

O INTERESSE PÚBLICO COMO ELEMENTO DE PONDERAÇÃO NA DECISÃO CONSTITUCIONAL

Joaquim de Sousa Ribeiro

Vou abordar o tema: “O interesse público como elemento de ponderação na decisão constitucional”.

Das múltiplas dimensões que o tema coenvolve, poderei debruçar-me apenas sobre duas. A primeira tem a ver com o interesse público enquanto fator determinante e fundamentador do próprio sentido da decisão da questão de constitucionalidade, no âmbito da aplicação do princípio da proteção da confiança. A segunda refere-se à incidência do conceito na restrição dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade.

Começemos pela dimensão apontada em primeiro lugar.

A Constituição Portuguesa não institui expressamente um princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança. Mas ele é incontroversamente uma dimensão essencial do *Estado de direito democrático*, como tal inferível do artigo 2.º da CRP, onde assim se qualifica a República Portuguesa. A ideia regulativa básica que do princípio se extrai é a de que, no seu relacionamento com os cidadãos, e inclusivamente na sua atividade normativa, o Estado deve atuar por forma a não desrespeitar, de modo intolerável ou arbitrário, os mínimos de certeza e segurança de que as pessoas necessitam para organizarem e levarem a cabo os seus planos de vida.

A proteção da confiança é o lado subjetivo dessa garantia mais geral da segurança jurídica, apontando para a tutela das expectativas legítimas quanto à continuidade de uma certa situação legislativa.

Mas esta exigência de estabilidade da ordem jurídica choca-se com exigências de sinal contrário, derivadas do reconhecimento da

liberdade de conformação do legislador, não só *liberdade constitutiva* de novas soluções, como também de *auto-revisibilidade* de soluções anteriormente adotadas. Esta liberdade é conatural à função legislativa e está associada ao *princípio democrático*, que dá à força política que tenha obtido a maioria do voto popular a legitimidade para aplicar o seu próprio programa, o que pode implicar alterações legislativas que afetem negativamente o nível já atingido de realização de direitos, designadamente de direitos económicos e sociais.

Perante este quadro de confronto entre dois valores de sinal contrário, o alcance prático do princípio da proteção da confiança só é alcançável através de uma metódica de ponderação, que pese, em concreto, todas as variáveis a ter em conta, designadamente, o grau de merecimento da confiança, a natureza e relevo dos interesses particulares afetados e a intensidade dessa afetação e, do outro lado, a premência e a importância das razões de interesse público que levaram à alteração legislativa.

Neste domínio, o Tribunal Constitucional português desenvolveu uma jurisprudência abundante, hoje consolidada, com uma formulação bastante precisa das diretrizes a observar. É necessário, em primeiro lugar, estarmos perante uma situação de confiança digna de tutela. E isso depende da verificação cumulativa de três condições. A primeira é a de que as expectativas de continuidade da ordem jurídica sejam consistentes e induzidas ou alimentadas por comportamentos dos poderes públicos; depois, elas devem ser legítimas, ou seja, fundadas em *boas razões*, isto é, em razões compatíveis com a teleologia normativa do ordenamento jurídico-constitucional; em terceiro lugar, deve ter havido um *investimento na confiança*, isto é, o particular deve ter orientado a sua vida e feito opções com base em expectativas de constância do quadro jurídico.

Verificados cumulativamente estes três pressupostos, estamos em face de uma situação de confiança digna de tutela, mas não ainda de uma

posição que não possa ser afetada por uma nova disciplina jurídica. Na verdade – e é este um ponto da proteção da confiança nas relações com o Estado verdadeiramente distintivo da aplicação do princípio nas relações interprivadas – há que ponderar, do outro lado, o contrapólo valorativo dado pelo relevo e a premência do interesse público que conduziu à alteração, de acordo com os critérios do *princípio da proporcionalidade*, em sentido estrito – aqui convergem os dois princípios. Há que avaliar se não é desrazoável ou excessiva a medida da afetação da confiança, tendo em conta os fins de interesse público prosseguidos pelo regime que conduz à sua frustração.

Na verdade, nem toda a mutação da ordem jurídica com que os particulares não podiam razoavelmente contar é constitucionalmente proibida. Como o Tribunal Constitucional expressamente afirmou, no Acórdão n.º 287/90: «Não há, com efeito, um direito à não frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal de relações jurídicas duradoiras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados». Só é inadmissível essa frustração quando ela não seja justificada pela salvaguarda de um interesse público que deva considerar-se prevalecente.

Para este efeito, não basta a evocação do interesse público como categoria abstrata e indeterminada, de âmbito geral e indiferenciado, como conceito genérico integrável por uma variedade de interesses públicos e padrão maleável de avaliação de outros interesses. É necessário que o legislador tenha individualizado de forma concreta e precisa um interesse público constitucionalmente credenciado.

É quanto às soluções que comportam a chamada *retrospetividade* ou *retroatividade inautêntica* que se levantam os problemas mais delicados de ponderação. A designação cobre os casos em que, embora não se produzam efeitos a partir de uma data anterior à entrada em vigor da nova

lei (pelo que não se trata de retroatividade pura ou autêntica), essa lei incide sobre os efeitos (futuros) de situações constituídas na vigência e disciplinadas por lei anterior.

Têm este alcance medidas legislativas com incidência negativa nos salários e nas pensões de reforma. Não é de estranhar, assim, que, na sua avaliação, o princípio da proteção da confiança tenha sido aí sistematicamente invocado. Muito em particular, as medidas redutoras do quantitativo das pensões têm sido um campo fértil de operatividade do princípio da proteção da confiança.

Nas duas últimas décadas, tem-se assistido, em Portugal, a uma evolução para regimes mais desfavoráveis do valor das pensões. Inicialmente por razões estruturais, conexas com a sustentabilidade do sistema, posta em cheque, sobretudo, pelo aumento da esperança de vida e pela quebra acentuada da natalidade – por estes dois fatores, aumentam os beneficiários e decrescem os contribuintes. Essas razões levaram a mudanças legislativas nos requisitos de fruição e nas fórmulas de cálculo das prestações. Mais recentemente, e já num quadro de crise económico-financeira, a essas razões adicionou-se a necessidade de contenção orçamental, uma vez que parte não desprezível das verbas da segurança social provêm – por imperativo constitucional, aliás – do Orçamento do Estado.

Mas nunca a proteção da confiança foi determinante, neste campo, de uma decisão de desconformidade constitucional. Foi assim quando estiveram em causa simples *expectativas* dos futuros pensionistas, *direitos em formação* ou *a constituir*, tendo por objeto a pensão. O Tribunal sustentou repetidamente, em várias decisões de não inconstitucionalidade, proferidas entre 1999 e 2010, que «os contribuintes para os sistemas de segurança social não possuem qualquer expectativa legítima na pura e simples manutenção do *status quo* vigente em matéria de pensões». Pesou

nessas decisões, quer a previsão de regimes de transição, com implementação gradual e progressiva dos novos regimes, quer o relevo atribuído ao interesse público na sustentabilidade do sistema. Escreveu-se, por exemplo, no Acórdão n.º 3/2010, não ser legítimo que, «perante o registo de significativas alterações em fatores com forte influência num sistema de financiamento da segurança social essencialmente contributivo, fosse expectável que as condições de aposentação dos funcionários públicos permanecessem imutáveis e indiferentes a tais mudanças».

Mesmo quando, recentemente, as medidas de redução passaram a afetar *direitos já constituídos*, posições jurídicas de cidadãos que tinham definitivamente adquirido o estatuto de pensionistas, com um conteúdo já perfeitamente definido, não teve êxito a invocação do princípio da proteção da confiança. A Lei do Orçamento do Estado para 2012 previu a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal e idêntica Lei para 2013 a suspensão apenas do pagamento do subsídio de férias com simultânea imposição de uma *contribuição extraordinária de solidariedade*. Em qualquer dos casos, resultaram atingidos direitos já formados na esfera jurídica dos beneficiários das pensões, não direitos em formação dos contribuintes no ativo, futuros reformados ou pensionistas.

Reconhecendo embora que estávamos, quanto ao direito adquirido a um certo montante de pensão, perante uma posição jurídica especialmente tutelada, do ponto de vista do princípio da confiança, pois se verificavam “de forma clara e em grau elevado, todos os pressupostos exigíveis do lado da tutela de confiança” (Acórdão n.º 187/2013), o Tribunal considerou sempre prevalecentes, pela sua intensidade e premência, as razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa. Quando se decidiu pela inconstitucionalidade, neste campo como no da suspensão dos subsídios dos trabalhadores no ativo, não o fez

por aplicação do princípio da tutela da confiança, mas por considerar terem sido violados os princípios da igualdade e da proporcionalidade.

Mas, noutro campo de normação, pelo Acórdão n.º 474/2013, proferido em agosto deste ano, o princípio da proteção da confiança serviu de fundamento a uma declaração de inconstitucionalidade. Estava em causa o seguinte:

Uma lei de 2008, reguladora das modalidades da relação jurídica de emprego público, submeteu a generalidade dos trabalhadores em funções públicas com nomeação definitiva ao regime do contrato de trabalho em funções públicas. Uma das suas normas, todavia, excecionou a matéria respeitante ao regime de cessação do contrato de trabalho, mantendo a aplicação, quanto a esses trabalhadores, do regime próprio (e mais favorável) da nomeação definitiva. Por uma proposta de lei, facilitadora do despedimento na função pública, o Governo pretendeu revogar essa norma de salvaguarda. Interposto, pelo Presidente da República, um pedido de fiscalização preventiva de constitucionalidade, o Tribunal pronunciou-se pela inconstitucionalidade da norma revogatória.

Foi decisivo, para fundamentar a decisão, o reconhecimento de que, por um comportamento positivo do Estado (mais do que por uma inércia que fez prolongar no tempo o regime anterior), foi induzida aos trabalhadores uma expectativa especialmente sólida que a revogação iria frustrar. Tendo o Estado estabelecido um regime de exceção, fundado em boas razões, em momento pouco anterior àquele em que pretendia pôr em vigor a norma que o revogava; tendo-o feito quando se faziam sentir as razões justificadoras da fragilização do vínculo de emprego público, e argumentando depois disso continuamente com a maior estabilidade do emprego público, como justificação para a implantação de outras medidas desfavoráveis, forneceu sinais claros e aproximados no tempo da firmeza da opção valorativa que a revogação contrariava. Foi gerada, com esse

comportamento, uma situação de confiança particularmente resistente a uma mutação legislativa lesiva, de forma intensa, de um interesse essencial para a realização pessoal e a manutenção de condições de vida dos trabalhadores afetados.

Ao optar por uma solução de rutura com a ordem jurídica anterior, incumbia ao legislador, em face desta situação de confiança, uma clara identificação do interesse público prosseguido e a demonstração da essencialidade da medida para a sua consecução. Por entender que tal não foi feito, o Tribunal decidiu no sentido da inconstitucionalidade.

Pelo cuidado dispensado à enunciação dos fatores que singularizavam, neste caso, a génese e a legitimação da situação de confiança, a decisão é muito significativa do peso das circunstâncias concretas no resultado da ponderação aplicativa do princípio.

Noutro quadrante constitucional, o “interesse público” é um conceito operativo diretamente convocável como fundamento de modelação ou limitação dos efeitos das declarações de inconstitucionalidade.

Nos termos do artigo 282.º, n.º 1, da Constituição Portuguesa, «a declaração de inconstitucionalidade (...) com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (...) e determina a reprivatização das normas que ela, porventura, haja revogado»

Como regra geral, a declaração de inconstitucionalidade tem, pois, eficácia retroativa (*ex tunc*) e produz um efeito reprivatatório. Elimina da ordem jurídica a norma objeto da declaração de inconstitucionalidade, com supressão retroativa de todos os efeitos por ela produzidos, salvaguardados os casos julgados, e repondo em vigor as normas que eventualmente ela revogara. Mas essa não é uma consequência

forçosa da declaração de inconstitucionalidade, uma vez que o n.º 4 do mesmo artigo dispõe que «quando a segurança jurídica, razões de equidade ou *interesse público de excepcional relevo*, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade (...) com alcance mais restrito do que o previsto nos n.ºs 1 e 2».

É digno de nota que o interesse público é aqui um conceito expressamente incorporado numa regra constitucional, como um elemento da sua previsão. A incidência de um interesse dessa natureza funciona como causa justificativa de uma decisão limitativa, principalmente quanto ao alcance temporal, dos efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade, afastando a consequência típica da *nulidade plena* das normas objeto dessa declaração.

O interesse público, como categoria abstrata, é um super-conceito, o envólucro concetual de múltiplos interesses públicos. É ao juiz constitucional que aqui cabe identificar, em concreto, e atestar a presença, no caso, de um determinado interesse que mereça a qualificação e tenha relevo bastante para legitimar o desvio à regra geral da eficácia retroativa da declaração de inconstitucionalidade.

E, não obstante a Constituição Portuguesa explicitar os motivos da modelação – o que não é comum, em direito comparado – é manifesto que o juiz goza, nessa tarefa, de uma grande margem de apreciação, como sempre, aliás, quando está em causa a aplicação de conceitos indeterminados. Mas não detém um poder discricionário, pois encontra-se vinculado aos valores e fins protegidos pela Constituição, devendo guiar-se pelo *princípio da proporcionalidade*: a eficácia retroativa só deve ser afastada quando envolver o sacrifício excessivo da segurança jurídica, da equidade ou de um interesse público de excepcional relevo.

Os riscos de manipulação que a simples menção ao interesse público sempre comporta foram combatidos pelo legislador constitucional com a qualificação restritiva de que só importam os “de excepcional relevo” e com a expressa cominação, apenas para esta causa justificativa, da necessidade de fundamentação. Como qualquer decisão judicial tem que ser fundamentada, esta exigência só se compreende como impondo uma fundamentação *especial e reforçada*, que passará sempre pela identificação precisa do interesse que se pretende salvaguardar e das razões concretas pelas quais a sua tutela impõe uma declaração de inconstitucionalidade mitigada, quanto ao âmbito temporal.

A doutrina portuguesa pronuncia-se maioritariamente no sentido de que esta previsão não abre a porta a que considerações de conveniência política se sobreponham a critérios constitucionais. Não são puras razões de Estado, mas razões jurídico-constitucionais que podem obstar a uma declaração de inconstitucionalidade pura e simples. O interesse público tem que passar o *filtro normativo* da Constituição para se fazer valer como justificação para o desvio à regra da nulidade plena da norma inconstitucional. Esta é uma ideia que tem que ser sublinhada, com ênfase: é a partir da própria ordem constitucional, tendo exclusivamente em conta interesses constitucionalmente protegidos e como única forma de evitar o seu sacrifício desproporcionado que a restrição de efeitos se justifica.

Trata-se de uma medida excepcional, muito embora alguma doutrina considere que o Tribunal Constitucional português, nos trinta anos da sua existência – o Tribunal foi criado em 1983 –, tem feito dela um uso excessivo.

A invocação de um interesse público de excepcional relevo tem lugar, em regra, no âmbito tributário, para obstar a perturbações financeiras e administrativas que resultariam do dever de restituição de importâncias já recebidas (por vezes, há longo tempo) pelo erário ou por serviços públicos.

Não sofre contestação que a limitação de efeitos pode traduzir-se na sua produção apenas *ex nunc*, a partir da publicação da decisão. Mais duvidosa é a legitimidade de uma restrição mais intensa, de suspensão de efeitos da declaração durante um certo prazo, *in futuro*, para além do momento da sua publicação, ou, dito de outro modo, da manutenção provisória da eficácia da norma declarada inconstitucional.

Certas ordens constitucionais admitem-no expressamente. É o caso da brasileira, em que o artigo 27.º da Lei n.º 9.868, de 1999, «tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, outorga ao Supremo Tribunal Federal o poder de, por maioria de dois terços dos seus membros, restringir os efeitos da declaração ou “decidir que ela só tenha eficácia a partir do seu trânsito ou de outro momento que venha a ser fixado”. É iniludível que este segmento final abrange a hipótese de eficácia diferida para uma data posterior à da declaração de inconstitucionalidade.

Também em França, esse poder se encontra especificamente previsto. A revisão constitucional de 2008 instituiu nesse país a chamada *questão prioritária de constitucionalidade*, pela qual se abriu aos cidadãos a possibilidade de contestar, no quadro de um processo a correr em tribunal, a constitucionalidade de normas já em vigor. Nos termos do artigo 62.º da Constituição francesa, «uma disposição declarada inconstitucional com fundamento no artigo 61-1 é derogada a partir da publicação da decisão do Conselho constitucional ou de uma data ulterior fixada por esta decisão». E nas cerca de três centenas de acórdãos relativos a questões prioritárias de constitucionalidade não são raras as declarações *com efeitos diferidos*, que fixam a suspensão de efeitos durante um certo período, para dar ao legislador oportunidade de corrigir a situação normativa.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional austríaco, nos termos do artigo 140.º da respetiva Constituição, pode fixar, na sentença anulatória de

uma lei inconstitucional, um prazo até 18 meses durante o qual essa lei continue a produzir os seus efeitos.

A norma constitucional portuguesa não prevê especificamente essa possibilidade. Mas também não a rejeita, dados os termos amplos e genéricos em que se confere ao Tribunal o poder de “fixar os efeitos da inconstitucionalidade (...) com alcance mais restrito” do que o estabelecido na regra geral.

A doutrina portuguesa maioritária opõe-se, todavia, a uma tal latitude da modelação temporal dos efeitos da decisão. E reconheça-se que tem algo de paradoxal admitir que o órgão a quem cabe garantir a constitucionalidade das leis possa fazer perdurar a eficácia de normas declaradas inconstitucionais.

Mas, como é sabido, o direito – e muito menos o direito constitucional – não é pura lógica. Qualquer determinação jurídica é sempre o resultado de valorações, argumentativamente sustentadas. Ora, nas suas valorações, o juiz constitucional não deve fechar-se a medir o impacto consequente das suas decisões sobre interesses de relevo e de dignidade também constitucionais. O poder temperar o rigor de uma declaração de inconstitucionalidade, dissociando-a da nulidade plena, vem a revelar-se um justificado instrumento de equilíbrio e de harmonização entre interesses contrapostos. Sem ele, aliás, o órgão de fiscalização poderia ser tentado a abster-se de censurar normas constitucionalmente desconformes, para evitar consequências demasiado gravosas.

As virtualidades de uma modelação temporal dos efeitos com alcance para o futuro ficaram bem demonstradas, em minha opinião, no único caso, até à data, em que o Tribunal Constitucional português a praticou. Refiro-me ao Acórdão n.º 353/2012 que, tendo declarado a inconstitucionalidade das normas da Lei do Orçamento do Estado para 2012, que previam a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de

Natal aos funcionários públicos, simultaneamente determinou que os efeitos dessa declaração não se aplicassem no ano orçamental em curso. Tendo a decisão sido tomada em Julho de 2012, o Tribunal teve desse modo em conta que «encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado (...) dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada».

Esta decisão tem um enorme significado, para uma compreensão do sistema de controlo de constitucionalidade e da tipologia de decisões que ele coenvolve, integrando-se na tendência atual, detetável em ordens jurídicas próximas da portuguesa, de emissão de um leque variado de “*decisões intermédias*”, que escapam ao espartilho da alternativa binária entre validade e nulidade plena. Na Alemanha, por exemplo, embora a Lei Fundamental não contenha qualquer preceito relativo aos efeitos das decisões, a reforma de 1970 da Lei do Tribunal Constitucional veio reconhecer que, em certos casos, pode ser afastada a declaração de nulidade de normas desconformes com a Constituição. E o Tribunal Constitucional federal tem vindo a criar instrumentos para fazer face à necessidade de ponderação das consequências das decisões. É o caso *das decisões de mera incompatibilidade com a Grundgesetz*, sem sanção de nulidade, ou das *sentenças apelativas*, em que o Tribunal, não formulando um juízo atual de inconstitucionalidade, refere a possibilidade de tal vir a suceder no futuro, dando, por vezes, indicação ao legislador, de forma singularmente precisa, do que considera indispensável à conformidade constitucional. Também em Itália, não obstante o laconismo da Constituição e da lei, admite-se, por criação jurisprudencial, a par de outras decisões intermédias, as *sentenças de constitucionalidade provisória*, com um convite ao legislador para intervir, podendo a sentença conter uma “previsão” de futura declaração de

inconstitucionalidade, especialmente se se verificar uma prolongada inércia do legislador.

No caso do Acórdão n.º 353/2012, atente-se em que, tendo em conta a vigência anual da lei do orçamento, o não aplicar-se a declaração de inconstitucionalidade à suspensão do pagamento dos subsídios respeitantes a esse ano equivale, nem mais nem menos, a salvaguardar a plena eficácia das normas inconstitucionais. Mas aquele curto período de vigência da lei assegura, como é imperioso, o carácter temporário dessa eficácia.

E nem se pode dizer que estamos perante uma *declaração de inconstitucionalidade fictícia*. Na verdade, a declaração conserva um efeito útil, aproximado do das sentenças apelativas, pois dela se extrai uma clara, ainda que não expressa, advertência ao legislador de que, em anos orçamentais posteriores, não poderia prosseguir na via dos cortes salariais, como meio de combater o défice das contas públicas. E o Tribunal retirou consequências dessa advertência, pois, contendo o orçamento seguinte, para 2013, a previsão de suspensão do pagamento de (apenas) um dos subsídios (o 13.º mês de remuneração), a respetiva norma foi, não obstante o alcance menos gravoso dessa medida, declarada inconstitucional, pelo Acórdão n.º 187/2013, de abril deste ano, declaração essa, naturalmente, com eficácia plena, *ex tunc*.

É tempo de concluir. Resulta do que ficou dito que o interesse público dá substância a um pólo valorativo que pode ser determinante de soluções de não inconstitucionalidade, no quadro da metódica aplicativa do princípio da proteção da confiança, ou fundamentador de uma restrição de efeitos de uma declaração de inconstitucionalidade.

Em épocas de grave crise financeira, impulsionadoras de medidas legislativas que afetam posições patrimoniais dos particulares constitucionalmente protegidas, o interesse público, sujeito a adequada

avaliação, segundo critérios de proporcionalidade, pode fornecer a chave de resposta apropriada ao desafio com que os tribunais constitucionais dos países naquela situação são confrontados, de preservação da autonomia valorativa dos ditames constitucionais com simultânea consideração do contexto económico-social da sua aplicação.

Muito obrigado!