguarda de situações adquiridas, especialmente significativas quando, como é o caso, se trata de cargos electivos: o recurso a um regime transitório, mantendo incólume o exercício dos mandatos pendentes.

Com essa atitude, a eventual carga axiológica a proteger teria de ser fortemente imperiosa e relevante, projectando-se na garantística de outros valores ou interesses constitucionalmente protegidos — o que, todavia, não se revela, até porque se dispensou toda e qualquer justificação da medida. Não está em causa o «primado político do legislador», só que o juízo de constitucionalidade passa pela articulação entre o político e o jurídico.

2.3. Mais ainda, a imprevisibilidade da alteração de critérios contribui reflexamente para afectar o princípio da confiança decorrente desse outro princípio estruturante que é o do Estado de direito (artigo 2.º).

Nessa medida, de modo imprevisível e desproporcionado — dada a ausência de justificação —, a aplicação imediata do preceito afecta intoleravelmente o «mínimo de certeza» no exercício dos direitos — e nas expectativas legitimamente criadas no novo regime —, constituindo, na realidade, a aplicação retroactiva deste.

Com efeito, a sua observância imediata nos mandatos electivos, iniciados antes da entrada em vigor da nova lei, não lhes permitindo, transitoriamente, alcançar o seu termo natural, assume-se como forma de retroactividade, imprópria ou inautêntica no dizer dos autores, não se justificando o drástico da solução pela relevância do interesse público e, designadamente, aplicando-se ao titular do cargo eleito uma sanção não tipificada à data do início do mandato...

Trata-se de uma restrição que na sua imediata aplicação — não se vislumbrando que súbita emergência de interesse público a justificaria — se releva desproporcionada e onerosamente excessiva, atentatória do núcleo do direito fundamental em causa e redutora do seu conteúdo essencial (artigo 18.º, n.os 2 e 3, da Constituição) — cfr. VIEIRA DE ANDRADE, *ob. cit.*, págs. 233 e segs.; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 5.ª ed., Coimbra, 1991, pág. 630; MARCELO REBELO DE SOUSA, *O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional*, I, Lisboa, 1988, págs. 119 e segs.

A este respeito, a jurisprudência deste Tribunal tem-se pronunciado contra a admissibilidade de uma retroactividade intolerável, violando o princípio da confiança na medida em que afecte de forma inadmissível e arbitrária os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos.

Por todos, cita-se o Acórdão n.º 287/90, publicado no *Diário da República*, II Série, de 20/2/91, do qual se transcreve elucidativa passagem a respeito da inadmissibilidade em referência:

«A ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, pelos dois seguintes critérios:

- a) Afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda
- b) Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).

#### *1.4. Princípio da protecção da confiança*

Pelo primeiro critério, a afectação de expectativa será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, por que injustificada ou arbitrária.

Os dois critérios completam-se, como é, de resto, sugerido pelo regime dos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Para julgar da existência de excesso na «onerosidade», isto é, na frustração forçada de expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança. Na falta de tal interesse do legislador ou da sua suficiente relevância segundo a Constituição, deve considerar-se arbitrário o sacrifício e excessiva a frustração de expectativas».

O caso sub judicio, valorado em função dos critérios propostos, é exemplo não só de ofensa ao princípio da confiança, como manifestação de princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Lei Fundamental, como, e designadamente, de quebra de mandato político que o cidadão eleitor pretendeu conceder — vertente subjectiva de inquestionável importância nesta área, como já se deixou consignado supra, ponto III-3 — operando-se uma aplicação retrospectiva do novo regime sem o fundamento material suficiente ou razoável a que JORGE MIRANDA alude na sua anotação ao acórdão n.º 256/90, recentemente publicada in *O Direito*, ano 124, I-II (Janeiro-Junho de 1992), págs. 261 e segs.

3. As considerações expostas conduzem-nos a um juízo de inconstitucionalidade que, porém, não abarca, em toda a sua extensão, o pedido, tal como delimitado ficou, circunscrevendo-se à incompatibilidade estabelecida pela alínea h) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 3/85, na redacção do artigo 3.º da Lei n.º 98/89, concernente aos presidentes e vereadores a tempo inteiro das câmaras municipais, porque só aí, verdadeiramente, se atingem as normas e princípios constitucionais aqui utilizados como parâmetro, dado que apenas nesses casos se impõe a cessação do exercício de um dos mandatos electivos obtidos por sufrágio popular.

## V

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide:

- declarar a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação das normas dos artigos 2.º, 18.º, n.os 2 e 3, 48.º, n.º 1, 49.º, n.º 1, e 50.º, n.º 1, da Constituição da República, da norma do artigo 7.º, n.º 2, da Lei n.º 9/90, de 1 de Março, na redacção do artigo 1.º da Lei

- n.º 56/90, de 5 de Setembro, na medida em que torna aplicável imediatamente aos deputados ao Parlamento Europeu já eleitos a incompatibilidade constante da alínea h) do n.º 1 do artigo 19.º da Lei n.º 3/85, de 13 de Março, na redacção do artigo 3.º da Lei n.º 98/89, de 29 de Dezembro, referente aos presidentes e vereadores a tempo inteiro das câmaras municipais;
- não declarar a inconstitucionalidade da mesma norma nos seus res- tantes segmentos.

Lisboa, 10 de Dezembro de 1992. — *Alberto Tavares da Costa — Armindo Ribeiro Mendes — Antero Alves Monteiro Dinis — Luís Nunes de Almeida — Mário de Brito — José de Sousa e Brito — Maria da Assunção Esteves* (vencida, quanto à declaração de inconstitucionalidade, pelo essencial das razões que integram a fundamentação do Acórdão n.º 256/90) — *Messias Bento* (vencido, na parte em que se declara a inconstitucionalidade — para além de outras razões — pelos fundamentos do Acórdão n.º 256/90) — *Fernando Alves Correia* (vencido, na parte em que se declara a inconstitucionalidade, pelos fun- damentos do Acórdão n.º 256/90, que subcrevi) — *Bravo Serra* (vencido, quanto à declaração de inconstitucionalidade pelas razões constantes do Acór- dão n.º 256/90, citado no presente acerto e do qual, aliás, fui relator) — *José Manuel Cardoso da Costa* (vencido, na parte em que se declara a inconstitu- cionalidade, pelas razões constantes do Acórdão n.º 256/90, mantendo a mesma firme convicção com que o subscrivi) — Tem voto de conformidade do Ex.º Conselheiro António Vitorino e voto de vencido do Ex.º Conselheiro Vítor Nunes de Almeida, que não assinam por não estarem presentes.

#### BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA

- GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, págs. 257 e segs.
- JORGE REIS NOVAIS — *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 816 e segs.
- JOÃO MIRANDA — *A Dinâmica Jurídica do Planeamento Territorial*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, págs. 71 e segs.

#### 2. PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

Ainda que não referido expressamente sob essa designação no texto da Constituição na adjetivação do nosso Estado de Direito, o princípio da socialidade é indiscutivelmente acolhido como princípio constitucional e, como se disse atrás, encontra refracções em todas as partes da Constituição. Está presente, de forma emblemática, no artigo 2.º (Estado de Direito que visa «a realização da democracia económica, social e cultural»); nas tarefas fundamentais do Estado proclamadas no artigo 9.º (af se assume sem ambiguidades, entre outras tarefas afins, a promoção do «bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais»); no desenvolvido elenco de direitos económicos, sociais e culturais do Título III da Parte I da Constituição; em toda a Parte II sobre organização económica e, especialmente, nas incumbências prioritárias definidas no artigo 81.º (entre outras incum- bências que vão no mesmo sentido, cabe ao Estado «promover a justiça social, assegurar a igualdade de oportunidades e operar as necessárias correcções das desigualdades na distribuição da riqueza e do rendimento, nomeadamente através da política fiscal»).

Grande parte destas normas tem um carácter meramente programático, pelo que, sem prejuízo de alguma relevância jurídica que sem- pre resulta da sua utilização, seja como elemento de compreensão da natu- reza do nosso Estado de Direito, seja como factor de interpretação e de delimitação do alcance de outras normas e princípios constitucio- nais, delas não resultam outras consequências jurídicas de relevo prá- tico significativo.

De resto, as necessidades da sua compatibilização com as decor- rências da alternância democrática nos quadros de uma democracia representativa pluralista determinam-lhes, inevitavelmente, uma norma-

tividade substancialmente enfraquecida ou praticamente inexistente. A eventual pretensão de lhes conferir vinculatividade de efectivação prática obrigaría a reduzir significativamente ou, até, eliminar a margem de conformação política que, em democracia representativa, deve ser reconhecida ao Governo «eleito». Acresce que no domínio onde elas poderiam desenvolver efeitos mais contundentes — o domínio da organização económica — as exigências da integração europeia, prevalecendo juridicamente sobre as especificidades nacionais, neutralizam as já de si discutíveis consequências jurídicas que tais normas poderiam potencialmente desenvolver.

Assim, em termos práticos, a relevância jurídica do princípio da socialidade enquanto princípio constitucional estruturante do nosso Estado de Direito acaba por ficar dependente da relevância jurídica que se deva atribuir aos direitos económicos, sociais e culturais enquanto direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

Entre nós o tema foi objecto de grande interesse nos anos que se seguiram à aprovação da Constituição, mas não deve, por tal facto, passar a ser entendido como tema de interesse datado e marcado por uma precipitada dedução — eventualmente justificada pela «distância» que neste domínio separa o texto da realidade constitucional — de uma quase irrelevância jurídica dos direitos sociais, o que arrastaria a consequente rejeição do princípio da socialidade enquanto princípio constitucional estruturante. Independentemente do sentido que lhe tenha sido atribuído pela justiça constitucional, justifica-se o estudo da relevância jurídico-constitucional do princípio da socialidade, questão essa que, atendendo ao texto da nossa Constituição, não pode deixar de ser centrada no tema da natureza e alcance constitucionais dos direitos sociais.

### **2.1. Os direitos sociais enquanto tipo de direitos fundamentais**

Partimos de uma divisão principal dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais.

Nos direitos de liberdade a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental. Com a referência «juridicamente

### **2. Princípio da socialidade**

delimitável» pretendemos significar uma determinabilidade individualizável do conteúdo concreto do direito fundamental susceptível de ser apurada pelo operador jurídico e, designadamente, o juiz, através do recurso exclusivo aos critérios jurídicos de interpretação da norma constitucional de garantia. Dessa determinabilidade típica dos direitos de liberdade decorre para os poderes constituidos a obrigação de acatarem e garantirem a inviolabilidade e possibilidades jurídicas de realização e concretização da capacidade de autodeterminação individual assim, directa ou indirectamente, reconhecida e, para os particulares, a possibilidade de reagirem jurisdicionalmente contra eventuais violações dessa margem de autodeterminação.

Por sua vez, nos direitos sociais a norma de direito fundamental traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos materiais, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.

Nos direitos de liberdade, os deveres que incumbem ao Estado são independentes de quaisquer disponibilidades financeiras ou materiais, pelo que, dependendo exclusivamente da vontade de os poderes constituidos observarem os preceitos constitucionais, a satisfação desses deveres é imediatamente exigível por força da consagração constitucional do direito, o que pode não significar, note-se, exequibilidade imediata da norma constitucional.

Diferentemente, o conteúdo dos direitos sociais não é constitucionalmente determinado ou determinável. A norma constitucional de direito fundamental não cria, ela própria, em termos definitivos, um âmbito delimitado de acesso reconhecido, abrindo, todavia, essa possibilidade e impondo essa obrigação aos competentes órgãos do Estado. Porém, num contexto de escassez de recursos materiais e de consequente necessidade de fixação de prioridades de repartição segundo critérios que, não sendo desvinculados das directivas constitucionais, são, todavia, essencialmente determinados por uma irredutível — em democracia polí-

tica — margem de livre decisão do legislador democraticamente legitimado, nem mesmo quando este determina os limites concretos de uma dada prestação se pode afi reconhecer um espaço definitivamente protegido de autodeterminação idêntico ao que caracteriza os direitos de liberdade.

É que o referido condicionamento material dos direitos sociais faz deles — sempre — direitos *sob reserva do possível*, pelo que o respectivo dever jusfundamental que impende sobre o Estado não é, como nos direitos de liberdade, o de garantia da inviolabilidade e possibilidades jurídicas de concretização de um espaço de autodeterminação individual, mas antes o de, tanto quanto possível, promover as condições óptimas de efectivação da prestação estadual em questão e preservar os níveis de realização já atingidos.

Não consideramos, assim, que se possa retirar dos direitos sociais qualquer imposição juridicamente vinculante de «proibição de retrocesso» ou de «obrigação de não regressividade», no sentido de concretizar os níveis atingidos de realização das prestações estatais como imunes, sob pena de inconstitucionalidade, à eventualidade de regressão, nem, tão pouco, consideramos que os direitos sociais adquiram uma diferente natureza à medida de uma sua realização progressivamente actuada pelo legislador ordinário.

É certo que a regressão pode vir a ser considerada inconstitucional — seja por violação de princípios como o princípio da protecção da confiança, o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana ou do próprio direito social em questão —, mas, aí, a inconstitucionalidade funda-se nesses princípios, valores ou direitos e não na violação de um constitucionalmente inexistente princípio da proibição do retrocesso.

A partir do momento em que reconhecemos na *reserva do possível* uma dimensão essencial deste tipo de prestações, então tudo residirá em saber a quem compete, em última análise, decidir sobre a opção por um eventual retrocesso baseado em exigências de natureza financeira: ao legislador democraticamente legitimado ou aos tribunais. Ora, se no caso dos direitos de liberdade tal competência é, em geral, dos tribunais, já a específica natureza dos direitos sociais remete para o titular do poder político, desde que a justificação invocada seja objectivamente verificável, a decisão definitiva sobre aquela opção; de outro modo, seria o poder judicial a decidir sobre as opções orçamentais e as prioridades de acção política.

## 2. Princípio da socialidade

De facto, a escassez de recursos obriga a optar politicamente quanto à sua repartição; ora, não é o facto de, em determinado momento histórico, uma dada maioria política ter privilegiado, por exemplo, a educação relativamente à saúde ou à habitação, que essa ordem de prioridades adquire um grau de rigidez que a subtraia à margem de decisão de novas maiorias democraticamente legitimadas. Não fixando a Constituição quaisquer directivas de orientação quanto às prioridades dentro do domínio da realização dos direitos sociais, essa é uma área que cai na margem de livre e exclusiva decisão do legislador democrático.

Daf que a judiciabilidade dos deveres estatais de realização dos direitos sociais e das pretensões subjectivas correlativas dependa, em princípio, de uma concretização e determinação prévias do seu conteúdo por parte do legislador. De outro modo, ou seja, a admitir a judiciabilidade mesmo na ausência de suficiente determinação prévia do conteúdo da prestação e da garantia da sua previsão orçamental por parte do legislador, estaríamos, dada a escassez de recursos e a necessidade de fazer opções e estabelecer prioridades, a conferir ilegitimamente aos tribunais, *maxime* ao Tribunal Constitucional, um poder de definição das dotações orçamentais que incumbe exclusivamente ao legislador parlamentar democraticamente legitimado e, dessa forma, o poder judicial ver-se-ia directa e ilegitimamente investido no processo de decisão política.

Assentes estas diferenças, não se pode, sem mais, identificar os direitos de liberdade como direitos subjectivos e os direitos sociais como meras pretensões individuais reflexamente protegidas.

Pressupondo a necessidade de uma distinção analítica permanente entre direito fundamental *como um todo* ou enquanto *direito principal* e cada uma das pretensões ou posições jurídicas autonomizáveis que o integram ou a ele vêm associadas, a tipologia que propomos, funcionalmente orientada e adaptada às necessidades de racionalização do controlo das restrições aos direitos fundamentais, parte de uma distinção básica entre direitos fundamentais fáctica e juridicamente realizáveis, cuja observância depende exclusivamente, por isso mesmo, da vontade política do Estado — os direitos fundamentais de liberdade — e os direitos fundamentais que dependem essencialmente de factores, financeiros e materiais que, em grande medida, o Estado não domina, os direitos fundamentais sociais.

Neste plano, ou seja, quando, para fins de determinação do regime aplicável, se problematiza a natureza de *liberdade* ou *social* de cada pretensão ou posição jurídica particular deduzida de uma norma fundamental autonomamente considerada, a diferença específica determinante será, não tanto a da determinabilidade de conteúdo — funcionalmente mais adequada à classificação do direito fundamental *como um todo* ou como *direito principal* —, mas antes a da accionabilidade, por parte do poder político, de uma reserva do *possível* ou do *financeiramente possível*.

Ora, sabendo que o direito fundamental *como um todo* é constituído por um feixe de direitos ou pretensões, de natureza principal ou instrumental, coordenáveis à mesma norma de direito fundamental, forçoso é concluir, tendo em conta a natureza diferenciada dos múltiplos direitos e pretensões instrumentais dos direitos de liberdade, que nem todos apresentam necessariamente, quando considerados *a se*, a natureza típica de direitos, liberdades e garantias.

Assim, quando, por exemplo, no direito à vida integramos tanto a garantia da proibição da pena de morte, quanto o chamado direito a um *mínimo de existência vital*, há que fazer as correspondentes diferenciações. Ou seja: se o direito à vida, *como um todo* ou tomado a título principal, é um *direito de liberdade*, a mesma conclusão já não pode ser tirada indiferenciadamente para qualquer uma daquelas duas posições instrumentais. De facto, se a garantia de proibição da pena de morte apresenta, também, aquelas características especiais, já o direito a um mínimo de existência é um típico direito social.

Há, então, pretensões instrumentais de direitos de liberdade que, assumindo um carácter essencialmente fático, padecem das mesmas condicionantes orçamentais, *reservas do possível* e indeterminabilidade que caracterizam os direitos sociais (vejam-se, assim, para além das pretensões a prestações normativas, as pretensões individuais a que o Estado proteja facticamente o titular de um direito de liberdade de eventuais ameaças ou intervenções de terceiros e a que não são, muitas das vezes, indiferentes as disponibilidades materiais e financeiras do Estado). Por outro lado, mesmo quando se traduzem em exigência de meras prestações normativas, essas pretensões podem ser essencialmente condicionadas por uma reserva do *politicamente oportuno* ou do *política-*

## 2. Princípio da socialidade

mente adequado que remeta essencialmente para valorações e apreciações da responsabilidade exclusiva do legislador.

Em quaisquer destes casos, só muito excepcionalmente, isto é, quando seja possível invocar uma violação da proibição do *défice de proteção* por não se atingir um padrão mínimo de garantia que o Estado tinha condições de realizar — e estava obrigado a realizar por ser estritamente necessária à existência da própria liberdade —, só aí se poderá deduzir directamente uma pretensão judicável no interesse e por iniciativa do titular do direito fundamental, ou seja, um direito subjectivo (entre nós, contudo, dadas as especificidades do nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade, sem possibilidades de acesso ao Tribunal Constitucional, até porque nos movimentarmos, aí, no domínio da inconstitucionalidade por omissão).

Por sua vez, em contrapartida, há em muitas pretensões instrumentais de direitos sociais — por exemplo, nas pretensões a um acesso igualitário a prestações já disponibilizadas pelo Estado, os chamados direitos derivados a prestações — um suficiente grau de determinabilidade normativa de conteúdo que lhes garante uma correspondente judicialidade. De resto, também aqui lidamos com pretensões tanto a acções positivas do Estado quanto a acções negativas, pelo que também os direitos sociais não podem, sem mais, ser identificados como direitos positivos. Encontramos, aí, de facto, pretensões à criação positiva da prestação, mas também pretensões — muitas das vezes de dimensão negativa — à manutenção das prestações ou ao acesso igualitário às prestações já criadas.

### 2.2. A relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais

No conjunto dos direitos fundamentais, identificámos como especificidade dos direitos sociais uma natureza particular derivada essencialmente do seu condicionamento por uma reserva do possível e refletida numa consequente indeterminabilidade das normas constitucionais que os consagram. Essa particular natureza remete para os poderes constituídos e, especialmente o legislador, a responsabilidade da determinação / concretização / densificação dos direitos sociais numa medida adequada às disponibilidades financeiras do Estado e compatível com a margem de conformação política dos titulares do poder democrática-

mente legitimados. Cabe, agora, verificar, tendo em conta essa especificidade, o alcance efectivo do princípio da socialidade (direitos sociais) no estrito plano da sua relevância jurídico-constitucional.

a) No mínimo, mesmo que se resumissem a proclamações de índole político-programática, o princípio da socialidade e os direitos sociais funcionariam sempre, através da sua consagração formal enquanto princípios e direitos fundamentais, como elementos imprescindíveis à compreensão da natureza do nosso Estado de Direito e, ainda, como critérios de interpretação das outras normas constitucionais, incluindo as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias.

É, por exemplo, por força da sua necessária compreensão como princípio estruturante de um Estado de Direito social que o princípio da igualdade assume, hoje, uma natureza qualitativamente distinta da que o caracterizava em Estado de Direito liberal, independentemente da eventual manutenção das fórmulas que o consagravam nas Constituições liberais do século XIX. As exigências de igualdade material só podem ser assumidas enquanto exigências constitucionais porque o princípio constitucional da socialidade decorre uma necessária superação da compreensão da igualdade como mera igualdade formal perante a lei geral e abstrata.

Da mesma forma, os próprios direitos de liberdade vêm o seu conteúdo naturalmente actualizado, independentemente dos textos constitucionais, à luz do princípio da socialidade do actual Estado de Direito. O direito de propriedade, por exemplo, não pode, hoje, dada a natureza social do Estado de Direito, ser constitucionalmente interpretado com o alcance e os contornos que apresentava no Estado de Direito liberal.

b) Nesse mesmo sentido, enquanto elementos imprescindíveis da ordem de valores constitucional do actual Estado de Direito, os direitos sociais, relacionando-se, inter-agindo, eventualmente conflituando com os direitos de liberdade, podem naturalmente funcionar e ser invocados como fundamentos da possibilidade de restrição dos direitos, liberdades e garantias e da justificação da respectiva medida. Isso ocorre sempre que as imposições de realização que a consagração constitucional dos direitos sociais dirige ao Estado conflituam, de algum modo, com exigências de sentido contrário fundamentadas nos direitos de liberdade

## 2. Princípio da socialidade

Não se pode, de facto, pretender deduzir da Constituição uma pretendida ordem hierarquizada de valores que redundaria na prevalência mecânica e abstracta de qualquer direito de liberdade sobre um qualquer direito social (então, por exemplo, teríamos o absurdo de o direito do proprietário — titular de um direito análogo a um direito, liberdade ou garantia — prevalecer sempre, quaisquer que fossem as circunstâncias particulares do conflito, sobre o direito do arrendatário titular do direito social à habitação, ou de o direito à greve do médico prevalecer sempre sobre o direito à saúde dos seus doentes).

Na medida em que as colisões e conflitos entre direitos fundamentais ou normas de direitos fundamentais são sempre colisões de aspectos parcelares, particulares e concretos dos respectivos direitos fundamentais considerados como um todo, então será em função do peso respectivo que apresentem na situação concreta e não em função de uma qualquer pretensa hierarquia, que a colisão deverá ser resolvida.

Nessa medida, um direito social é tão apto a fundar e justificar uma restrição a um direito de liberdade (por exemplo, o direito do inquilino à habitação face ao direito do senhorio à sua propriedade) quanto o inverso também é verdadeiro. Nesse sentido, em geral, as exigências derivadas do princípio da socialidade são, nos nossos dias, um dos factores mais comum e justificadamente invocáveis para fundamentar restrições aos tradicionais direitos de liberdade em ordem a proporcionar uma igualdade real no acesso ao bem-estar, tal como, num outro plano, as exigências do princípio democrático fundamentam análogas restrições visando o pluralismo e a igualdade real de participação de todos na administração da comunidade.

c) Por outro lado, dada a sua natureza enquanto direitos que se concretizam progressivamente através de prestações do Estado, os direitos sociais são particularmente vulneráveis à ocorrência de *inconstitucionalidades por omissão*, que se verificam sempre que, embora dispondo das condições para tal, isto é, na medida em que não possa ser objectivamente accionável a *reserva do financeiramente possível*, o Estado não desenvolve a via constitucionalmente imposta da necessária realização dos direitos sociais.

Porém, porque as imposições de realização dos direitos sociais deixam, em geral, ao legislador uma ampla margem de conformação do

ritmo, grau, medida e tipo de realização, elas raramente assumem o carácter de imposições precisas de emissão de lei com sentido determinado e suscetível de verificação de inconstitucionalidade em caso de omissão.

As dificuldades funcionais de verificação judicial deste tipo de inconstitucionalidade e o nosso particular sistema de fiscalização da inconstitucionalidade por omissão — que, por um lado, se limita à verificação da falta de medidas legislativas destinadas a conferir exequibilidade a normas constitucionais, e, por outro, não confere ao Tribunal Constitucional mecanismos de tutela efectiva da eventual declaração de inconstitucionalidade — neutralizam significativamente o alcance prático do instituto no domínio dos direitos sociais. Se bem que suscetível de, com as reservas referidas, ser accionado, sobretudo quando as normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais contêm incumbências precisas e determinadas a ser desenvolvidas pelo legislador, ou também por ele, o instituto da inconstitucionalidade por omissão tem sido, e, a manter-se aquele quadro, continuará a ser, objecto de parca utilização enquanto instituto de defesa dos direitos sociais.

No entanto, como se verá, na medida em que, independentemente do sistema de fiscalização, há inconstitucionalidade sempre que o Estado não realiza os direitos sociais mesmo quando dispõe das condições para o fazer — e isso é o resultado da natureza normativa e constitucional dos direitos sociais —, a eventual inconstitucionalidade pode resultar da acção do Estado objectivamente geradora de omissão de cumprimento de imposições constitucionais de realização, mesmo de tipo genérico, no domínio dos direitos sociais. Isso verifica-se quando o legislador, sem razão justificativa constitucionalmente adequada, suprime pura e simplesmente as únicas prestações que, de algum modo, realizavam os direitos sociais. Ou seja, trata-se aí de uma acção do legislador que vai gerar (ou repor) uma situação objectiva de inconstitucionalidade por omissão e essa acção, mesmo no nosso sistema particular de fiscalização da constitucionalidade, pode e deve ser judicialmente sindicável.

d) As dificuldades jurídicas mais comuns atinentes à relevância constitucional dos direitos sociais acabam, assim, por se situar no plano da eventual *inconstitucionalidade por acção* que resulte da violação específica de direitos sociais. E as dificuldades surgem, a diverso título,

## *2. Princípio da socialidade*

porque a verificação de inconstitucionalidade é, afi, precisamente por causa da especial natureza dos direitos sociais, normalmente complexa.

Em primeiro lugar, se as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais se caracterizam pela indeterminabilidade, como apurar a inconstitucionalidade de norma legislativa por violação de direito social quando este, no fundo, dependendo da intervenção do legislador, não possui contornos que possam funcionar como parâmetros precisos de constitucionalidade?

Por outro lado, se os direitos sociais são essencialmente condicionados por uma reserva do possível ou do financeiramente possível, como concluir que há violação da Constituição quando a norma legislativa cuja eventual inconstitucionalidade está em apreciação se pretender justificar, precisamente, nas dificuldades financeiras com que se debate o Estado?

Por último, se se procurar deslocar o controlo da inconstitucionalidade do plano da eventual afectação da norma constitucional que proclama o direito social para o plano da eventual afectação ilegítima dos direitos consagrados em normas ordinárias que em alguma medida já concretizaram as proclamações constitucionais, onde estaria a possibilidade de inconstitucionalidade quando aquilo que aparentemente é *atacado* são direitos consagrados em normas ordinárias? Assim, só haveria inconstitucionalidade se considerássemos a existência constitucional de uma proibição absoluta de retroceder no grau de realização do direito social já entretanto conseguido pelos poderes constituídos, mas, e por força da irrecusável natureza própria dos direitos sociais, difficilmente se pode aceitar a validade incondicionada de um pretenso princípio da proibição do retrocesso.

Para resolver estas dificuldades há vários tópicos a ter em consideração.

A indeterminabilidade das normas constitucionais de garantia dos direitos sociais limita significativamente, à partida, a possibilidade de verificação de violação directa da norma constitucional. A não ser em casos extremos de supressão completa de um direito social, a natureza típica da norma constitucional que proclama o direito social não se coaduna facilmente com a possibilidade de verificação de uma inconstitucionalidade por acção por alegada violação do preceito constitucional que o consagra. Ora, aqueles casos extremos ou são hipóteses meramente

académicas ou são, de facto, impostos por dificuldades financeiras tão excepcionais que acabam por justificar a restrição.

Todavia, como se viu a propósito da inconstitucionalidade por omissão no domínio dos direitos sociais, a Constituição formal fixa desde logo, por vezes, incumbências e tarefas precisas e bem determinadas que o Estado fica obrigado a realizar. Ora, não apenas se pode verificar a inconstitucionalidade por omissão nos casos em que o Estado não dá cumprimento a essas imposições, como se podem colocar também, nesse mesmo contexto, problemas verificáveis de inconstitucionalidade por acção. Esses ocorrem quando, em alguma medida, o Estado já havia dado cumprimento às obrigações precisas que resultam da norma constitucional e vem posteriormente a suprimir ou restringir essas realizações, não as substituindo por prestações compensatórias equivalentes, o que o faz incorrer numa situação em que deixa de satisfazer os encargos ou prestações que estava precisa e estritamente obrigado a realizar.

Situação assim, mas mais complexa, é ainda a que se verifica quando, no cumprimento da sua obrigação genérica de realizar o direito social, isto é, sem que a Constituição imponha prestações específicas e bem determinadas, o Estado já vem assegurando prestações concretas — com o que cria pretensões ou direitos dos particulares a acederem a tais prestações, isto é, os chamados direitos derivados a prestações — que, posteriormente, são objecto de restrições ou supressões fundadas, não em constrangimentos financeiros inultrapassáveis, mas apenas em mudança da atitude política.

Invocam-se, então, a liberdade constitutiva do legislador democrático, a auto-revisibilidade das leis ou o princípio da alternância democrática como fundamentos constitucionais justificativos da regressão ou retrocesso actuados pelo legislador (a própria utilização destas expressões — retrocesso ou regressão — é, por vezes, rejeitada por suspeitável de despertar reminiscências de uma postergada concepção determinista da História). Assim, mesmo não estando em causa dificuldades financeiras inultrapassáveis, o legislador democrático, com base naqueles princípios, disporia sempre da margem e da legitimidade para alterar as orientações, ordinárias, do anterior legislador, o que, na prática, exceptuando casos-limite raramente verificáveis, lhe conferia uma disponibilidade quase plena do domínio dos direitos sociais. No fundo, desde que não violasse outros princípios constitucionais, como a proibição

do arbusto ou a dignidade da pessoa humana, o Estado teria aqui uma margem de actuação ilimitada.

Nessa perspectiva, só quando os direitos sociais estivessem de tal forma enraizados na *consciência jurídica universal* que se pudesse afirmar que as concretizações legislativas dos direitos sociais constituam a sua expressão positiva necessária, irreversível e intocável, é que, dir-se-ia, o legislador ordinário estaria, e só aí, tão constrangido quanto o está no âmbito dos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Porém, como não há oráculo encartado capaz de revelar, contra a vontade expressa do legislador representativo, quais são os conteúdos enraizados na *consciência jurídica universal* que dispõem de tais atributos, os limites assim traçados à omnipotência do legislador ordinário no domínio dos direitos sociais pouco ou nada significariam. Em caso de persistência de dúvidas — e num domínio tão fluido quanto o da consciência jurídica universal há sempre dúvidas —, a opinião que deveria prevalecer seria, naturalmente, a do legislador democrático representativo e não a do juiz.

Em todo o caso, mesmo quem perilha estas concepções tende, em geral, a reconhecer a possibilidade de verificação de eventual inconstitucionalidade por acção no domínio dos direitos sociais por violação dos princípios constitucionais estruturantes vinculativos de toda a actuação do Estado, designadamente aqueles que são aqui mais comumente afectáveis: o princípio da igualdade (desde logo, a igualdade dos particulares no acesso às prestações garantidas pelo Estado), o princípio da protecção da confiança (a segurança jurídica que deve acompanhar a fruição dos direitos de natureza económica, social e cultural já subjetivizados e adquiridos na esfera jurídica dos particulares e reconhecidos enquanto tal pelo Estado) e o limite extremo constituído pelo princípio da dignidade da pessoa humana (VIEIRA DE ANDRADE).

Porém, nestes casos pode sempre dizer-se que o fundamento da inconstitucionalidade não é a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais, mas antes a daqueles outros princípios jurídicos estruturantes do Estado de Direito, a igualdade, a segurança jurídica ou a dignidade da pessoa humana. Enquanto pretensos direitos fundamentais, os direitos sociais, assumindo-o com clareza, seriam, na prática, para esta concepção, juridicamente irrelevantes.

É que aquilo que é verdadeiramente controverso nestas situações não é a possibilidade de violação de outros princípios constitucionais

— que não pode deixar de ser reconhecida —, mas sim a possibilidade de invocação da afectação dos direitos sociais enquanto tal, isto é, colocada num plano análogo ao das restrições aos direitos de liberdade enquanto problema constitucional: podem os direitos sociais por si só, enquanto direitos fundamentais constitucionais, ser invocados como fundamento de inconstitucionalidade de actuações normativas do Estado restritivas do acesso às prestações que o Estado já assegurava no âmbito da sua actuação de realização dos direitos económicos, sociais e culturais? Essa é a verdadeira questão.

As respostas negativas a esta interrogação tendem, a nosso ver inadequadamente, a colocar o problema em torno do princípio da proibição do retrocesso social. Como, na sua radicalidade, este princípio é insustentável, a conclusão prática é inevitavelmente a seguinte: as realizações entretanto verificadas dos direitos sociais no plano ordinário só limitariam decisivamente o legislador democrático se este estivesse vinculado a uma proibição de *retrocesso social*; como este princípio não vale constitucionalmente nestes termos, a margem de acção do legislador ordinário, mesmo quando tal não se reconhece abertamente, é total.

Com efeito, só para uma posição extrema é que todo o retrocesso social estaria vedado: desde que o Estado concedesse prestações no domínio da realização dos direitos sociais, elas adquiriam uma rigidez constitucional que as retirava em absoluto à possibilidade de afectação por parte do legislador ordinário.

Ora, a defesa da proibição do retrocesso naqueles termos anularia, de forma constitucionalmente inadmissível, não apenas toda a margem de conformação do legislador ordinário, com petrificação teoricamente insustentável das anteriores decisões legislativas num sentido muito mais rígido do que aquele que normalmente se defende para as restrições aos direitos, liberdades e garantias, como ainda ignoraria as decisivas reservas do financeiramente possível que afectam os direitos sociais.

No entanto, pode dizer-se que, hoje, ninguém sustenta tal posição. Curiosamente, a invocação do princípio da proibição do retrocesso é normalmente integrada numa estratégia de rejeição dos efeitos jurídicos práticos dos direitos sociais: imputa-se artificialmente a defesa do princípio da proibição do retrocesso aos defensores da relevância jurídica dos direitos sociais para, no concreto, a partir da rejeição daquele princípio, concluir pela irrelevância destes.

## 2. Princípio da socialidade

Na prática, para esta posição, o legislador ordinário pode livremente fazer e desfazer no domínio dos direitos sociais. Não é lícito falar sequer em avanços e recuos, progresso e retrocesso, sob pena de se incorrer na defesa de uma estigmatizada concepção mecanicista do progresso histórico. Tudo seria permitido ao legislador ordinário, desde que, única reserva, ele não tocasse no tal conteúdo enraizado na *consciência jurídica universal* ou no mínimo social exigido pela dignidade da pessoa humana. É certo que este último limite (a dignidade da pessoa humana) ultrapassaria o nível etéreo e praticamente irrelevante do primeiro (a *consciência jurídica universal*), mas, mesmo nesse caso, já não seria verdadeiramente o direito social a ser violado, mas antes o princípio da dignidade da pessoa humana.

No fundo, como o direito social é, no plano constitucional, indeterminado e, no plano legislativo ordinário, totalmente revisível, ele não seria verdadeiramente um direito fundamental. Na prática, esta concepção não defende outra coisa, como se verifica, sintomaticamente, nos votos de vencido e nas críticas que sempre acompanham as, ainda assim, pouquíssimas decisões de inconstitucionalidade do nosso Tribunal Constitucional fundadas especificamente em direitos sociais. Um direito fundamental de que o legislador podia dispor livremente seria, em Estado de Direito democrático e social, uma contradição nos seus próprios termos.

Para escapar a estas posições extremas, a chamada garantia do conteúdo essencial surge, então, como a chave intermédia normalmente defendida para a resolução deste problema: os direitos sociais, na expressão entretanto já realizada e consagrada pelo legislador ordinário, seriam livremente modificáveis desde que não se afectasse, sob pena de inconstitucionalidade, o núcleo essencial do direito.

Ora, como procurámos demonstrar noutra local, o efeito garantístico deste limite do conteúdo essencial ou é redundante (quando se relativiza o seu alcance através de uma sua identificação com o princípio da proibição do excesso) ou é meramente ilusório e insusceptível de desenvolver consequências práticas (quando se procura delimitar uma área — subjectiva ou objectiva — de protecção absoluta). Pelo contrário, e tal como acontece muitas das vezes relativamente aos direitos de liberdade, a garantia do conteúdo essencial desempenha praticamente, não uma função de garantia, mas antes de entrega ao legislador de todo o direito

fundamental que vai para além daquele pretenso e nunca definível núcleo e que é, afinal, *tudo* o que verdadeiramente pode, em termos efectivos, estar em causa na actuação do legislador.

E, se a inviabilidade garantista do limite do conteúdo essencial se revela assim quanto aos direitos, liberdades e garantias, mais evidente se apresenta quanto aos direitos sociais. Pois se estes são, por natureza, constitucionalmente indeterminados, como se pode delimitar, para efeitos práticos de garantia contra a possível actuação do legislador ordinário, a *essência* de algo que é, por natureza, indeterminado?

Para nós, diferentemente, a resposta a estas questões complexas tem de partir de dois pontos firmes: primeiro, a de que há uma diferença de natureza entre direitos, liberdades e garantias e direitos sociais e que essa diferença radica, em última análise, na afectação intrínseca pela reserva do possível e pela consequente indeterminabilidade constitucional dos direitos sociais; segundo, a de que os direitos sociais, seja por definição constitucional, seja como consequência da assunção do princípio da socialidade próprio do Estado de Direito dos nossos dias, são direitos fundamentais e, porque o são, não estão à livre disposição das opções políticas do legislador.

Nesse sentido, se a diferença específica dos direitos sociais relativamente aos direitos de liberdade reside *apenas* (embora não seja pouco) na indeterminabilidade constitucional e na *reserva do possível*, não há lugar para distinguir entre os dois tipos de direitos no plano da sua força vinculativa quando a ordem jurídica já alcançou um grau suficiente de determinabilidade para o conteúdo do direito fundamental e não há razões objectivas para activar a reserva do possível que, à partida, condicionava a sua eficácia.

O problema não é então, ao contrário do que geralmente se considera, um problema de proibição do retrocesso, mas um problema de legitimidade de afectação de direitos sociais por parte do legislador ordinário, ou seja, um problema de restrições a direitos fundamentais. O que não significa, note-se, concluir pela inconstitucionalidade de qualquer restrição. Do mesmo modo que os direitos, liberdades e garantias são susceptíveis de restrições, independentemente do grau de realização obtido, não há razões para que idêntica possibilidade não seja reconhecida nos direitos sociais, até porque estes são enfraquecidos pela agravante da reserva do possível. Tal como acontecia com os direitos,

liberdades e garantias, também os direitos sociais, pese embora a sua vinculatividade, são restriníveis, desde que a Constituição o autorize, desde que a reserva do financeiramente possível o determine ou desde que o legislador apresente razões suficientemente ponderosas — sindicáveis pelo poder judicial — que o justifiquem.

Tudo reside então em saber, e a dificuldade está na referida indeterminabilidade constitucional, o que é que o legislador está vinculado a observar por força da fundamentalidade destes direitos, o que é que o legislador só pode alterar se tiver justificação suficiente. Ora, quanto a isso, não se pode aceitar, a partir de uma pretensa necessidade de distinção formal talhante entre o conteúdo constitucional e a concretização legislativa do direito social, que só recolha protecção jusfundamental aquilo que esteja indiscutivelmente plasmado na Constituição.

Para essa concepção, para lá do tal etéreo «mínimo social», toda a concretização do direito social que resultasse da lei ordinária seria livremente revisível, precisamente porque, em termos formais, se trataria de concretização operada por normas ordinárias. Com o que, sendo o legislador plenamente livre nesse domínio ordinário, toda a vinculatividade e relevância prática do direito social concretizado se esfumaría nas mãos da eventual boa vontade do poder político: ele poderia fazer e desfazer, conceder ou suprimir, dar e tirar, desde que, como se dissesse, não tocasse nos míticos e inescrutináveis conteúdos enraizados na consciência jurídica universal, no mínimo social ou no conteúdo essencial.

Assim, embora contra a clara afirmação da Constituição, faria todo o sentido, para esta concepção, colocar a dúvida de saber se, na realidade, um direito social poderia ser considerado um verdadeiro direito fundamental. A aceitar estes pressupostos, a resposta só poderia ser negativa, o que, todavia, contraria o reconhecimento destes direitos como direitos fundamentais, expressamente por parte da nossa Constituição e implicita ou tendencialmente por parte de qualquer ordem constitucional que se pretenda de Estado de Direito social e democrático.

Esquece-se, nessa posição, que quando o legislador concretiza ou densifica os direitos sociais ele não o faz a título de liberalidade, de concessão ou de boa vontade. Da natureza jusfundamental dos direitos sociais decorrem imposições legiferantes (GOMES CANOTILHO) ou, mais precisamente, decorre uma obrigatoriedade de realização (de conteúdo não unívoco, mas sempre obrigação), posto que o Estado disponha dos meios

para o fazer. Nessa altura, sem que se defenda a elevação das normas ordinárias concretizadoras a normas formalmente constitucionais, estas normas ordinárias passam a integrar, com as normas constitucionais a que dão realização, uma unidade sistemática (JORGE MIRANDA) de natureza material jusfundamental que, enquanto tal, é retirada à livre disponibilidade dos titulares do poder político.

Também nos direitos, liberdades e garantias, a norma jusfundamental em vigor raramente é constituída, apenas, por normas formalmente constitucionais. A norma de direito fundamental em vigor é sempre o conjunto das normas constitucionais e das normas ordinárias que lhe dão concretização, realização ou, até, que legitimamente tenham restringido o seu conteúdo. Quando ocorre, no plano ordinário, nova intenção restritiva ela deve ser sindicada tendo em conta, não apenas a norma constitucional, normalmente limitada a afirmações de ordem genérica e com recurso a conceitos vagos e indeterminados, mas também a norma ordinária que a concretizara. A nova norma ordinária só surge claramente como norma restritiva porque afecta desvantajosamente, de algum modo, a concretização normativa que o direito fundamental em causa já obtivera na ordem jurídica e relativamente à qual a nova intenção restritiva se configura, precisamente, como alternativa de concretização. A sua justificação, adequação, necessidade ou indispensabilidade nunca podem, por isso, ser avaliadas sem ser com relação à norma jusfundamental (constitucional e ordinária) existente, ou seja, tendo sempre em conta a concretização ordinária que se pretenda substituir ou modificar.

Se, hipoteticamente, a actual lei da greve exige um pré-aviso de cinco dias e surge uma nova intenção normativa de alargar o pré-aviso para quinze dias, a eventual inconstitucionalidade da nova norma não pode ser apurada independentemente da sua comparação, justificação e avaliação em função da norma jusfundamental actual que inclui tanto a afirmação constitucional genérica de garantia do direito à greve quanto, e neste caso sobretudo, o facto de o legislador ordinário ter até então considerado que um pré-aviso de cinco dias era constitucionalmente adequado. A norma ordinária integra a norma jusfundamental em vigor e, independentemente da sua natureza formalmente infraconstitucional, serve indiscutivelmente, na sua integração sistemática com a norma formalmente constitucional, como efectivo parâmetro de verificação de constitucionalidade. Isso acontece não porque a norma ordinária actual

## *2. Princípio da socialidade*

da lei da greve seja irrevisível ou inalterável sob pena de inconstitucionalidade; acontece porque faz parte da norma jusfundamental em vigor e essa, embora, alterável e restringível, só pode ser afectada com justificação constitucionalmente bastante.

O mesmo se passa no domínio dos direitos sociais, embora com a especialidade de que, aqui, o direito social constitucional só vive, em geral, com e através das normas ordinárias que o realizam. O legislador pode optar, amplamente, por outro tipo de realização, por modificá-lo, por substituí-lo, por conferir-lhe um diferente grau, medida ou ritmo de realização; não pode é, a não ser com justificação constitucional bastante, pura e simplesmente, integral ou parcialmente, suprimir a realização que o direito social já obtivera.

Quando o legislador ordinário, por considerar que o Estado dispõe de condições materiais para o fazer, concretiza o direito social através de prestações bem determinadas, ele não faz mais que dar satisfação às imposições constitucionais, mesmo que o tipo de realização por que opta não seja o único possível ou, sequer, o mais adequado; em todo o caso, se não actusse nesse sentido estaria, nessas circunstâncias, a incorrer em inconstitucionalidade por omissão já que tinha condições para realizar o direito constitucional e não o fazia (independentemente da sindicabilidade dessa inconstitucionalidade por omissão que depende, mas só ela, do concreto sistema de fiscalização instituído). Ora, se mantendo-se as condições materiais anteriores, o Estado retira, suprime ou anula o grau de realização do direito social, ele pode estar a criar ou repor, objectiva e inconstitucionalmente, uma situação de inconstitucionalidade por omissão. Isso ele não pode fazer e aí reside uma estrita modalidade de vinculatividade jusfundamental do direito social.

Como dissemos, uma coisa é a existência de inconstitucionalidade por omissão (essa ocorre sempre que, embora dispondo das condições necessárias, o Estado não cumpre as obrigações de fazer que a Constituição lhe impõe — se a Constituição garante a todos o direito a uma habitação condigna e o Estado nada faz no sentido de vir a garantir, mesmo que seja só a prazo, uma habitação condigna para todos, incorre em inconstitucionalidade por omissão). Outra coisa é a fiscalização da inconstitucionalidade dessa omissão; no nosso sistema de fiscalização essa possibilidade só existe quando o Estado incumpe a Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as

normas constitucionais, ou seja, quando a Constituição fixa obrigações de realização normativa precisas e determinadas que o Estado deva cumprir e este as omite.

No exemplo dado — direito à habitação condigna —, se o Estado nada faz para o realizar há, como dissemos, inconstitucionalidade por omissão, mas não há, no nosso sistema, forma de acionar a respectiva sindicabilidade.

Situação qualitativamente diferente seria essa outra em que o Estado, eventualmente, tivesse decidido, no cumprimento da obrigação constitucional (não por liberalidade), atribuir aos mais desfavorecidos um subsídio de renda de casa. Se posteriormente, sem quaisquer razões constitucionalmente justificativas (justificativas poderiam ser, como dissemos, tão simplesmente dificuldades financeiras supervenientes ou uma intenção de *desviar* o referido subsídio para prestações do mesmo tipo, por exemplo, no domínio da saúde), o Estado viesse a suprimir o subsídio de renda de casa (invocando apenas razões de mera convicção política, como a de que aquela medida era de tipo socialista e o Governo eleito era anti-socialista ou que a sua abolição constituía um compromisso eleitoral assumido pelo novo Primeiro-Ministro), o Estado desde que não criasse quaisquer apoios substitutivos ou medidas tendentes a garantir, com eficácia jurídica, o direito social, estaria, afi, a repor injustificadamente uma situação de inconstitucionalidade por omissão, porém já sindicável no domínio da fiscalização por acção, já que a inconstitucionalidade é criada ou reposta através da actuação normativa do Estado.

Tratava-se, em rigor, de uma restrição a um direito fundamental. Ora, os direitos fundamentais estão sujeitos a restrições — desde que justificadas — e os direitos sociais em particular estão sujeitos a restrições que para os direitos, liberdades e garantias não são constitucionalmente aplicáveis, como são as relacionadas com indisponibilidades financeiras. Mas, precisamente porque são direitos fundamentais, não estão na livre disponibilidade dos titulares do poder político, não estão simplesmente à mercê de preconceitos ideológicos ou de promessas eleitorais.

Há sempre aqui, é certo, que ter em conta a relativamente ampla margem de conformação política que cabe ao legislador democrático, mas ela não é substancial e qualitativamente distinta da que cabe ao legislador quando ele se move no terreno das prestações normativas ou fácticas que

## 2. Princípio da socialidade

também são devidas no âmbito dos direitos de liberdade. Há, em geral, várias modalidades de realização do mesmo direito social; o legislador é sempre livre de fazer escolhas, de determinar o que é que considera mais adequado para dar cumprimento às obrigações constitucionais. Mais, tal como acontece com os direitos, liberdades e garantias, ele pode também restringi-los, mas só o pode fazer desde que tenha justificação para tal; essa justificação tem que ser, todavia, constitucionalmente legítima, não pode resumir-se à mera vontade política, ao capricho ou ao preconceito ideológico. Essas, razões de mera maioria política conjuntural, são razões que devem ceder perante a força vinculativa dos direitos fundamentais, de todos os direitos fundamentais.

É certo que, nos casos em que a reserva do possível é objectivamente accionável, ela não apenas condiciona decisivamente a eventual inconstitucionalidade por omissão, mas obscurece também a verificação da inconstitucionalidade por acção. Para tanto basta que a restrição em causa seja fundamentada nas dificuldades económicas ou na margem de opção política que deve caber aos titulares do poder na distribuição de recursos em situação objectiva de escassez. Nessas circunstâncias, só a demonstração da irrelevância dessas razões e/ou o peso da necessidade de protecção dos valores protegidos pelos direitos sociais pode e deve permitir a verificação efectiva de inconstitucionalidade.

Já nas situações em que o legislador não acciona a reserva do financeiramente possível ou quando a invoca infundadamente — por exemplo, quando está em causa uma poupança mínima ou irrisória de recursos que tenha como contrapartida um sacrifício sensível de grupos de pessoas em domínios decisivos da sua protecção ou integração social —, isto é, quando não estão, ou já não estão, em causa os dois condicionamentos que limitam a relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais (indeterminabilidade e reserva do possível), não há que diferenciar relativamente ao que sucede no domínio dos direitos, liberdades e garantias. Decisiva deve ser a natureza dos direitos fundamentais que estão, por definição, retirados da plena disponibilidade dos titulares do poder político, incluindo o legislador democraticamente legitimado, só condicional e justificadamente podem ser restringidos.

Assim, e desde logo, tal como acontece nas restrições aos direitos de liberdade, sempre que os poderes constituídos afectam direitos sociais com eventual desrespeito de princípios como os da dignidade da pessoa

humana, da igualdade, da protecção da confiança ou da proibição do excesso há, por consequência, violação de princípios que, no Estado de Direito dos nossos dias, são genericamente aplicáveis a todos os direitos fundamentais, pelo que tal facto determina a inconstitucionalidade da medida restritiva.

Mas, mesmo quando esses princípios não são violados, ainda assim a restrição a direitos sociais não deixa de ser sindicável à luz da necessidade da sua observância e da consequente relevância jurídica, ainda que a densidade do controlo e os seus resultados dependam, é certo, da margem de conformação política reconhecida aos poderes constituídos, mas também do peso relativo dos valores invocados para justificar a restrição, da determinabilidade das normas jusfundamentais afectadas e da medida e grau de sacrifício envolvidos.

### **2.2.1. Jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre direitos sociais**

Não é abundante a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre direitos sociais, mas não deixa de ser significativa, estimulante e, apesar do relativo comedimento e autocontenção, também controversa.

Cabe distinguir a jurisprudência de direitos sociais que incide sobre eventual violação de imposições constitucionais relativamente precisas e determinadas e de eficácia aparentemente imediata e a jurisprudência que remete para a eventual relevância jurídico-constitucional dos direitos sociais mesmo quando a norma constitucional é genérica, indeterminada e se limita a remeter os poderes constituídos para a necessidade de prestações fácticas a realizar no tempo.

Quanto à primeira, isto é, a que utiliza imposições constitucionais precisas de prestações sociais como parâmetro de constitucionalidade, há decisões no domínio da fiscalização da inconstitucionalidade por acção e por omissão.

A decisão mais significativa, e também controversa, no domínio da inconstitucionalidade por acção é o Acórdão n.º 39/84, 3.º vol., págs. 95 e segs., onde se considera inconstitucional o diploma que revogava parte substancial da lei que havia instituído o Serviço Nacional de Saúde. Considerando essa lei instituidora do SNS como cumprimento da obrigação constitucional de realização do direito fundamental à

saúde, o Tribunal Constitucional considerou que o Estado ficava vinculado a abster-se de atentar contra a realização entretanto dada ao direito social.

Perpassa aqui, de algum modo, uma adesão ao princípio da proibição do retrocesso social, ainda que o Tribunal Constitucional a justifique, nesta situação particular, por facto de (i) a instituição de um Serviço Nacional de Saúde ser uma verdadeira imposição constitucional e não simples norma programática, (ii) por se prescreverem as concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas linhas de acção e (iii) por se estar no plano da realização de direitos fundamentais e, no caso concreto, a concretização legislativa já existente nesse domínio ter sido simplesmente revogada e não substituída por nova concretização.

Apesar do seu carácter controverso, a lógica desta decisão viria a ser retomada recentemente no Acórdão n.º 254/02 (53.º vol., págs. 7 e segs.) sobre independência dos meios de comunicação social do sector público perante o Governo. Também nesta decisão o Tribunal Constitucional considerou inconstitucional a norma ordinária que eliminava a competência do Conselho de Opinião para dar parecer vinculativo sobre a composição do órgão de administração da empresa concessionária do serviço público de televisão sem que fossem simultaneamente estabelecidos outros procedimentos destinados a garantir a imposição constitucional do artigo 38.º, n.º 6, da Constituição («a estrutura e o funcionamento dos meios de comunicação social do sector público devem salvaguardar a sua independência perante o Governo, a Administração e os demais poderes públicos»).

No fundo, o sentido da vinculação constitucional é afim do que resultava do acórdão sobre o Serviço Nacional de Saúde: sempre que haja normas ordinárias destinadas a conferir exequibilidade ou preceptividade às normas constitucionais de garantia de direitos fundamentais, o legislador ordinário não pode, sem mais, suprimir essas normas sem criar simultaneamente outros meios de garantia efectiva da norma constitucional. O facto de nos encontrarmos num domínio próprio de direitos, liberdades e garantias (caso da independência dos meios de comunicação social) ou num domínio próprio de direitos sociais (caso do direito à saúde) não introduz qualquer necessidade de diferenciação, o que confirma a tese que defendemos sobre a confluência dos regimes materiais de direitos, liberdades e garantias ou de direitos sociais sem-

pre que não sejam accionáveis as reservas que condicionam o alcance jurídico deste último tipo de direitos.

Já noutras ocasiões, apesar da existência de imposições constitucionais precisas que, em alguma medida, se podem configurar como parâmetros objectivos de fiscalização da inconstitucionalidade por acção em caso de desrespeito ou inobservância de um sentido normativo aparentemente claro e inequívoco (do sentido preciso dessas imposições constitucionais poderia inferir-se, à luz da jurisprudência firmada no referido Acórdão n.º 39/84, a existência das correspondentes proibições específicas de afectação regressiva ou revogatória), o Tribunal Constitucional tem-se orientado num sentido, discutível, de grande contenção ou condescendência para com as decisões do legislador ordinário.

Referimo-nos concretamente ao Acórdão n.º 330/89 (13.º vol., I, págs. 419 e segs.), a propósito das instituições das chamadas taxas moderadoras no Serviço Nacional de Saúde e ao Acórdão n.º 148/94 (27.º vol., págs. 77 e segs.), sobre as propinas no ensino superior público.

Neste último acórdão, perante um aumento significativo de propinas introduzido por lei de 1992, em aparente contradição com a incum-bência que o artigo 74.º, n.º 1, alínea e), da Constituição impõe ao Estado («estabelecer progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino»), o Tribunal Constitucional apenas se pronuncia pela inconstitucionalidade dos aumentos que vão para além da actualização do valor das propinas segundo o crescimento dos preços verificado no Índice de Preços no Consumidor; para tanto, o Tribunal parte do princípio de que aquela imposição constitucional de *progredir* na gratuitidade não impede a actualização do valor das propinas tendo em conta a desvalorização da moeda entretanto verificada. Tomando como valor de referência a tabela de propinas instituída no ano de 1941 (data da última actualização), não considera inconstitucionais as actualizações que não ultrapassem o crescimento dos preços verificado desde então até à actualidade.

Esta decisão gerou, e ainda gera, alguma controvérsia e dela se dirá que, no mínimo, o resultado a que chega frustra o sentido último da própria lógica adoptada pelo Tribunal Constitucional. Como se salienta em dois votos de vencido (ARMINDO RIBEIRO MENDES e Luís NUNES DE ALMEIDA), quando faz reportar a data de referência para a actualização a 1941, o Tribunal acaba por *ignorar* o sentido normativo da imposição

## 2. Princípio da socialidade

constitucional. É que quando o legislador constituinte impôs aquela obrigação em 1976 teve naturalmente em conta o valor que se pagava na altura; nos anos seguintes, esse valor deveria ser, à luz daquela imposição constitucional, «mais gratuito» do que era em 1976 (ainda que o grau, a medida e o ritmo desse «mais» pudessem variar em função das disponibilidades financeiras do Estado) ou, pelo menos, não poderia ser «mais caro» do que era em 1976. À luz da imposição constitucional, mesmo admitindo que ela não proibia actualizações, essa seria, pois, a única data legítima a ser considerada para efeitos de cálculo da actualização monetária.

Mas, o que nos parece sobretudo inadequado na maioria das tomadas de posição doutrinárias sobre este problema é que a solução é sempre procurada a partir da exegese da norma constitucional, do apuramento do sentido preciso do «progressivamente» ou da «gratuidade», quando raramente no domínio dos direitos fundamentais e, ainda mais raramente, no domínio particular dos direitos sociais se podem firmar posições sólidas a partir de um ponto de apoio meramente literal.

Assim, quando a Constituição impõe ao Estado que estabeleça «progressivamente a gratuitidade de todos os graus de ensino» [artigo 74.º, n.º 2, alínea e), da Constituição] há toda uma margem de conformação deixada ao legislador ordinário — que acresce à natureza constitucional já de si indeterminada do direito social como um todo — que lhe abre inúmeras possibilidades de concretização cuja selecção não é, à partida, judicialmente sindicável. O «progressivamente» pode referir-se ao tempo ou ritmo da concretização, pode respeitar ao montante ou grau da «gratuidade», pode significar a possibilidade de uma realização por etapas ou parcelas atinentes aos diferentes graus de ensino, pode referir-se à gradual abrangência dos destinatários beneficiários em função das respectivas disponibilidades económicas.

O que, todavia, parece indiscutível é que, a prazo, a Constituição «quer» que todos os «graus de ensino» venham a ser gratuitos como forma de realizar o direito ao ensino como um todo. Ora, sobre esta intenção constitucional há, hoje, as maiores reservas e, em geral, pode mesmo dizer-se que existe praticamente um consenso, não apenas sobre a necessidade, mas também sobre a conveniência — o que contradiz a Constituição — do pagamento de propinas no ensino superior, na actualidade e a prazo. A superação *normal* desta contradição deveria ser,

pura e simplesmente, uma alteração da norma constitucional contida no artigo 74.º, n.º 2, alínea e). Porém, como não se enveredou por essa via e o aumento/actualização das propinas foi, quase unanimemente, considerado politicamente inevitável, o Tribunal Constitucional foi como que obrigado a uma decisão criativa de permissão de um aumento/actualização de propinas reportado ao índice de preços de 1941.

Decisões deste tipo já têm sido qualificadas como decisões jurídicas de *boa política* protagonizadas pelo Tribunal Constitucional. E, de facto, o problema aparenta ficar politicamente resolvido, mas, em nosso entender, os seus efeitos indirectos sobre a Constituição e a sua força normativa não são os mais desejáveis. Uma Constituição que assume como claro objectivo a instituição, a prazo, da gratuitidade de todos os graus de ensino não deve ver-se contraditada, com sucesso e com o aval do Tribunal Constitucional, por uma política que abandona deliberadamente esse objectivo e, por vezes, o proclama abertamente. Os riscos inevitáveis são os de os direitos sociais passarem a ser entendidos como algo que as maioriais políticas podem manipular quase ilimitadamente e sem sanção por parte do poder judicial.

De resto, já na primeira das decisões referidas, no Acórdão n.º 330/89 sobre taxas moderadoras, a *construção* do Tribunal Constitucional, no sentido da condescendência para com as opções políticas do legislador, era ainda mais marcada e, porventura, mais artificial. Numa altura em que a Constituição (artigo 64.º) impunha, como forma de garantir o direito à saúde, «a criação de um serviço nacional de saúde universal, geral e gratuito», o Tribunal Constitucional não considerou inconstitucional a instituição das chamadas taxas moderadoras no acesso aos cuidados públicos de saúde.

Para tanto, o Tribunal teve de partir de uma criativa distinção entre o sentido corrente de gratuito e um pretenso sentido constitucional e normativo de gratuitidade que, no entender do Tribunal Constitucional, seria compatível com pagamento (neste caso pagamento a título de taxas racionalizadoras da utilização dos serviços). Que também afi o Tribunal Constitucional assumia o papel de legislador apócrifo de revisão constitucional ficou claro quando, no mesmo ano, a revisão constitucional oficial veio posteriormente a alterar aquela norma para o sentido que tem hoje e, segundo o qual, o Estado já não está obrigado a criar um Serviço Nacional de Saúde gratuito, mas antes «um serviço nacional de

## 2. Princípio da socialidade

saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito».

Assim, enquanto que no caso do direito à saúde o legislador da revisão constitucional veio, *a posteriori*, ratificar a revisão efectiva já antes operada pelo Tribunal Constitucional, no caso do direito ao ensino o silêncio do legislador da revisão deixa ao Tribunal Constitucional a inteira responsabilidade de avalizar uma inconstitucionalidade cada vez mais flagrante. Isto é, como as actualizações das propinas não são consideradas inconstitucionais, o legislador ordinário adquiriu uma margem de conformação totalmente ilimitada desde que não ultrapasse esse limite máximo, mesmo quando ignora deliberadamente ou mesmo contradiz abertamente o sentido, o caminho e a orientação programados pela norma constitucional.

No domínio da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão destaca-se, recentemente, o Acórdão n.º 474/02 (que transcrevemos no ponto seguinte), sobre inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas necessárias para conferir exequibilidade à garantia constitucional da assistência material aos trabalhadores (no caso da função pública) que se encontram em situação de desemprego involuntário. Na fundamentação dessa decisão encontrar-se-ão referências doutrinárias e jurisprudenciais abundantes ao tema da inconstitucionalidade por omissão no domínio dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos sociais (ainda que incidentes, mais rigorosamente, sobre regime, pressupostos e requisitos da sua sindicabilidade jurisdicional no nosso sistema de fiscalização da constitucionalidade).

Quanto ao segundo tipo de jurisprudência, a que respeita à relevância jurídica dos direitos sociais mesmo quando as disposições constitucionais que os consagram são genéricas e indeterminadas — portanto, as situações em que, à partida, a relevância jurídica destes direitos será mais ténue ou mais problemática —, encontramos, desde logo, a manifestação de relevância que resulta do recurso aos direitos sociais enquanto fundamento de restringibilidade de direitos, liberdades e garantias.

Vejam-se, neste sentido, as inúmeras decisões do Tribunal Constitucional em que o confronto entre o direito social à habitação (dos arrendatários) e o direito de propriedade (dos senhorios) resulta — mesmo quando o Tribunal, a nosso ver incorrectamente, não assume dogmaticamente as situações em causa como verdadeiras restrições — na res-

trição ou na admissibilidade de restrição de um e/ou outro daqueles direitos. Assim, entre muitos, os Acórdãos n.os 263/00 (47.º vol., págs. 363 e segs.), 4/96 (33.º vol., págs. 109 e segs.), 346/93 (25.º vol., págs. 469 e segs.), 311/93 (24.º vol., págs. 207 e segs.), 151/92; (21.º vol., págs. 647 e segs.), 131/92 (21.º vol., págs. 505 e segs.), 130/92 (21.º vol., págs. 495 e segs.), 101/92 (21.º vol., págs. 381 e segs.), 425/87 (10.º vol., págs. 451 e segs.).

No entanto, os desenvolvimentos jurisprudenciais mais importantes verificados nos últimos tempos são, sem dúvida, os que se referem ao reconhecimento, por parte do Tribunal Constitucional, de um direito fundamental a um mínimo vital de existência condigna ou, na terminologia sugerida por VIEIRA DE ANDRADE, o direito fundamental a um mínimo para uma existência condigna.

Já salientámos a importância desta jurisprudência a propósito do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que remetemos, agora, para as referências que aí fizemos aos acórdãos mais importantes, seja na dimensão negativa deste direito (garantia de que o particular não seja privado do mínimo vital), seja na sua dimensão positiva prestaçional (direito positivo a prestações estatais destinadas a assegurar esse mínimo). A decisão mais significativa é o Acórdão n.º 509/02, sobre o rendimento social de inserção, que ali transcrevemos na íntegra e onde se encontra referência abundante à anterior jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre esse direito fundamental.

Como se viu, ainda que o Tribunal Constitucional releve sobremaneira a violação do princípio da dignidade da pessoa humana por facto de o legislador ter suprimido o acesso dos menores de 25 anos ao rendimento social de inserção de que até então dispunham, o tema teórico subjacente a essa decisão do Tribunal Constitucional é, substancialmente, o da afectação/restrição de um direito social, já que, seja pela sua indeterminabilidade constitucional, seja pela sua dependência de disponibilidades financeiras do Estado, este direito assume, independentemente da sua associação à dignidade da pessoa humana ou ao próprio direito à vida globalmente considerados, uma natureza de direito social (seja ele o direito à segurança social do artigo 63.º da Constituição, seja o direito a um mínimo de existência condigna que o Tribunal Constitucional retira do princípio da dignidade da pessoa humana).

Trata-se de uma afectação/restrição de um direito social porque, se até então o Estado reconhecia legislativamente o direito de todos os maiores de 18 anos às prestações do rendimento mínimo garantido, com a lei em causa passava a garantir plenamente esse acesso apenas aos maiores de 25 anos.

Embora estejamos de acordo com o resultado da decisão do Tribunal Constitucional, teríamos preferido, de acordo com as posições aí expostas, uma fundamentação baseada na violação do princípio da igualdade e na violação directa do direito social, uma vez que se trata de um caso exemplar em que o legislador não apresenta qualquer justificação relevante para a discriminação etária e para a supressão, sem nenhuma compensação substitutiva, de uma prestação social relevantíssima para os que, independentemente da idade, se encontram em situação de penúria e não dispõem dos meios objectivos de, por si só, saírem dessa situação.

Assim, mesmo admitindo, como faz o Tribunal Constitucional, que o direito em causa é fundamentalmente o direito a um mínimo de existência condigna que se extrai do princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no artigo 1.º da Constituição em associação ao direito à segurança social do artigo 63.º, falta sempre demonstrar por que razão se deve considerar que uma tal supressão/restrição é inconstitucional e, daí, a importância da fundamentação.

Entendeu o Tribunal Constitucional que, por força daquela supressão, o Estado deixava de garantir a todos os maiores de idade as prestações positivas capazes de assegurarem, com o mínimo de eficácia jurídica, o direito a uma existência condigna postulado, em primeira linha, pelo respeito da dignidade humana.

Da nossa parte, concordando com o resultado da decisão, não aceitamos a lógica, a que aparentemente o Tribunal Constitucional parece aderir, de que o critério, por excelência, da violação dos direitos sociais é o da violação de um pretenso «mínimo social». Para o Tribunal, a norma em apreciação atingia «o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna» (sublinhados nossos). Mas neste domínio, perguntemos, como é que se pode dizer, com algum grau de comprovação intersubjectiva, qual é o mínimo de um mínimo?

Basta atentar nos votos de vencido no mesmo acórdão para ver quão plástico se revela um tal mínimo dos mínimos. Enquanto que

para a maioria dos juízes o «mínimo social» era violado com a supressão do acesso às prestações do rendimento social de inserção aos menores de 25 anos sem que houvesse outros mecanismos de protecção substitutivos com alguma eficácia jurídica, há juízes para quem bastaria a integração na família, o apoio das ONGs ou as prestações de acção social existentes para garantir o referido «mínimo social».

Por outro lado, mesmo admitindo que esse mínimo possa ser desfruído de forma intersubjetivamente comprovável, o problema não estaria definitivamente resolvido porque da própria natureza dos direitos sociais decorre a possibilidade ou até eventual necessidade de afectação desse mínimo. Por exemplo, a debilidade manifesta do nosso Estado social pode impedir facticamente que o Estado continue a garantir as prestações positivas sociais a todos e com o actual alcance. Nesse sentido, admitímos que o Estado possa, por exemplo com fundamento comprovado em dificuldades financeiras que não lhe permitam garantir universalmente o actual nível de prestações, restringir o direito através da redução ou até da supressão parcial das prestações positivas ou da diferenciação no actual universo dos que a elas podem aceder.

Mesmo uma fundamentação estritamente baseada no tal mínimo exigido pelo princípio da dignidade da pessoa humana não pode deixar de considerar outros factores atendíveis para uma eventual-compressão, pelo que tudo acaba, afinal, por se resumir a um problema de verificação da existência de uma justificação constitucionalmente adequada para a restrição.

Com efeito, mesmo considerando que é o princípio da dignidade da pessoa humana que exige aquele tipo de prestações, o seu grau de exigibilidade não é independente do contexto. O princípio da dignidade da pessoa humana deve valer tanto na Alemanha, como em Portugal ou em Moçambique. Mas se na Alemanha o direito a prestações sociais positivas deste tipo, como forma de garantia de um direito a um mínimo vital de existência, é tido, de forma relativamente pacífica, como judicialmente exigível, em Portugal já é discutível que o deva ser e, em Moçambique, não o será certamente.

Considerando, portanto, que este direito possa ser restringido (ou, caso não se adira a esta terminologia, admitindo que o actual grau da sua realização possa ser afectado), aquilo que entendemos não poder o Estado fazer é, porque se trata de um direito fundamental, restringir ou

## *2. Princípio da socialidade*

discriminar, como em nosso entender foi o caso, com base em razões de matriz puramente ideológica e sem base constitucional.

De facto, o problema concreto nasceu quando um dos partidos que forma a coligação maioritária que apoia o Governo desenvolveu, durante a anterior campanha eleitoral, um intenso combate político e ideológico contra o que, na altura, se designava como rendimento mínimo garantido e que constituía, de certa forma, o essencial das prestações positivas que, entre nós, procuravam assegurar o referido direito a um mínimo de existência condigna. Já após a vitória eleitoral e formação do novo Governo, a proposta de lei que viria a ser aprovada pela Assembleia da República era o resultado desse combate e propunha a substituição do anterior rendimento mínimo garantido pelo novo rendimento social de inserção.

Curiosa e inesperadamente, atendendo à virulência das anteriores críticas, o novo diploma tinha essencialmente apenas duas novidades: uma, a alteração da designação; a outra, e esta, sim, problemática, a supressão do direito para quem tivesse menos de 25 anos. Ora, como se insere do debate parlamentar, a justificação para essa supressão era nula; não eram invocadas quaisquer razões para que as pessoas com menos de 25 anos se vissem privadas desse direito, sendo, por outro lado, seguro que a poupança que tal medida geraria era irrisória no conjunto do orçamento da segurança social.

Sabia-se o que estava por detrás da proposta: a referida campanha política e ideológica contra o rendimento mínimo que, no seu todo, e não apenas no que se referia aos menores de 25 anos, era acusado de fomentar a peregrinação, a subsídio-dependência, o viver à sombra do Estado social. Porém, como provavelmente não havia condições políticas para atacar o direito de todos, a saída encontrada foi atacar só o direito dos menores de 25 anos.

Mas pode um direito fundamental ser restringido por simples razões de luta política? Pode a maioria política, servindo-se do princípio atendível da liberdade constitutiva do legislador democrático, manipular livremente um direito social e restringi-lo sem a invocação de quaisquer razões constitucionalmente legítimas?

Em nosso entender não pode, se o fizer incorre em inconstitucionalidade e pode e deve o Tribunal Constitucional, se solicitado a tal, atalhar eficazmente um tal procedimento.

Que se tratava de pura manipulação política ficou claro com os sucessos subsequentes à decisão de inconstitucionalidade. A maioria política passou a justificar a pretendida restrição com base numa intenção meritória de estimular nos mais jovens a procura de emprego. Daí que a nova proposta passasse a ser a seguinte: para acolher a decisão do Tribunal Constitucional todos os maiores de 18 anos, tal como acontecia anteriormente, teriam direito ao rendimento social de inserção, mas os menores de 30 anos (a arbitrariedade da discriminação estaria era agora perfeitamente evidente: se a exclusão dos menores de 25 anos não vingara, pois passariam então a ser os menores de 30 a ser discriminados) só poderiam requerer o acesso às prestações se estivessem desempregados há mais de seis meses e tivessem entretanto revelado disponibilidade activa para procurar emprego.

Esta nova versão viria, porém, a ser politicamente vetada pelo Presidente da República por, em seu entender, não ser adequada e necessária a prosseguir os fins, aceitáveis, proclamados pelo legislador. Ora, a mesma maioria política, embora dispusesse dos votos suficientes para superar o voto do Presidente da República, acolheu a sugestão presidencial com toda a facilidade, com o que, a final, todos os maiores de 18 anos, como sempre acontecera, passaram a ter acesso às prestações do rendimento social de inserção, ainda que com a condição de os menores de 30 anos só o poderem manter se estiverem inscritos no centro de emprego e não recusarem, de forma injustificada, oferta de emprego.

O caso é, a nosso ver, exemplar na medida em que comprova claramente que, no domínio dos direitos sociais, a fronteira entre necessidades atendíveis do Estado e as razões de mera luta política são muito tênues, mas, precisamente por isso e porque se trata da garantia de direitos fundamentais, o escrutínio da justiça constitucional, se devidamente entendido, é essencial. Nesse escrutínio deve ser devidamente tida em conta a margem de conformação reconhecida ao legislador democrático, mas ela não pode anular a força normativa vinculativa dos direitos fundamentais. Uma atitude débil e de autocontenção por parte do Tribunal Constitucional teria, no caso, permitido que, à sombra do princípio da liberdade constitutiva do legislador, razões puramente fúteis e, como se verificou, prescindíveis, de *barganha* política fossem, na prática, aceites como fundamento de restrição de um direito fundamental.

## 2. Princípio da socialidade

social que, todavia, pode ter uma importância decisiva na vida concreta das pessoas que se encontram em situações materiais de grande dificuldade.

2.2.2. Acórdão n.º 474/02, sobre inconstitucionalidade por omissão das medidas legislativas de garantia da assistência material aos trabalhadores da função pública em situação de desemprego involuntário

### ACÓRDÃO N.º 474/02

Processo n.º 489/94.

2.ª Secção (Plenário).

Relator: BRAVO SERRA.

I. O Provedor de Justiça veio, fundado no n.º 1 do artigo 283.º da Constituição, requerer a este Tribunal que apreciasse e verificasse a inconstitucionalidade resultante da falta das medidas legislativas necessárias para conferir plena exequibilidade, no que aos trabalhadores da função pública diz respeito, à norma contida na alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da Lei Fundamental.

Para tanto, invoca, em síntese:

- a localização sistemática da norma vertida na alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º da Constituição no Capítulo I do Título III da sua Parte I, poderia levar a concluir que o direito dos trabalhadores à assistência inaterial, quando involuntariamente se encontram em situação de desemprego, gozaria, tão só, do regime dos direitos económicos, sociais e culturais, não lhe sendo, consequentemente, aplicável o regime constitucionalmente consagrado para os direitos, liberdades e garantias constantes do Título I, nos quais se incluem os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores a que se reporta o Capítulo III desse Título;
- contudo, o facto de, nominalmente, se tratar de um direito económico e, estruturalmente, de um direito a uma prestação, não impede que lhe possa ser reconhecida, em parte, natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando do regime destes, nos termos do artigo 17.º da Constituição, já que o direito dos trabalhadores à assistência material, reclama, pela sua ligação indissociável, um tratamento analógico com o direito fundamental — que é condição prévia da exis-

- tência de todos os outros direitos das pessoas singulares e condição primeira da dignidade humana — justamente o direito à vida;
- não se podendo considerar o direito ao trabalho como tendo natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, nada permite deixar, sem mais, de admitir essa natureza ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, como forma residual de assegurar as condições mínimas de subsistência necessárias para a salvaguarda do direito à vida;
  - por isso, não será difícil concluir que decorre da Constituição a obrigatoriedade para o legislador de estabelecer uma assistência material mínima para todos os trabalhadores que involuntariamente se encontrem em situação de desemprego, o que será encontrado através do referencial das condições mínimas de subsistência, que corporizam, assim, a concreta imposição legiferante do legislador constituinte ao legislador ordinário, desta arte se fundando a atribuição de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias ao direito dos trabalhadores à assistência material quando involuntariamente se encontrem desempregados, direito esse que, aliás, é reconhecido a todos os trabalhadores no proémo do artigo 59.º da Constituição;
  - a noção constitucional de trabalhador, por seu turno, deverá abranger todo aquele que trabalha ou presta serviço por conta e sob a direcção e autoridade de outrem, independentemente da categoria deste (actividade privada ou pública) e da natureza jurídica do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública, etc.), pelo que em tal noção se abrangão os funcionários públicos;
  - a estes, por conseguinte, se há-de reconhecer constitucionalmente o direito à assistência material quando involuntariamente se encontrem em situação de desemprego;
  - a concretização legislativa ordinária de tal direito encontra-se plasmada no Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, ao instituir o designado «subsídio de desemprego», beneficiando desta prestação unicamente os trabalhadores vinculados pelo regime jurídico privado decorrente do contrato individual de trabalho, motivo pelo qual o âmbito de aplicação deste diploma, no qual se esgota a disciplina da assistência material aos trabalhadores quando se encontrem involuntariamente em situação de desemprego, não abrange os funcionários e agentes da Administração Pública, e isso porque a sua relação jurídica de emprego não é regulada pelo regime jurídico privado do contrato individual de trabalho, mas por regimes jurídicos específicos;
  - se, no que respeita aos indicados funcionários e agentes, há casos em que as causas de extinção da relação jurídica de emprego não permitem

## 2. Princípio da socialidade

configurar situações de desemprego involuntário — caso da exoneração —, não deixam de ocorrer, em número apreciável, situações que não mereceriam a atenção do legislador no sentido de obter um desenvolvimento adequado à plena exequibilidade do direito contido no artigo 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição:

- são os casos de admissão de exoneração, por despacho da entidade que tiver nomeado o funcionário, no decurso do período probatório, sem prejuízo do regime do estágio de ingresso, previsto no n.º 10 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro; de funcionários e agentes a quem seja aplicada a pena disciplinar de demissão [que é configurável como situação de desemprego involuntário, em termos idênticos à dos trabalhadores vinculados por contrato individual de trabalho, cujo desemprego decorrente de despedimento com justa causa é considerado, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, alínea a), do Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, como involuntário]; de funcionários e agentes considerados pessoal disponível, nos termos do Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro, em que a necessidade de opção por alguma das medidas excepcionais de descongestionamento da função pública previstas no artigo 6.º desse diploma pode vir a conduzir à extinção inelutável da relação jurídica de emprego público, na medida da impossibilidade prática da activação, em cada caso concreto, da totalidade das alternativas ali elencadas; dos agentes administrativos, isto é, do pessoal cuja relação jurídica de emprego nasce da celebração com a Administração Pública de um contrato administrativo de provimento, em que são previstas, quer a caducidade de tal contrato (dada a sua natureza transitória, como expressamente se reconhece no artigo 15.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 427/89, de 7 de Dezembro), quer a extinção da relação jurídica de emprego por simples denúncia da entidade empregadora, sem que se reconheça qualquer elemento de voluntariedade por parte do agente administrativo [artigo 30.º, n.º 1, alínea b)]; do regime especial definido no Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básico e Secundário, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 139-A/90, de 28 de Abril, a propósito das situações de nomeação provisória, período probatório e contrato administrativo (artigos 30.º, 32.º e 33.º, respectivamente);
- deverá concluir-se, assim, que, para estes casos, e porque aos mesmos não é aplicável o Decreto-Lei n.º 79-A/89, nem qualquer outro regime normativo concretizante daação de assistência material quando os respectivos trabalhadores e agentes da Administração Pública se encontrem involuntariamente em situação de desemprego, o direito conferido no artigo 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição não encontra

- concretização legislativa, apesar de nada permitir um tratamento desigual face aos trabalhadores vinculados pelo regime jurídico privado do contrato individual de trabalho;
- estando em causa um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, não será possível que o legislador ordinário goze de total margem de livre decisão no tocante à oportunidade de concretização do direito, por isso que se não está em face de um direito sob reserva do possível — facto que autorizaria o poder legislativo ordinário a diferir a sua concretização ou desenvolvimento de acordo com uma opção que tomasse relativamente à afectação de recursos disponíveis;
  - configura-se, desta sorte, uma omissão inconstitucional das medidas legislativas necessárias a tornar exequível a norma constante do artigo 59.º, n.º 1, alínea e), do Diploma Básico;
  - mesmo que, por hipótese, se considerasse não estarmos perante um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, caso em que seria deixada ao legislador significativa margem de livre decisão quanto à oportunidade da sua concretização, ainda assim se verificaria, em todo o caso, uma omissão inconstitucional relativa [pois que a concretização do direito à assistência material consagrado naquela alínea e) do n.º 1 do artigo 59.º, não abrange uma parte dos trabalhadores destinatários daquela forma de protecção];
  - esta não abrangência viola o princípio da igualdade consignado no artigo 13.º da Constituição e concretizado no proémio do n.º 1 do seu artigo 59.º, ao prever expressamente que todos os trabalhadores detêm a totalidade dos direitos consagrados neste último articulado, violação que não é menos evidente por, eventualmente, se considerar estar em causa um direito fundamental sem natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, pois que, como é sustentado doutrinalmente, se o legislador actua voluntariamente criando uma certa disciplina legal, então ele ficará obrigado a não deixar inconsiderados os casos essencialmente iguais aos previstos naquela disciplina;
  - neste ponto, até poderia parecer indicado recorrer aos mecanismos de fiscalização por acção, cumulando uma inconstitucionalidade por acção, a partir da violação do princípio da igualdade, com inconstitucionalidade parcial por omissão;
  - porém, o que resulta como necessário e conforme à Constituição, neste caso, não é extinguir a assistência material aos trabalhadores vinculados por contrato individual de trabalho, mas estender essa assistência aos restantes trabalhadores por conta de outrem que não estejam abrangidos, através da formulação de medidas legislativas adequadas, o que até já

## 2. Princípio da socialidade

foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional quando, em sede de fiscalização abstracta sucessiva, se debruçou sobre esta questão no Acórdão n.º 423/87, ao admitir que a concretização de direitos fundamentais em violação do princípio da igualdade deve ser subestimada relativamente à extensão do seu regime, colocando termo a uma omissão parcial.

Notificados os Presidente da Assembleia da República e Primeiro-Ministro para se pronunciarem, querendo, nos termos das disposições conjugadas dos artigos 67.º, 53.º e 54.º, n.º 3, todos da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, só o veio fazer o primeiro, oferecendo o merecimento dos autos.

Elaborado «memorando» pelo Vice-Presidente do Tribunal Constitucional e de que resultou fixada a orientação deste órgão de administração de justiça (que no presente caso se segue praticamente pari passu), cumpre agora formar a decisão.

2. Este Tribunal tem afirmado que uma inconstitucionalidade por omissão só é verificável, quando existir em concreto uma específica incumbência dirigida pela Constituição ao legislador e que este se abstenha de a satisfazer (assim, Acórdãos n.ºs 276/89 e 359/91, publicados nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, respectivamente 13.º vol., tomo I, págs. 135 e segs., e 19.º vol., págs. 189 e segs.).

No primeiro daqueles casos escreveu-se:

«... a intervenção do legislador não se reconduz aqui ao “dever” que impede sobre o órgão ou órgãos de soberania para tanto competentes de acudir às necessidades “gerais” de legislação que se façam sentir na comunidade jurídica (isto é, não se reconduz ao “dever geral” de legislar), mas é antes algo que deriva de uma específica e concreta incumbência ou encargo constitucional (*Versassungsauftrag*). Por outro lado, trata-se de uma incumbência ou “imposição” não só claramente definida quanto ao seu sentido e alcance, sem deixar ao legislador qualquer margem de liberdade quanto à sua própria decisão de intervir (isto é, quanto ao an da legislação) — em tais termos que bem se pode falar, na hipótese, de uma verdadeira “ordem de legislar” —, como o seu cumprimento fica satisfeito logo que por uma vez emitidas (assim pode dizer-se) as correspondentes normas. ...»

Já no Acórdão n.º 424/01 (in *Diário da República*, II Série, de 14 de Novembro de 2001), ao começar a analisar a situação então submetida ao Tribunal, afirmou-se:

«... No Acórdão n.º 276/89 deste Tribunal, publicado em *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 13.º vol.-I, págs. 135 e segs., salientou-se a complexidade dos problemas que suscita a exacta delimitação do âmbito do conceito

de 'omissão legislativa' com vista ao mecanismo do controlo previsto no artigo 283.º da CRP, evocando-se, a propósito, a jurisprudência da Comissão Constitucional (Pareceres n.º 4/77, 8/77, 11/77, 9/78 e 11/81, em *Pareceres da Comissão Constitucional*, 1.º vol., págs. 77 e segs. e págs. 145 e segs., 2.º vol., págs. 3 e segs., 5.º vol., págs. 21 e segs. e 15.º vol., págs. 71 e segs., respectivamente) e a doutrinação de GOMES CANOTILHO (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, págs. 325 e segs.), JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, tomº II, 2.ª ed., 1983, págs. 393 e segs.) e VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1983, págs. 300 e segs.).

À luz da doutrina geral então exposta — para que se remete — e de modo semelhante à situação que foi apreciada no Acórdão n.º 276/89, na situação em apreço, à data do pedido, estavam reunidas as circunstâncias típicas de uma 'omissão legislativa' (mesmo acolhendo uma visão restritiva do conceito), pois se configurava uma muito concreta e específica incumbência cometida pela Constituição ao legislador, perfeitamente definida no seu sentido e alcance, sem deixar qualquer margem de liberdade quanto à sua decisão de intervir ou não, mostrando-se cumprido o desiderato constitucional logo que emitidas as correspondentes normas.

Haveria, apenas, que ponderar se o tempo entretanto decorrido desde a entrada em vigor da Lei Constitucional n.º 1/97 — isto para quem entenda tratar-se de aspecto essencial na configuração de uma das situações previstas no artigo 283.º da CRP — era, ou não, bastante para o cumprimento da tarefa legislativa em causa. ...»

Procurando sumariar a jurisprudência da Comissão Constitucional e do Tribunal Constitucional sobre a matéria, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE (*Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª cd., Almedina, 2001, pág. 380, nota 24) aponta como requisitos estabelecidos naquela jurisprudência «... 1) o não cumprimento de uma norma constitucional determinada; 2) a norma não ser exequível por si mesma; 3) falta ou insuficiência das medidas legislativas necessárias na situação concreta; 4) que essa falta seja causa do não cumprimento da Constituição...».

Na doutrina, é dominante — se não unânime — o entendimento de que o objectivo do artigo 283.º da Constituição, ao consagrar o instituto da fiscalização da constitucionalidade por omissão, não consiste em pretender que se proceda a uma apreciação dos resultados globais da aplicação da Constituição, mas apenas a uma apreciação de uma concreta e específica situação de violação dela, necessariamente demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não confere exequibilidade.

Nesta linha de pensamento, GOMES CANOTILHO (*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*; Coimbra Editora, 1982, págs. 332 e segs. e 481

## 2. Princípio da socialidade

e segs.) assinala que «o conceito jurídico-constitucional de omissão não se identifica com o conceito naturalístico», pelo que «não se trata apenas de um simples negativo 'não fazer' do legislador; trata-se de este não fazer aquilo a que de forma concreta e explícita estava constitucionalmente obrigado». Ou seja, «omissão legislativa, jurídico-constitucionalmente relevante, existe quando o legislador não cumpre ou cumpre incompletamente o dever constitucional de emanar normas destinadas a actuar as imposições constitucionais permanentes e concretas».

O mesmo autor acrescenta noutra local (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, 1998, págs. 917 e segs.) que:

«... As omissões legislativas inconstitucionais derivam do não cumprimento de imposições constitucionais em sentido estrito, ou seja, do não cumprimento de normas que, de forma permanente e concreta, vinculam o legislador à adopção de medidas legislativas concretizadoras da constituição. Consequentemente, devemos separar omissões legislativas resultantes da violação de preceitos constitucionais concretamente impositivos, do não cumprimento da constituição derivado da não actuação de normas-fim ou normas-tarefa, abstractamente impositivas. É diferente dizer que há uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não adopta as medidas legislativas necessárias para dar execução aos preceitos constitucionais que, de forma permanente e concreta, impõem, por ex., o estabelecimento e actualização do salário mínimo nacional (artigo 59.º/2-a), a organização, coordenação e financiamento de um «sistema de segurança social unificado e descentralizado» (artigo 63.º/2), a criação de «um serviço nacional de saúde, universal, geral e tendencialmente gratuito» (artigo 64.º/2-a), a criação e desenvolvimento de «reservas e parques naturais e de recreio» (artigo 66.º/2-c), a promoção e criação de uma «rede nacional de assistência materno-infantil e de uma rede nacional de creches» (artigo 67.º/2-b), a garantia de um «ensino básico universal, obrigatório e gratuito» (artigo 74.º/2-a), do que não dar cumprimento a normas-fim e normas-tarefa que, de forma permanente mas abstracta, impõem a prossecução de certos objectivos. É o caso, por ex., de preceitos como os dos artigos 9.º e 81.º O incumprimento dos fins e objectivos da constituição é também inconstitucional, mas a sua concretização depende essencialmente da luta política e dos instrumentos democráticos, ao passo que as omissões legislativas inconstitucionais, em sentido restrito, podem originar uma acção de constitucionalidade nos termos do artigo 283.º da CRP.

Existe ainda omissão legislativa quando a constituição consagra normas sem suficiente densidade para se tornarem normas exequíveis por si mesmas, reenviando implicitamente para o legislador a tarefa de lhe dar exequibilidade prática. Esta hipótese adquire autonomia quando as normas constitucionais

não se configarem, juridicamente, como ordens concretas de legislar ou como imposições permanentes e concretas (exs.: lei que define os crimes de responsabilidade política para assegurar a exequibilidade do artigo 117.º/3; lei que define o processamento da actividade administrativa para tornar exequível o artigo 267.º/5).

Verifica-se também uma omissão legislativa inconstitucional quando o legislador não cumpre as ordens de legislar constitucionalmente consagradas em certos preceitos constitucionais. As ordens de legislar diferentemente das imposições constitucionais (que são determinações permanentes e concretas), traduzem-se, em geral, em imposições únicas (isto é: imposições concretas mas não permanentes) de emanção de uma ou várias leis necessárias à criação de uma nova instituição ou à adaptação das velhas leis a uma nova ordem constitucional. A LC 1/82 continha, no artigo 244.º, uma ordem de legislar, dado que esta imposição constitucional se esgotava logo que fosse publicada a lei sobre organização e funcionamento do Tribunal Constitucional. Em termos semelhantes, a LC 1/89 (artigo 207.º) «ordena» a aprovação de legislação que permita adaptar a lei de organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional às alterações introduzidas na segunda revisão constitucional. O mesmo se passa com o artigo 196.º da LC 1/97 onde se pressupõe a alteração desta mesma lei da organização do Tribunal Constitucional.

Na doutrina mais recente salienta-se a possibilidade de omissão legislativa pelo não cumprimento da obrigação do legislador em melhorar ou corrigir as normas de prognose (= prognóstico, previsão) incorrectas ou desfasadas perante circunstâncias supervenientes. A omissão consiste agora não na ausência total ou parcial da lei, mas na falta da adaptação ou aperfeiçoamento das leis existentes. Esta carência ou "deficite" de aperfeiçoamento das leis assumirá particular relevo jurídico constitucional quando, da falta de «melhorias» ou "correcções", resultem consequências gravosas para a efectivação de direitos fundamentais ...»

JORGE MIRANDA (*Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra Editora, 2001, pág. 284 e segs.), louva-se por inteiro, quanto a este preciso ponto, na jurisprudência do Tribunal Constitucional, fixada no Acórdão n.º 276/89, cuja doutrina reproduz e transcreve, não sem antes anotar que a «inconstitucionalidade por omissão — tal como a inconstitucionalidade por acção — não se afera em face do sistema constitucional em bloco. É aferida em face de uma norma cuja não exequibilidade frustra o cumprimento da Constituição. A violação específica se olhando a uma norma violada, e não ao conjunto de disposições e princípios. Se assim não fosse, o juízo de inconstitucionalidade seria indefinido, fluido e dominado por considerações extrajurídicas e o órgão de garantia poderia ficar remetido ao arbítrio ou à paralisia».

## 2. Princípio da socialidade

331

Por seu lado, VIEIRA DE ANDRADE (*ob. cit.*, págs. 380 e segs.) refere, a propósito da inconstitucionalidade por omissão:

«... Dos diversos requisitos de verificação deste tipo de inconstitucionalidade, interessa-nos acentuar agora que tem de tratar-se do incumprimento de uma certa e determinada norma e não do conjunto de determinações e de princípios constitucionais. Adoptando uma formulação mais elaborada, dominante na jurisprudência e doutrina alemãs, há omissão legislativa sempre que o legislador não cumpre, ou cumpre insuficientemente, o dever constitucional de concretizar imposições constitucionais concretas.

Julgamos que só há inconstitucionalidade por omissão e, portanto, censura jurídico-constitucional ao legislador na medida exacta em que o dever de legislar seja materialmente determinado ou determinável. A possibilidade de verificação da inconstitucionalidade depende, pois, do grau de densidade da norma impositiva e, consequentemente, do grau de vinculação do legislador em face da Constituição...»

Nesta ordem de ideias, torna-se certo que a disposição constitucional em que se funda a invocação da inconstitucionalidade por omissão tem que ser suficientemente precisa e concreta para que o Tribunal possa determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, sem ter de se pronunciar sobre opções políticas eventualmente diversas.

Assim, quando as possibilidades deixadas pela Constituição ao legislador ordinário são praticamente ilimitadas, o Tribunal não pode determinar, por critérios estritamente jurídicos, o incumprimento do dever de legislar. E, consequentemente, como a verificação jurisdicional da inconstitucionalidade por omissão não pode assentar num júzgo político, ela torna-se inviável.

Resumir-se-á, pois, este ponto dizendo que a verificação da inconstitucionalidade por omissão supõe a existência de uma concreta e específica situação de violação da Constituição, demarcada a partir de uma norma suficientemente densificada, a que o legislador ordinário não conferiu atempadamente exequibilidade.

3. Uma parte significativa do esforço argumentativo do requerente destina-se a demonstrar que o direito à assistência material em situação involuntária de desemprego tem natureza análoga à dos denominados direitos, liberdades e garantias. Provavelmente, por entender que só a omissão de legislação que garanta a efectivação destes últimos pode conduzir à verificação da inconstitucionalidade por omissão.

Deve considerar-se, porém, que a indagação atinente ao descortinar de uma eventual estrutura análoga entre o direito consignado no artigo 59.º, n.º 1, alínea e), da Constituição e os direitos, liberdades e garantias se apresenta:

como irrelevante, porquanto a eventual existência ou inexistência de uma tal analogia não revestirá interesse para a decisão do presente processo.

Com efeito, a generalidade da doutrina entende, sem qualquer margem de dúvida, que também as normas constitucionais consagradoras de direitos sociais podem fundar a verificação de uma inconstitucionalidade por omissão. Questão é que se verifiquem os pressupostos que acima se apontaram.

Assim, Gomes Canotilho (*Direito Constitucional*, cit., pág. 434) afirma que «as normas constitucionais consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais, modelam a dimensão objectiva através de duas formas: (1) imposições legiferantes, apontando para a obrigatoriedade de o legislador actuar positivamente, criando as condições materiais e institucionais para o exercício desses direitos (cfr., por exemplo, artigos 58.º/3, 60.º/2, 63.º/2, 64.º/3, 65.º/2, 66.º/2, 73.º/2/3, 78.º/2); (2) fornecimento de prestações aos cidadãos, densificadoras da dimensão subjectiva essencial destes direitos e executoras do cumprimento das imposições constitucionais». E, mais adiante, acrescenta (*ibidem*, pág. 440) que «as normas de legislar acopladas à consagração de direitos sociais são autênticas imposições legiferantes, cujo não cumprimento poderá justificar ... a inconstitucionalidade por omissão».

De outra banda, e de forma particularmente elucidativa, José Carlos Vieira de Andrade (*obra citada*, págs. 378 e segs.), ao tratar da força jurídica dos preceitos relativos aos direitos sociais, aponta exactamente, como um dos aspectos em que ela se manifesta, a «imposição legislativa concreta das medidas necessárias para tornar exequíveis os preceitos constitucionais — incluindo, por vezes, a garantia pública da existência de um sistema de prestações de bens e serviços —, cujo incumprimento dará lugar a uma inconstitucionalidade por omissão (artigo 283.º)». E isto, depois de assinalar que «os preceitos relativos aos direitos sociais a prestações não são meramente proclamatórios, constituem normas jurídicas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjectivas (a que chamamos pretensões) e estabelecem garantias institucionais, impondo ao legislador a obrigação de agir para lhes dar cumprimento efectivo — constituem, assim, «imposições legiferantes». Em consequência, os preceitos constitucionais relativos aos direitos sociais gozam da força jurídica comum a todas as normas constitucionais imperativas».

Sublinha ainda o mesmo autor, impressivamente, que o «efeito típico das normas constitucionais relativas aos direitos sociais decorre do seu carácter de imposições de legislação. Tratando-se, no seu conteúdo principal, de direitos a prestações públicas, o dever que lhes corresponde da parte do Estado é precisamente, em primeira linha, o dever de legislar, já que a feitura de leis é uma tarefa devida (no caso dos direitos a prestações jurídicas) ou uma condição organizatória necessária (no caso dos direitos a prestações materiais) para a sua realização efectiva».

## 2. Princípio da socialidade

O mencionado esforço argumentativo do requerente tendente a demonstrar a analogia entre o direito constitucional em causa e os direitos, liberdades e garantias, terá assentado, pois, no equívoco de que dá conta Gomes Canotilho (mencionada *Constituição Dirigente*, págs. 336 e337) ao dizer que não «raro se pretende que a omissão inconstitucional só tem relevo prático quando implica a violação de direitos fundamentais. A conexão de um comportamento omisivo do legislador com a lesão de direitos fundamentais tem, de novo, subjacente, um pensamento processual: como em certos países só pode haver uma ação constitucional de defesa contra actos do poder público ofensivos dos direitos, liberdades e garantias, daí resultaria que só neste caso poderia haver operatividade prática da omissão legislativa. Não se subscreve esta teoria: (1) a omissão legislativa inconstitucional existe sempre que o legislador não «executa» ou apenas cumpre parcialmente uma imposição constitucional concreta; (2) nem todos os direitos fundamentais eventuais acções por omissão legislativa, pois também no âmbito destes direitos se tem de demonstrar existir um dever da acção concretamente imposto ao legislador pela constituição; (3) a violação dos direitos fundamentais por omissão legislativa pode resultar indirectamente de outras imposições constitucionais, sem que se possa falar, a não ser em termos amplos, de omissão lesiva de direitos fundamentais, subjetivos e concretos (ex.: não realização da imposição da Reforma Agrária)».

Nesta conformidade, o que importa é verificar se a norma constitucional respeitante ao direito à assistência material em situação de desemprego possui as características pressupostas pela verificação da existência de uma inconstitucionalidade por omissão, ainda que tal direito seja um direito social e não deva ser tido como análogo aos direitos, liberdades e garantias.

4. O direito à assistência material dos que involuntariamente se encontram em situação de desemprego constava já da versão originária da Constituição, elencado, então, no artigo 52.º, e de entre as incumbências do Estado, para através da aplicação de planos de política económica e social, garantir o direito ao trabalho», partilhando a alínea a) daquele artigo com a execução de políticas de pleno emprego.

A rearrumação dos direitos dos trabalhadores, operada pela 1.ª Revisão Constitucional [que conduziu, por exemplo, a que a segurança no emprego, com proibição dos despedimentos sem justa causa ou por motivos políticos ou ideológicos, fosse transferida da alínea b) do referido artigo 52.º para o novo capítulo atinente aos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores], teve como consequência a integração do direito à assistência material dos desempregados no artigo que passou, em geral, a contemplar os direitos dos trabalhadores.

No domínio da versão originária da Constituição, António da Silva Leal (in «O Direito à Segurança Social», *Estudos sobre a Constituição*, coordenação

de JORGE MIRANDA, 2.º vol., 1978, págs. 335 e segs.), a propósito da disposição constitucional aqui em causa, escreveu:

«... Por outro lado, uma leitura desprevenida da Constituição revela que nela há algumas influências da concepção laborista da segurança social.

Não se poderá invocar como exemplo destas influências a alínea a) do artigo 52.º, que incumbe o Estado de assegurar, como garantia do direito ao trabalho, a assistência material dos que involuntariamente se encontram em situação de desemprego — embora seja evidente a identificação incorrecta do direito ao trabalho com o direito à segurança social. De qualquer modo, a protecção do desemprego é uma protecção específica dos trabalhadores, que pode ser alargada aos que procuram obter um primeiro emprego.

Deve-se considerar incluído no direito à segurança social o direito à existência material dos que involuntariamente se encontram na situação de desemprego, que, nos termos da alínea a) do artigo 52.º da Constituição, faz parte do conteúdo do direito ao trabalho. A circunstância de a Constituição ter autorizado este direito à assistência dos desempregados não pode ser invocada contra a sua integração no sistema de segurança social, que resulta da referência expressa ao desemprego, feita no n.º 4 do artigo 63.º A criação ou manutenção de um regime de protecção no desemprego à margem do sistema contraria a unificação que constitucionalmente o caracteriza...»

E, na verdade, desde a sua versão originária que a Constituição enquadra igualmente a protecção no desemprego no direito à segurança social (ver, hoje, o seu artigo 63.º, n.º 3, que, após proclamar no seu n.º 1 que todos têm direito à segurança social, vem consagrar que o sistema de segurança social protege os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho).

Sobre esta repetida preocupação, interroga-se ILÍDIO DAS NEVES (*Direito da Segurança Social*, 1996, pág. 121) no dizer que é «ainda mais surpreendente a dupla referência à protecção no desemprego. De facto, o artigo 63.º, n.º 4, indica-o como uma das eventualidades protegidas, enquanto o artigo 59.º, n.º 1, alínea e), estabelece que “todos os trabalhadores têm direito à assistência material quando involuntariamente se encontram em situação de desemprego”. De resto, esta expressão “assistência material” parece pouco apropriada, em termos de rigor técnico, para definir um direito específico a protecção social».

É significativo que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, 1993, nota VII ao artigo 59.º, pág. 320) tratam da matéria em causa a propósito do artigo 59.º, n.º 1, alínea e), e se refiram imediatamente ao subsídio de desemprego da seguinte forma:

«... O subsídio de desemprego (n.º 1/e) é uma espécie de compensação ou indemnização por não satisfação do direito ao trabalho (cfr. artigo 58.º,

n.º 1). Nesta perspectiva ele deve satisfazer os seguintes requisitos: (a) ser universal, abrangendo todos os desempregados, independentemente de terem já tido um emprego ou não; (b) manter-se enquanto persistir a situação de desemprego, não podendo portanto ter um limite temporal definido; (c) permitir ao desempregado uma “existência condigna” (cfr. n.º 1/a), não podendo portanto ficar muito aquém do salário mínimo garantido. Fácil é verificar que o regime legal (Decreto-Lei n.º 79-A/89) não dá resposta a todos estes requisitos...»

Para o que ora nos importa, todavia, basta reconhecer que a assistência material a que se reporta o artigo 59.º, n.º 1, alínea e), tem necessariamente de assumir a forma de uma prestação específica, directamente conexionada com a situação de desemprego involuntário, prestação essa que a leitura conjugada da mencionada disposição com a constante do artigo 63.º, n.º 3, permite concluir que se deve obrigatoriamente integrar no âmbito da segurança social, não podendo ser estabelecida sem precedência de recurso à via legislativa.

Estamos, portanto, perante uma concreta e específica imposição legislativa, constante de uma norma com um grau de precisão suficientemente densificado. Isto, evidentemente, sem prejuízo da larga margem de liberdade conformadora do legislador ordinário: este, na verdade, se não pode deixar de prever a existência de uma prestação social aos que se encontram involuntariamente na situação de desemprego, já pode optar, designadamente, entre diferentes formas organizatórias e entre distintos critérios de fixação do montante dessa mesma prestação.

Finalmente, assinala-se que o artigo 59.º da Constituição tem como destinatários todos os trabalhadores, abrangendo também, obviamente, os trabalhadores da Administração Pública — designação expressamente usada no artigo 269.º da Lei Fundamental. Aliás neste sentido se pronunciam GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA (*Constituição...*, cit., nota III ao artigo 53.º, pág. 286), como resulta do passo onde indicam que os «direitos previstos neste capítulo (bem como no artigo 59.º) são direitos específicos dos trabalhadores, e só a eles são constitucionalmente reconhecidos e garantidos. Saber qual é a noção constitucional de trabalhador é, por isso, de importância primordial. Não contendo a Constituição nenhuma definição expressa, o conceito há-de ser definido a partir do conceito jurídico comum, sem prejuízo das qualificações que a Constituição exigir. Haverá por isso de considerar-se trabalhador para efeitos constitucionais o trabalhador subordinado, ou seja, aquele que trabalha ou presta serviços por conta e sob direcção e autoridade de outrem, independentemente da categoria deste (entidade privada ou pública) e da natureza jurídica do vínculo (contrato de trabalho privado, função pública etc.). Estão assim seguramente abrangidos pelo conceito os funcionários públicos (“trabalhadores da Administração Pública”, é a expressão utilizada no artigo 269.º)».

Em consequência, pode-se concluir que existe uma específica e concreta imposição constitucional no sentido de o legislador, sob pena de inconstitucionalidade por omissão, prever uma prestação que corresponda a assistência material aos trabalhadores — incluindo os trabalhadores da Administração Pública — na situação de desemprego involuntário.

5. Já após a apresentação do vertente pedido, o regime jurídico geral da assistência material em situação de desemprego passou a constar do Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, que veio substituir o Decreto-Lei n.º 79-A/89, de 13 de Março, o qual, entretanto, já sofrera várias alterações.

De entre as disposições constantes da nova legislação, destacam-se as seguintes, que relevam para a análise do caso:

#### *Artigo 1.º*

##### *Objecto*

1 — O presente diploma estabelece, no âmbito do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, o quadro legal da reparação da eventualidade de desemprego, sem prejuízo do disposto em instrumento internacional aplicável.

2 — A reparação da situação de desemprego realiza-se através de medidas gerais, passivas e ativas, bem como de medidas excepcionais de causa conjuntural.

#### *Artigo 2.º*

##### *Medidas gerais passivas*

Constituem medidas gerais passivas:

- a) A Atribuição do subsídio de desemprego;
- b) A atribuição do subsídio social de desemprego inicial ou subsequente ao subsídio de desemprego.

#### *Artigo 3.º*

##### *Medidas gerais ativas*

Constituem medidas gerais ativas:

- a) O pagamento, por uma só vez, do montante global das prestações de desemprego com vista à criação do próprio emprego;
- b) A possibilidade de acumular o subsídio de desemprego parcial com trabalho a tempo parcial;

#### *2. Princípio da socialidade*

- c) A suspensão total ou parcial das prestações de desemprego durante a frequência de curso de formação profissional com atribuição de compensação remuneratória;
- d) A manutenção das prestações de desemprego durante o período de exercício de actividade ocupacional.

#### *Artigo 5.º*

##### *Disposição geral*

1 — A reparação da eventualidade de desemprego dos benefícios abrangidos pelo regime geral é efectivada mediante a atribuição de prestações.

2 — A reparação no desemprego pode ainda abranger trabalhadores cujo sistema de protecção social não integre a eventualidade de desemprego, nos termos estabelecidos em diploma próprio.

#### *Artigo 11.º*

##### *Modalidades das prestações*

1 — Constituem prestações de desemprego o subsídio de desemprego, o subsídio social de desemprego e o subsídio de desemprego parcial.

2 — A protecção através do subsídio social de desemprego tem lugar:

- a) Nas situações em que não seja atribuível subsídio de desemprego;
- b) Nos casos em que os beneficiários tenham esgotado os períodos de concessão do subsídio de desemprego, desde que se encontrem preenchidos os demais condicionalismos previstos no presente diploma.

3 — A protecção através do subsídio de desemprego parcial é assegurada nas situações em que o beneficiário, a receber subsídio de desemprego, celebre contrato de trabalho a tempo parcial, nos termos previstos no presente diploma.

Da análise da legislação onde se inserem os transcritos preceitos resulta imediatamente (cfr., designadamente, o artigo 1.º) a estreita ligação entre as prestações de desemprego e o regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem.

Daí que se deva concluir que, para se poder beneficiar de uma prestação de desemprego, não basta ser trabalhador por conta de outrem e encontrar-se em situação de desemprego involuntário: é ainda necessário ser igualmente beneficiário do regime geral de segurança social.

Ora, se o artigo 36.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 184/89, de 2 de Junho, determina que em todas as situações de prestação de trabalho subordinado à

Administração é obrigatória a inscrição no regime de segurança social adequado, a verdade é que, no quadro da Administração Pública, só numa reduzida minoria dos casos o regime adequado é o regime geral de segurança social. É isso porque, conforme se encontra estabelecido no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 343/79, de 28 de Agosto, só são obrigatoriamente inscritos nas caixas sindicais de previdência — a que corresponde, hoje, a inscrição no referido regime geral — todos os trabalhadores que, concorrendo, com a sua actividade profissional, para a satisfação de necessidades normais do Estado, institutos públicos, e autarquias locais, suas federações e uniões, zonas de turismo e demais pessoas colectivas de direito público, não reunam as condições de inscrição na Caixa Geral de Aposentações.

Ou seja, como assinala Ilídio das Neves (*obra citada*, págs. 690 e 691), o enquadramento dos trabalhadores da Administração Pública no regime geral de segurança social «é feito pela negativa, já que tem, afinal, natureza residual, dados os termos estritos com que é feito o enquadramento no regime de protecção social da função pública». Com efeito, o artigo 1.º, n.º 1, do Estatuto da Aposentação aprovado pelo Decreto-Lei n.º 498/72, de 9 de Dezembro, manda proceder à inscrição obrigatória, como subscritores da Caixa Geral de Aposentações, dos funcionários e agentes que, vinculados a qualquer título, exerçam funções, com subordinação à direcção e disciplina dos respectivos órgãos, na Administração Central, Local e Regional, incluindo federações ou associações de municípios e serviços municipalizados, institutos públicos e outras pessoas colectivas de direito público e recebam ordenado, salário ou outra remuneração susceptível, pela sua natureza, de pagamento de quota.

Dir-se-á, assim, que é reduzido o grupo de trabalhadores da Administração que são beneficiários do regime geral de segurança social (cfr. Ilídio das Neves, *ibidem*, que refere que se incluem «neste grupo os trabalhadores contratados pelo Estado e por outras entidades de direito público, mas que não fiquem sujeitos ao regime de emprego público, mediante contrato administrativo de provimento, que caracteriza o estatuto jurídico próprio dos funcionários e agentes da Administração Pública nem, consequentemente, abrangidos pela Caixa Geral de Aposentações em matéria de pensões e pelos regimes jurídicos próprios respeitantes às demais eventualidades. É o que acontece com as pessoas contratadas a termo certo, ao abrigo do artigo 18.º do referido Decreto-Lei n.º 427/89, bem como de pessoas simplesmente assalariadas para o exercício de funções específicas de alguns serviços públicos, designadamente dos que actuam em áreas económicas ou na prestação de serviços, de natureza social ou de outra natureza, à generalidade da população»).

Consequentemente, é igualmente reduzido o grupo de trabalhadores da Administração Pública que se encontram em situação de eventuais beneficiários de uma prestação de desemprego, já que essa eventualidade não consta do

## 2. Princípio da socialidade

regime geral de protecção social da função pública, apesar de a Lei de Bases da Segurança Social — Lei n.º 17/2000, de 8 de Agosto — ter previsto no seu artigo 110.º, respeitante aos regimes da função pública, que os regimes de protecção social da função pública deverão ser regulamentados por forma a convergir com os regimes de segurança social quanto ao âmbito material, regras de formação de direitos e atribuição das prestações.

Todavia, se a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública — concretamente, os providos por nomeação ou por contrato administrativo de provimento — não podem ser beneficiários das prestações de desemprego, por não estarem inscritos no regime geral de segurança social, acontece que alguns deles — para além dos contratados a termo certo e dos que, excepcionalmente, se encontram ligados à Administração por contrato individual de trabalho — passaram a poder beneficiar dessas mesmas prestações, por legislação especial.

Tal acontece no caso dos educadores de infância e dos professores dos ensinos básico e secundário contratados para o exercício de funções docentes nos estabelecimentos de educação e ensino públicos, como se veio estabelecer no Decreto-Lei n.º 67/2000, de 26 de Abril, emitido já na pendência destes autos.

No preâmbulo deste diploma legal, justificou-se assim a medida legislativa então adoptada:

«O novo regime jurídico de protecção no desemprego, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, contemplou, no n.º 2 do seu artigo 5.º, a possibilidade da sua aplicação a trabalhadores cujo sistema de protecção social não integre a eventualidade de desemprego, em termos a estabelecer em diploma próprio.

Encontram-se na situação abrangida pela previsão em causa os indivíduos que, preenchendo os requisitos de admissão a concurso, são contratados pelo Ministério da Educação em regime de contrato administrativo.

Assim, procede-se, no presente diploma, ao enquadramento, no âmbito do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, dos docentes contratados dos estabelecimentos de educação e ensino públicos com vista à satisfação de necessidades do sistema educativo não colmatadas pelo pessoal dos quadros de zona pedagógica ou resultantes de ausências temporárias de docentes, relativamente à eventualidade de desemprego».

Preceituou-se nos artigos 1.º a 3.º desse diploma:

### Artigo 1.º

#### Objecto

O presente diploma define o enquadramento do pessoal contratado para o exercício de funções docentes nos estabelecimentos de educação e ensino públi-

cos no âmbito do regime geral de segurança social dos trabalhadores por conta de outrem, relativamente à eventualidade de desemprego.

#### **Artigo 2.º**

##### *Âmbito pessoal*

Para efeitos do presente diploma, consideram-se os indivíduos que preencham os requisitos de admissão a concurso de provimento e exerçam funções docentes no âmbito dos estabelecimentos de educação e ensino públicos, ao abrigo do n.º 2 do artigo 33.º do Estatuto da Carreira dos Educadores de Infância e dos Professores dos Ensinos Básicos e Secundários (Estatuto da Carreira Docente).

#### **Artigo 3.º**

##### *Âmbito material*

O pessoal abrangido pelo presente diploma tem direito à proteção no desemprego nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, com as adaptações constantes do presente diploma.

Uma outra situação, que foi objecto de legislação especial, respeita aos militares contratados e voluntários, já que, não só o n.º 6 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 119/99 mandava aplicar o disposto quanto a desemprego involuntário aos militares em regime de voluntariado ou de contrato cuja relação de trabalho cessasse, com as adaptações decorrentes do respectivo regime especial, como o artigo 25.º do Regulamento de Incentivos à Prestação de Serviço Militar nos Regimes de Contrato (RC) e de Voluntariado (RV), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 320-A/2000, de 15 de Dezembro, veio dispor que finda a prestação de serviço, os militares que prestaram serviço efectivo em RC ou RV têm direito às prestações de desemprego nos termos estabelecidos no Decreto-Lei n.º 119/99, de 14 de Abril, com as adaptações previstas no presente diploma.

Fora, porém, destas situações, a generalidade dos trabalhadores da Administração Pública providos por nomeação ou por contrato administrativo de provimento, porque tais trabalhadores se não podem inscrever no regime geral de segurança social, continua a não poder beneficiar de subsídio de desemprego ou de qualquer outra prestação específica, quando em situação de desemprego involuntário.

6. A tradição de estabilidade do funcionalismo público, tendo como protótipo o funcionário nomeado vitaliciamente, explicará porventura que no sistema de proteção social da função pública não tenha sido prevista a cobertura da eventualidade de desemprego.

#### **2. Princípio da socialidade**

O requerente, porém, aponta alguns casos concretos em que essa estabilidade pode ser posta em causa.

Uma primeira situação relaciona-se com o preceituado no Decreto-Lei n.º 247/92, de 7 de Novembro, quanto ao pessoal disponível.

Todavia, esse diploma foi já revogado pelo Decreto-Lei n.º 14/97, de 17 de Janeiro, sendo certo que, mesmo no que se refere aos funcionários e agentes integrados em serviços e organismos que sejam objecto de extinção, fusão ou reestruturação, o recente Decreto-Lei n.º 193/2002, de 25 de Setembro, não contempla quaisquer medidas que conduzam à desvinculação da função pública de tais funcionários e agentes — à semelhança, aliás, do que já sucedia com o Decreto-Lei n.º 535/99, de 13 de Dezembro, que ele veio substituir.

A situação indicada pelo requerente já não ocorre, portanto.

Outra situação configurada pelo petionante seria a dos funcionários e agentes a quem seja aplicada a pena disciplinar de demissão, prevista no artigo 11.º, n.º 1, alínea f), do Estatuto Disciplinar dos Funcionários e Agentes da Administração Central, Regional e Local aprovado pelo Decreto-Lei n.º 24/84, de 16 de Janeiro.

Para além de poder ser tido por duvidoso que essa situação deva ser qualificada de desemprego involuntário para efeitos do disposto na alínea e) do n.º 1 do artigo 58.º da Constituição [muito embora haja quem sustente, no âmbito do regime jurídico do contrato individual de trabalho, que a situação paralela de despedimento com justa causa deva ser perspectivada como abrangida pela alínea a) do n.º 1 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 119/99 ao se referir a a desemprego involuntário], sempre se dirá que o já aludido Estatuto de Aposentação prevê que os atingidos pela medida disciplinar de demissão beneficiem do regime de aposentação ordinária, nos termos e de acordo com o circunstancialismo previsto na alínea c) do n.º 2 do seu artigo 37.º.

Referir-se-ão, ainda, as situações dos funcionários a que se reporta o n.º 10 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 427/89 (os quais, não revelando aptidão para o desempenho de funções, podem, sem prejuízo do regime de estágio, ser exonerados a todo o tempo pela entidade que os tiver nomeado) e, bem assim, dos assistentes universitários abrangidos pelo disposto no artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 245/86, de 21 de Agosto, que terminem o respectivo contrato, situações essas que não lhes conferem, não obstante terminarem o vínculo que os ligava à Administração, qualquer subsídio de desemprego ou outra prestação específica.

De todo o modo, um caso avulta no qual, efectivamente, certos trabalhadores da Administração Pública podem ser indiscutivelmente colocados numa situação de desemprego involuntário. Esse caso é, precisamente, aquele que se

refere ao pessoal cuja relação jurídica de emprego na Administração Pública se constituiu por contrato administrativo de provimento.

Com efeito, como resulta das disposições conjugadas dos artigos 16.º, n.º 2, e 30.º, n.os 1, alínea b), e 2, do já citado Decreto-Lei n.º 427/89, se é verdade que o contrato administrativo de provimento, celebrado por um ano, se considera tácita e sucessivamente renovado por iguais períodos, menos verdade não é que ele pode ser denunciado por qualquer das partes — e, portanto, também pela Administração — sem qualquer outra condição, para além de um pré-aviso com antecedência mínima de 60 dias.

Ora, a existência das elencadas situações é quanto basta para que se possa concluir que, no quadro da Administração Pública, podem existir trabalhadores colocados em situação de desemprego involuntário, sem poderem beneficiar das prestações de assistência para essa situação que a lei prevê relativamente à generalidade dos restantes trabalhadores (na Alemanha, perante problema congénere, os funcionários dispensados são incluídos na segurança social geral, na sequência do caso de um funcionário estagiário, que o Tribunal Constitucional considerou não poder sofrer uma desvantagem relativamente à generalidade os trabalhadores — B.VerfGE 43, 154, 172).

7. Como se viu, segundo o requerente, o «legislador, ao instituir um regime de assistência material para os trabalhadores que involuntariamente se encontram em situação de desemprego, o qual apenas cobre os trabalhadores vinculados por contrato individual de trabalho, ... deixando de fora alguns trabalhadores da função pública, violou o princípio da igualdade», acrescentando que aquilo «que resulta como necessário e conforme à Constituição, neste caso, não é extinguir a assistência material aos trabalhadores vinculados por contrato individual de trabalho, mas estender essa assistência aos restantes trabalhadores por conta de outrem que não estejam abrangidos, através da formulação de medidas legislativas adequadas».

É conhecida a divergência doutrinal e jurisprudencial sobre a questão de saber se, quando ocorre uma violação do princípio da igualdade, em virtude de uma imperfeita ou incompleta concretização legal de uma norma constitucional impositiva de legislação, de tal modo que se cria uma situação discriminatória entre os seus destinatários, existe uma constitucionalidade por ação, uma constitucionalidade por omissão ou, eventualmente, ambas (cfr., sobre este particular, o citado Acórdão deste Tribunal n.º 423/87, publicado nos *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 10.º vol., págs. 77 e segs., citado no requerimento do Provedor de Justiça, a anotação a esse respeito feita por Jorge Miranda, «Ensino da Religião e Moral nas escolas públicas», in *O Direito*, 12.º ano, 1988, III-IV, pág. 542, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., pág. 919, e RUI MEDEIROS, *A Decisão de Inconstitucionalidade*, 1999, págs. 511 e segs.).

Seja como for, haverá de reconhecer-se que, para se utilizarem as palavras de Gomes Canotilho (*Constituição Dirigente...*, citada, pág. 349), «a proteção jurídica contra omissões inconstitucionais pode contemplar casos como os de desigualdade na concessão de subsídios (omissão parcial)», sendo curial, neste ponto, assinalar o que Vieira de Andrade (*obra citada*, pág. 387 e nota 44) escreveu:

«... Uma das hipóteses de mais fácil verificação será a da inconstitucionalidade resultante da violação do princípio da igualdade enquanto proibição do arbítrio. Poderá acontecer quando uma lei organize ou regule prestações em cumprimento das imposições constitucionais ligadas ou decorrentes da consagração de direitos sociais e, no fazê-lo, restrinja injustificadamente o âmbito dos beneficiários, em manifesta contradição com os objectivos da norma constitucional, seja por um erro de qualificação, por força do hábito ou por uma intenção discriminatória.

Esta força normativa resulta do princípio da constitucionalidade e não pode ser negada aos preceitos relativos aos direitos sociais, nem subtraída ao poder de fiscalização judicial ...».

No primeiro caso também pode configurar-se uma situação de inconstitucionalidade por omissão: por omissão parcial, se o legislador deixou de cumprir em parte uma imposição concreta; por omissão relativa, se, a partir desse momento, o legislador fica obrigado, por força do princípio da igualdade, a estender os benefícios a casos idênticos não contemplados...».

No caso sub specie, indubitavelmente que ocorre uma omissão parcial, já que o legislador deu exequibilidade à norma constitucional que lhe impõe assegurar o direito à assistência material dos trabalhadores em situação de desemprego involuntário, mas apenas relativamente a alguns deles, com exclusão da generalidade dos trabalhadores da Administração Pública (vejam-se as situações acima apresentadas).

Ora, essa omissão parcial é por si suficiente, atentas as considerações que se têm vindo de fazer, para que se deva ter por verificada uma inconstitucionalidade por omissão.

Por outro lado, ponderando o tempo entretanto decorrido desde a entrada em vigor da Constituição ou, pelo menos, desde a entrada em vigor da Lei Constitucional n.º 1/82, que reconfigurou o enquadramento da norma a que se pretende conferir exequibilidade — e isto para quem entenda tratar-se de aspecto essencial na configuração de uma das situações previstas no artigo 283.º do Diploma Básico — não se pode deixar de concluir que ele foi já «bastante para o cumprimento da tarefa legislativa em causa» (usaram-se as palavras do aludido Acórdão n.º 424/01).

8. Em face do exposto, o Tribunal Constitucional dá por verificado o não cumprimento da Constituição, por omissão das medidas legislativas neces-

sárias para tornar execusível o direito previsto na alínea e) do n.º 1 do seu artigo 59.º, relativamente a trabalhadores da Administração Pública.

Lisboa, 19 de Novembro de 2002. — *Bravo Serra — Luís Nunes de Almeida — Artur Maurício — Guilherme da Fonseca — Maria dos Prazeres Pizarro Beleza — José de Sousa e Brito — Maria Helena Brito — Maria Fernanda Palma — Alberto Tavares da Costa — Paulo Mota Pinto.*

#### BIBLIOGRAFIA SOBRE O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE

- GOMES CANOTILHO — *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2004, págs. 473 e segs.
- JORGE MIRANDA — *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 3.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, págs. 383 e segs.
- VIEIRA DE ANDRADE — *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 2.ª ed., Coimbra, 2001, págs. 371 e segs.
- JORGE PEREIRA DA SILVA — *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*, Lisboa, Universidade Católica Editora, págs. 245 e segs.
- JORGE REIS NOVAIS — *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, págs. 133 e segs.