

XV CONFERÊNCIA TRILATERAL
DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS
DE ESPANHA, ITÁLIA E PORTUGAL



30
anos

“O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade
na Jurisprudência Constitucional, também em relação
com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus”

Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal
elaborado pelo Jtz. Conselheiro Pedro Machete
e pela Assessora do Gabinete dos Juízes, Mestre Teresa Violante

Roma, 24 a 27 de outubro de 2013



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

XV Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal

Roma, 24 a 27 de outubro de 2013

O Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus

Relatório apresentado pelo Tribunal Constitucional de Portugal

(elaborado pelo Juiz Conselheiro Pedro Machete e pela Assessora do
Gabinete dos Juízes, Mestre Teresa Violante)

Sumário:

- § 1.º - Proporcionalidade, justiça e moderação da atuação dos poderes públicos
- § 2.º - O controlo da proibição do excesso pelo Tribunal Constitucional – aspetos gerais
- § 3.º - A questão da proibição de défice de proteção
- § 4.º - A relevância da jurisprudência dos tribunais europeus na jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de proporcionalidade
- § 5.º - A proibição do excesso em alguns domínios específicos
- § 6.º - A articulação da proibição do excesso com outros princípios constitucionais

§ 1.º - Proporcionalidade, justiça e moderação da atuação dos poderes públicos

1. Proibição do excesso: a) origem

A ideia de proporcionalidade é, desde o pensamento clássico, conatural à da justiça e, por isso mesmo, um bem que postula a relação com o outro ou com o conjunto dos outros, com a comunidade. Esta relação é justa na medida em que seja pautada por critérios de igualdade e de equilíbrio. Por isso, “o Direito é proporção”¹. Não por acaso, o símbolo da justiça corresponde a uma balança cujos pratos são iguais e se encontram numa situação de equilíbrio e as suas representações conceptuais ao longo da história do pensamento convoquem, positivamente, um *dever de moderação* e, negativamente, a *proscrição do excesso*. De resto, também esta última é frequentemente assimilada pela doutrina e pela jurisprudência à proporcionalidade entendida num sentido amplo.

Com o advento do iluminismo e do jusracionalismo passou a entender-se que o Estado (de polícia) devia *motu proprio* – porque é dirigido por governantes esclarecidos e instrumental relativamente à felicidade geral (a segurança e o bem-estar públicos) – moderar-se a si mesmo e à sua força, canalizando-a apenas para os fins que o justificam: a «boa ordem da coisa pública». Esta moderação é defendida com particular ênfase no domínio penal: «*que la punition marche toujours de pair avec le crime*»; «*que les peines ne doivent passer le délit*» - proclama Frederico, o Grande, da Prússia². Mas a aludida «boa ordem» implica igualmente a utilização racional do poder geral de coerção (a *Zwangsgewalt*) – o *ius polittiae* necessário à realização das tarefas assumidas pelos poderes públicos. Neste quadro, o indivíduo é fundamentalmente um objeto da atuação do Estado, que não se coíbe de promover a sua felicidade pessoal. Os únicos limites à atuação dos poderes públicos são aqueles que, fundados no direito natural, resultam da respetiva autovinculação.

¹ Assim, v. JORGE MIRANDA [*Manual*, IV], p. 302.

² Cfr. DETLEF MERTEN, p. 522, nota 56.

De todo o modo, este quadro não é estático. Com efeito, ainda no âmbito do Estado de polícia reconhece-se que o direito natural não impõe a obrigação de os cidadãos se deixarem promover e aperfeiçoar pelo Estado, distinguindo-se, então, entre atuações policiais de segurança (a *Gefahrenabwehr*) – a que é conatural a possibilidade de uso da força, atento o dever geral de não perturbar a ordem pública – e atuações públicas de curadoria ou promoção socioeconómica – em que o uso da força já não é uma condição necessária, porque também inexistente qualquer dever que possa ser infringido³.

A posição fundamental dos cidadãos face ao poder público apenas se altera com a emergência do Estado de direito e o seu fim específico de garantia da liberdade mediante o reconhecimento de direitos fundamentais. Para o efeito, a constituição respetiva opera uma repartição entre a esfera garantida de ação livre dos cidadãos e os domínios reservados às atividades do Estado (*Verteilungsprinzip*). A liberdade é agora perspectivada como uma realidade que se antepõe à sociedade política e que é em princípio ilimitada; para os poderes públicos, distribuídos por diversos órgãos segundo a ideia da separação de poderes (*Organisationsprinzip*), vale o princípio inverso: tudo o que não for expressamente permitido é, em princípio, proibido. A concretização e articulação inicial daqueles dois princípios operou-se essencialmente através da subordinação da Administração à lei (princípio da legalidade) com possibilidade de controlo por órgãos independentes (*maxime* os tribunais). Assim, a intervenção dos poderes públicos na esfera de liberdade dos cidadãos deve ser mediada pela lei e pode ser controlada.

No domínio da polícia administrativa subsiste a necessidade de prevenção de perigos, devendo agora, subordinar-se à lei. Contudo, dado que as situações a considerar são muito variadas e dinâmicas e a ação de polícia deve ser eficaz, impôs-se a conformação da previsão das normas de atuação policial mediante cláusulas gerais contendo conceitos indeterminados e da respetiva estatuição segundo o princípio da oportunidade⁴. Daí, também, a necessidade de um controlo reforçado da legalidade da atuação policial, nomeadamente no que se refere ao seu “*se*” e ao seu “*como*”. O direito administrativo de polícia vai justamente procurar moderar

³ Cfr. OTTO MAYER, pp. 205-207. V. também o *Kreuzbergurteil* de 14.6.1882.

⁴ Como nota OTTO MAYER, a propósito da sobrevivência inalterada do § 10 II 17 ALR (competente à polícia adotar as providências necessárias à conservação da tranquilidade, segurança e ordem públicas e ao afastamento de perigos para os cidadãos), tais cláusulas, continuando a pressupor um dever de os “súbditos” se absterem de perturbar a ordem pública, permitem igualmente ao Estado de Direito, sem que este negue a sua natureza, habilitar as autoridades executivas com competências aparentemente ilimitadas (cfr. Autor cit, p. 208 e nota 13).

o poder de coerção próprio da atuação de polícia, recorrendo, para o efeito, à ideia geral de proibição do excesso⁵. Segundo a conhecida fórmula de FRITZ FLEINER:

«A polícia não deve utilizar canhões para atirar a pardais. [...] O meio mais intrusivo tem de constituir sempre a *ultima ratio*. A intervenção policial tem de ser adequada às circunstâncias, ela tem de ser proporcionada.»⁶

2. Cont.: b) sentido e alcance geral

De acordo com esta origem, é de sufragar a proposta de PETER LERCHE⁷ – acolhida em Portugal, entre outros, por REIS NOVAIS – de partir da consideração da *proibição do excesso*, como princípio mais abrangente, que integra diferentes elementos constitutivos, entre os quais o da proporcionalidade⁸:

«[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,

⁵ O Acórdão n.º 187/2001 (2.º caso relativo à reserva da propriedade das farmácias para farmacêuticos) sintetiza a evolução referida no texto nos seguintes termos:

«Embora tenha havido tentativas de ancorar o princípio de proporcionalidade em raízes 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.»

⁶ “Die Polizei soll nicht mit Kanonen auf Spatzen schießen. [...] Das schärfste Mittel muß stets die *ultima ratio* bleiben. Der polizeiliche Eingriff muß den Verhältnissen angemessen, er muß verhältnismäßig sein”. Cfr. Autor cit., pp. 376-377.

VITALINO CANAS [Proporcionalidade], p. 1, propõe a seguinte definição para o princípio da proporcionalidade:

«Princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos atos do poder público e, em certa medida, de entidades privadas, de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idónea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles atos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins.»

⁷ Cfr. Autor cit., *Übermaß und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers and die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit*, Heymann, Köln, 1961.

⁸ Cfr. Autor cit., pp. 163-165. Diferentemente, preferindo a expressão “princípio da proporcionalidade”, v. VITALINO CANAS [Proporcionalidade], pp. 7-8 e 14-15, por considerar o teste de proporcionalidade mais exigente (porque requer uma pretensão de comunicabilidade intersubjetiva – ainda assim suscetível de gradação - superior) do que a simples proibição do excesso (uma racionalidade – *minimum rationality* – que o Autor reconduz à ideia de proibição do arbítrio). Contudo, e como referido no texto, a proporcionalidade pode ser perspectivada como parte do controlo do excesso; e, de todo o modo, a intensidade ou exigência do controlo a realizar é que constitui o fator mais importante, sendo que tal intensidade pode variar entre um mínimo (o *controlo de evidência* respeitante aos pressupostos) e um máximo (o *controlo substancial* da racionalidade da própria restrição), sendo admissíveis graus intermédios correspondentes a um *controlo de defensabilidade* dos fundamentos invocados para a medida restritiva.

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 repartição* de Estado de Direito [...], numa conceção garantista da liberdade individual e dos direitos fundamentais vinculada ao princípio da proteção 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 afete desnecessária, fútil ou desproporcionadamente ou quando proceda a uma instrumentalização da autonomia individual ou a uma redução objetiva das oportunidades de livre desenvolvimento da personalidade que não sejam justificadas pela estrita necessidade de realização de fins, valores ou interesses dignos de proteção jurídica e efetuadas segundo procedimentos e com sentido e alcance constitucionalmente conformes. A dignidade da pessoa humana e o direito fundamental ao desenvolvimento da personalidade ou, noutra perspetiva, a liberdade geral de ação nele fundada, confere aos cidadãos, em Estado de Direito, uma pretensão jurídico-constitucionalmente protegida de não terem a sua liberdade individual negativamente afetada a não ser quando tal seja estrita e impreterivelmente exigido pela prossecução, por parte dos poderes públicos, de outros valores igualmente dignos de proteção 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 fatores. 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 das restrições à liberdade e autonomia individuais decorre, diretamente, da particular configuração que os direitos fundamentais e as relações entre Estado e indivíduos cobram em Estado de Direito.

[A]s diferentes fundamentações acabam por se reunir, unificadoramente, na mesma referência comum aos valores do Estado de Direito democrático e social dos nossos dias, posto que neste se reveja a confluência material dos princípios da justiça, da

dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade. Neste 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».

Mas esta mesma conexão imediata com a ideia de justiça e de Direito justifica igualmente que, no tempo presente, se retomem as preocupações clássicas em matéria de *moderação* e, por conseguinte, não se confine o âmbito de aplicação da proibição do excesso às relações jusfundamentais em que esteja em causa a liberdade, alargando-o a toda e qualquer atuação dos poderes públicos. Nesse sentido, poderá dizer-se com MARIA LÚCIA AMARAL⁹:

«Quando falamos em proibição do excesso, ou em princípio da proporcionalidade em sentido lato, queremos significar essencialmente o seguinte. As decisões que o Estado toma, justamente pelo facto de não poderem ser nem ilimitadas nem arbitrárias, têm que ter, todas e cada uma delas, uma certa finalidade ou uma certa razão de ser. Esta finalidade, prosseguida por cada decisão estadual, deve ser para os seus destinatários – como para qualquer membro da comunidade jurídica – algo de detetável, denominável e compreensível. É evidente que o Estado, sempre que age, busca a melhor realização do interesse público. Mas tal não basta: o que é necessário é que, perante cada decisão, se possa compreender o modo específico pelo qual, naquele caso, se quis prosseguir o interesse de todos. É a isso mesmo que nos referimos, quando aludimos à “finalidade” ou “razão de ser” de cada decisão estadual é à necessidade da sua inteligibilidade.

Ora, o que o princípio da *proibição do excesso* postula é que entre o conteúdo da decisão estadual e o fim que ela prossegue haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma “justa medida”. *Não se utilizam canhões para atirar a pardais*: as vantagens (obtidas por todos) através da medida estadual devem ser *proporcionais* às desvantagens que tal medida tenha eventualmente causado a alguns membros da

⁹ Cfr. Autora cit., p. 186.

comunidade jurídica, de tal modo que o peso da decisão pública nunca venha a exceder *o quantum* requerido pela prossecução do seu fim.»

A proibição do excesso (ou a proporcionalidade em sentido amplo) releva, portanto, como *princípio geral de limitação do poder público* (qualificação expressamente acolhida no Acórdão n.º 187/2001). E, a esta luz, compreende-se a pertinência de sindicar atuações públicas que interfiram com direitos económicos, sociais e culturais (por exemplo, o já citado Acórdão n.º 187/2001) ou com a concretização de princípios como o da subsidiariedade, da descentralização político-administrativa ou da descentralização administrativa¹⁰. Por outro lado, tal relevância não obsta a seja enquanto instrumento de controlo de medidas restritivas de direitos de liberdade – enquanto «limite aos limites» (*Schranken-Schranke*) de direitos fundamentais – que a proibição do excesso seja mais frequentemente mobilizada, correspondendo, aliás, essa sua vocação à razão mais premente para a sua positivação em textos constitucionais ou de direito internacional.

¹⁰ Os fundamentos normativos de dimensões organizatórias do princípio da proibição do excesso encontram-se, por exemplo, nos artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 6, da Constituição da República Portuguesa; e, no artigo 5.º, n.ºs 1 e 4, do Tratado da União Europeia, na redação dada pelo Tratado de Lisboa (o referido n.º 4 remete para o “Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade” – o Protocolo n.º 2 anexo ao Tratado de Lisboa).

Como refere JORGE MIRANDA [*Constituição*, I], nota VIII ao artigo 6.º, p. 143:

«Há duas maneiras de entender o *princípio da subsidiariedade*: ou como expressão de anterioridade e primariedade de qualquer ente ou comunidade frente a outro ente ou comunidade de grau superior *maxime* ao Estado, de tal sorte que só supletivamente, na medida em que aquele ente não possa ir ao encontro das necessidades das pessoas que o constituem, o ente de grau superior deva intervir; ou como postulado pragmático de que é preferível o exercício de atribuições e competências por entes mais próximos das pessoas e dos seus problemas concretos, sempre que os possam exercer melhor e mais eficazmente do que o Estado.

Ora, no artigo 7.º, n.º 6, parece ser a subsidiariedade na primeira destas aceções, indo de baixo para cima, que está consagrada: o Estado é anterior e assume funções primárias em face da União Europeia. E no n.º 1 do presente artigo parece avultar a segunda linha, de baixo para cima: as regiões autónomas, as autarquias locais e outros entes têm poderes apenas por força da constituição e das leis.

Em qualquer dos casos, o princípio da subsidiariedade desempenha um papel de garantia: ali, de subsistência, senão da soberania dos Estados membros da União europeia, e aqui de garantia e reforço de descentralização.»

No âmbito da União Europeia, a ideia de proporção e de proporcionalidade está presente nos critérios justificativos da ação comunitária: por exemplo, a incompatibilidade das medidas internas dos Estados-membros com as exigências do Tratado quando lesem significativamente os interesses de outros Estados-membros; ou a “regra da vantagem” (vantagem evidente de adoção de medidas por parte da União, por confronto com a atuação individual de Estados-membros). Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, anot. XII ao artigo 7.º, p. 246.

3. Cont.: c) relevância constitucional crescente no plano dos direitos nacionais e do direito internacional

Na verdade, fala-se hoje de uma «globalização do princípio da proporcionalidade»¹¹ ou da proporcionalidade como um «princípio constitucional universal»¹². Mas, independentemente do rigor descritivo destas fórmulas – aliás, não consensuais mesmo relativamente ao seu enunciado¹³ –, certo é que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo tem vindo a adquirir uma importância crescente como instrumento de controlo na jurisprudência dos tribunais constitucionais e dos tribunais instituídos ao abrigo de normas de direito internacional¹⁴.

No plano do direito interno contribuiu decisivamente para que tal acontecesse a força normativa reconhecida aos direitos fundamentais de liberdade nas Constituições da segunda metade do Século XX, alicerçada, no essencial, na aplicabilidade direta de tais direitos, na consequente vinculação pelos mesmos de todos os poderes do Estado e na garantia do acesso aos tribunais para reagir contra a respetiva violação. É a partir desta base normativa que a jurisprudência, sobretudo a dos tribunais constitucionais, traça os contornos normativos e oferece “a maioridade” (constitucional) ao princípio da proporcionalidade¹⁵. Na verdade, a Constituição deixa então de relevar apenas como quadro organizatório e regulador da produção normativa e passa a desenvolver uma força normativa própria relativamente à atuação do próprio legislador. Nesta situação, compreende-se que as instâncias competentes para fazer valer tal força normativa busquem orientação na solução dada a problemas

¹¹ Cfr. JOHANNES SAURER, “Die Globalisierung des Verhältnismässigkeits-grundsatzes“ in *Der Staat* (2012-1), p. 3 e ss.

¹² Cfr. MATHIAS KLATT e MORITZ MEISTER, “Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip” in Mathias Klatt (Hrsg.), *Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung*. Mohr Siebeck, Tübingen, 2013, p. 62 e ss.

¹³ V., por exemplo, a crítica de PHILIP REIMER, “«...Und Machtet zu Jüngern Alle Völker»? – Von «universellen Verfassungsprinzipien» und der Weltmission der Prinzipientheorie der Grundrechte” in *Der Staat* (2013-1), p. 27 e ss.

¹⁴ CARLA AMADO GOMES e DINAMENE DE FREITAS, pp. 187-188, referem, a este propósito, “um efeito de mimetismo conexionado com a ideia de Estado de Direito [que] provocou a expansão do princípio [da proporcionalidade] através da Europa, nos direitos internos, e que chegou também à União Europeia, enquanto «União de Direito»”. Saliente-se que a tal efeito não tem obstado a controvérsia sobre a natureza estrutural da proporcionalidade, nomeadamente quanto à questão de saber se se trata de uma norma-regra ou de uma norma-princípio (cfr., por último, VITALINO CANAS, *passim*).

¹⁵ Cfr. VITALINO CANAS [Proporcionalidade], p. 5.

paralelos e já sedimentadas dogmaticamente. É aqui que a dogmática do direito de polícia surge como um princípio de resposta ao novo desafio jurídico-constitucional.

A evolução da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* é elucidativa¹⁶: o princípio da proporcionalidade é, num primeiro momento, «constitucionalizado», de modo a aplicar a respetiva estrutura escalonada de controlo à atuação do legislador com referência ao direito fundamental visado por tal atuação; depois, a aplicação do princípio da proporcionalidade ao nível constitucional justifica a sua «universalização», no sentido de o mesmo submeter ao seu crivo, enquanto «limite dos limites» geral, todos os direitos fundamentais; finalmente, sendo a lógica da moderação que enforma a proporcionalidade expansiva, compreende-se a tendência para articular aquele princípio com outros princípios constitucionais, como por exemplo o da igualdade.

E no plano do direito internacional observam-se desafios normativos paralelos nos casos em que é instituído o controlo jurisdicional da conformidade de atuações de autoridade pública com um catálogo de direitos fundamentais (é o que sucede, por exemplo, com o Tribunal de Justiça relativamente à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁷ e com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativamente à Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁸). E nessas situações a instância de controlo tende naturalmente a focar a

¹⁶ Cfr. JOHANNES SAURER, cit., pp. 6-7. V. também DETLEF MERTEN, pp. 560-561.

¹⁷ Cfr. o respetivo artigo 52.º, n.º 1 (âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios), que consagra um limite aplicável à generalidade dos direitos consagrados na mesma Carta:

«Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.»

Esta fórmula procura codificar, mediante uma interpretação atualista, jurisprudência anterior do Tribunal de Justiça (v., por exemplo, o Acórdão de 13.4.2000, C-297/97, ponto 45: “*segundo jurisprudência bem assente, podem ser introduzidas restrições ao exercício desses direitos, designadamente no âmbito de uma organização comum de mercado, desde que essas restrições correspondam, efetivamente, a objetivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade e não constituam, face a esses objetivos, uma intervenção desproporcionada e intolerável, suscetível de atentar contra a própria essência desses direitos*”).

¹⁸ A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem apoia-se nas cláusulas de limites consignadas a propósito do direito ao respeito pela vida privada e familiar (cfr. o artigo 8.º, n.º 2) e das liberdades de pensamento, de consciência e de religião (cfr. o artigo 9.º, n.º 2), de expressão (cfr. o artigo 10.º, n.º 2) e de reunião e de associação (cfr. o artigo 11.º, n.º 2) – as *providências* ou *disposições* que, numa sociedade democrática, sejam *necessárias* para proteger outros interesses fundamentais – para afirmar e aplicar o princípio da proporcionalidade, controlando, em especial, a legitimidade do fim (*legitimate aim*) prosseguido com a medida restritiva e a justeza do equilíbrio (*fair balance*) resultante da respetiva aplicação no que se refere aos interesses públicos e privados

sua busca de direito comparado na jurisprudência dos tribunais que já tenham desenvolvido uma solução dogmática para a mesma questão fundamental¹⁹.

4. A proibição do excesso na Constituição portuguesa

Embora com antecedentes em anteriores Constituições²⁰, é a Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, que consagra definitivamente a proibição do excesso no plano constitucional como um princípio estruturante e, portanto, vocacionado para uma aplicação no âmbito de todas as funções estaduais. Mesmo assim, foi necessário “percorrer algum caminho”.

Com efeito, na sua redação originária, as expressões mais evidentes de adesão ao princípio da proporcionalidade resultavam dos artigos 19.º, n.º 5²¹, e 272.º, n.º 2²², sendo as vertentes da necessidade e da adequação as mais explícitas. Contudo, o aproveitamento do princípio para outros domínios não se revelou de fácil fundamentação. Mas as dúvidas que a esse propósito se poderiam suscitar foram desfeitas com o aditamento, pela Revisão Constitucional de 1982, de um segundo requisito a que devem obedecer as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias. É o seguinte o teor do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição – artigo que tem como epígrafe “Força jurídica” (dos preceitos constitucionais respeitantes aos

concretamente em causa. A margem de apreciação (*margin of appreciation*) reconhecida aos Estados em cada situação é variável, consoante a maior ou menor necessidade de avaliações de natureza socioeconómica e a maior ou menor interferência com direitos e liberdades de natureza pessoal. Correspondentemente, a intensidade do controlo tende a ser menor no primeiro caso e maior no segundo.

¹⁹ Cfr. JOHANNES SAURER, cit., pp. 28-29.

²⁰ Merece particular destaque a Constituição de 1822 que, inspirada pela conceção iluminista do Direito Criminal como um direito de caráter subsidiário, estabelecia nos seus artigos 10.º e 11.º, respetivamente, que “nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade” e que “toda a pena deve ser proporcionada ao delito; e nenhuma passará da pessoa do delinquente. Fica abolida a tortura, a confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barão e pregão, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis e infamantes”.

²¹ “A declaração do estado de sítio ou do estado de emergência confere às autoridades competência para tomarem as providências necessárias e adequadas ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional”. Na redação atual do artigo 19.º, este enunciado corresponde ao n.º 8.

²² “As medidas de polícia são as previstas na lei, não devendo ser utilizadas para além do estritamente necessário”. A redação e numeração deste preceito mantêm-se no texto atualmente em vigor.

direitos, liberdades e garantias) - na redação em vigor (o trecho em itálico corresponde ao referido aditamento)²³:

«A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, *devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*»

Com a Revisão Constitucional de 1989 foi reforçada a constitucionalização do princípio da proporcionalidade, passando a designação homónima a constar expressamente do texto constitucional (artigos 19.º, n.º 4, e 266.º, n.º 2)²⁴.

Ao lado das mencionadas referências, podem descortinar-se outros afloramentos das ideias de proibição do excesso e de proporcionalidade no texto constitucional, embora a terminologia utilizada não seja uniforme. É o caso, por exemplo, dos artigos 28.º, n.º 2 (prisão preventiva), 30.º (limites das penas e medidas de segurança), 65.º, n.º 4 (requisito da necessidade aplicável às expropriações do solo destinadas a satisfazer fins de utilidade pública urbanística), 267.º, n.º 4 (legitimidade da criação de associações públicas apenas para a satisfação de necessidades específicas), 270.º (restrições ao exercício de direitos por militares, agentes militarizados e agentes dos serviços e das forças de segurança). A estas acrescem as previsões expressas da possibilidade de estabelecer restrições de certos direitos fundamentais (como sucede, por exemplo, no artigo 27.º, n.º 3, quanto ao direito à liberdade, ou no artigo 50.º, n.º 3, relativamente às inelegibilidades).

Em suma, contrariamente ao que sucede com outros ordenamentos jurídicos constitucionais, a Constituição portuguesa acolhe de forma expressa o princípio da proporcionalidade em diversas vertentes, o que inculca a conveniência de um tratamento

²³ Paralelamente foi introduzida uma cláusula de restrição ao exercício de direitos no artigo 270.º com o seguinte teor (itálico aditado):

«A lei pode estabelecer restrições ao exercício dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação e petição coletiva e à capacidade eleitoral passiva dos militares e agentes militarizados dos quadros permanentes em serviço efetivo, na *estrita medida das exigências das suas funções próprias.*»

Este preceito foi entretanto reformulado nas Revisões Constitucionais de 1997 e de 2001.

²⁴ Cfr. o artigo 19.º, n.º 4 (itálico aditado):

«A opção pelo estado de sítio ou pelo estado de emergência, bem como as respetivas declaração e execução, devem respeitar o *princípio da proporcionalidade* e limitar-se, nomeadamente quanto às suas extensão e duração e aos meios utilizados, ao *estritamente necessário* ao pronto restabelecimento da normalidade constitucional».

No artigo 266.º, n.º 2, passou a referir-se a «proporcionalidade» entre os princípios que devem reger o exercício da função administrativa.

amplo do mesmo, nomeadamente no quadro da ideia normativa de proibição do excesso. De resto, e como adiante resultará claro, a jurisprudência tende a reportar-se ora à «proibição do excesso», ora à «proporcionalidade em sentido amplo», sem estabelecer quaisquer distinções materiais relevantes.

5. Cont.: a questão do seu fundamento constitucional

Do ponto de vista da respetiva função, a proibição do excesso releva de uma limitação geral da atuação dos poderes públicos, independentemente de estar em causa o controlo de medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias. Tal aponta decisivamente para uma base normativo-constitucional daquele princípio que seja o mais abrangente possível.

Nesse sentido, o Acórdão n.º 107/2001 afirmou que “[r]elativamente 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 projetada ação aos fins pretendidos, e não configurar as medidas que tomam como desnecessária ou excessivamente restritivas”.

O princípio do Estado de direito democrático consagrado no artigo 2.º da Constituição – a referência ao Estado de Direito foi introduzida pela Revisão Constitucional de 1982 -, pelas suas conotações históricas e devido à sua natureza de “princípio fundamental”, é, na verdade, expressão da ideia de que a garantia da liberdade, igualdade e segurança dos cidadãos se funda na sujeição do poder público a normas jurídicas: um Estado informado pela ideia de Direito não pode, sem negar a sua essência, ser um Estado prepotente, arbitrário ou injusto (cfr. Acórdãos n.ºs 205/2000 e 491/2002). Nessa perspetiva, o Acórdão n.º 73/2009 entendeu “o princípio da proporcionalidade [como um] princípio geral de limitação do poder público que 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 (também o Estado-legislador) adequar a sua ação aos fins pretendidos, e não estatuir soluções desnecessárias ou excessivamente onerosas ou restritivas”.

E, no Acórdão n.º 387/2012, afirmou-se que “*as decisões que o Estado (lato sensu) toma têm de ter uma certa finalidade ou uma certa razão de ser, não podendo ser ilimitadas nem arbitrárias e que esta finalidade deve ser algo de detetável e compreensível para os seus destinatários. O princípio da proibição de excesso postula que entre o conteúdo da decisão do poder público e o fim por ela prosseguido haja sempre um equilíbrio, uma ponderação e uma “justa medida” e encontra sede no artigo 2.º da Constituição. O Estado de direito não pode deixar de ser um «Estado proporcional»*”²⁵. Com efeito, “se se tolerasse que os encargos impostos pelas suas decisões aos cidadãos fossem desmedidos, não justificados pelos seus fins específicos e – por isso mesmo – *levianos*, dificilmente se conseguiria assegurar a ideia segundo a qual a atividade estadual deve surgir, para os seus destinatários, como algo sério, seguro ou confiável. Ora – e já o vimos – um poder político assim, incapaz de merecer a confiança daqueles a quem se dirige, não pode ser nunca um poder *limitado pelo direito e destinado a garantir a justiça, a dignidade da pessoa humana e a liberdade*. O princípio da *proibição do excesso*, que postula a mensurabilidade de todos os atos estaduais, integra o conteúdo material do princípio do Estado de direito exatamente pelas mesmas razões por que o fazem os outros princípios, que já analisámos, e que visam assegurar a calculabilidade possível dos comportamentos públicos. É que não haverá nunca tal calculabilidade aí onde não for estabelecido o seguinte princípio de segurança: os atos estaduais, além de serem atos previsíveis, devem ser também, sempre, atos *equilibrados, medidos e ponderados*”²⁶.

²⁵ Mas existem muitas outras decisões do Tribunal em que este acentua mais a conexão com os direitos fundamentais a partir da cláusula de limites constante do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição (v., por exemplo, o Acórdão n.º **364/91**, a propósito da criação legal de inelegibilidades:

«[A] *questão não deve ser tratada em termos relativizantes, sob pena de diluição casuística e correspondente enfraquecimento do núcleo essencial do direito fundamental em causa [- o direito de sufrágio passivo -, pois] o legislador constituinte optou pela defesa de determinados valores — no caso, além do mais, a isenção e independência do exercício dos respectivos cargos — e essa intenção axiológico-normativa condiciona estritamente a liberdade de conformação do legislador ordinário e só é concebível à luz dos princípios constitucionais que integram o sistema dos direitos fundamentais. Ou seja, a unidade sistemática da Lei Fundamental impõe que se parta do «sistema» para o «problema» (e não ao invés), não permitindo que a tensão dialéctica porventura criada «dê» uma resposta ao problema que não passe pelo sistema.*

Ao fim e ao cabo, está em jogo o princípio da proporcionalidade, aferido mediante estalões de necessidade e adequação [...]»).

²⁶ Cfr. MARIA LÚCIA AMARAL, p. 187.

REIS NOVAIS, p. 161, pelo seu lado, refere enfaticamente que, sendo a “omnipresença do princípio [da proibição do excesso tão natural], atualmente é já quase supérflua a questão da sua fundamentação constitucional, de tal sorte que, mesmo que não houvesse outros artigos a acolhê-lo expressamente, se diria que ele decorre inquestionavelmente da própria ideia de Estado de Direito”. Em sentido concordante, v. CARLA AMADO GOMES e DINAMENE DE FREITAS, p. 189, que afirmam: “o legislador do Estado de Direito está essencialmente vinculado pela proporcionalidade: o poder público deve ser exercido na justa medida, a fim de que o indivíduo não perca intoleravelmente

§ 2.º - O controlo da proibição do excesso pelo Tribunal Constitucional – aspetos gerais

6. As diferentes competências do Tribunal Constitucional e a perspetiva adotada em matéria de proibição do excesso no quadro da fiscalização da constitucionalidade

O Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, cabendo-lhe, designadamente, a fiscalização da constitucionalidade de normas jurídicas, ou seja, e independentemente de se tratar de fiscalização concreta ou abstrata, a decisão de questões de constitucionalidade normativa (artigo 221.º da Constituição). Mas ao lado desta competência *nuclear*, a Constituição atribui-lhe uma série de outras competências – ditas *complementares* – em que o mesmo Tribunal exerce um tipo de jurisdição paralelo àquele que é exercido pelos tribunais judiciais e pelos tribunais administrativos (artigo 223.º, n.º 2, do mesmo normativo²⁷). Em ambos os casos o Tribunal faz aplicação do princípio da proibição do excesso, mas a perspetiva adotada, assim como os poderes de cognição e decisão não podem deixar de ser

contra a coletividade – mesmo no confronto com outros indivíduos”. Para outras fundamentações, cfr. as indicações de VITALINO CANAS [Proporcionalidade], p. 6.

²⁷ Este preceito atribui as seguintes competências complementares:

- a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;
- b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º;
- c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos atos de processo eleitoral, nos termos da lei;
- d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º;
- e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respetiva extinção, nos termos da Constituição e da lei;
- f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respetivo universo eleitoral;
- g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas;
- h) Julgar as ações de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis.

distintos: não é a mesma coisa decidir casos concretos ou apreciar a constitucionalidade de normas. E no presente relatório apenas é considerada a jurisprudência do Tribunal Constitucional relativa ao controlo da constitucionalidade de normas jurídicas.

Acresce que existem diferenças na vinculação pelo princípio da proibição do excesso do legislador e da administração, sendo tendencialmente maior a margem de apreciação do primeiro - que corresponde à liberdade de conformação do legislador. Assim, escreveu-se no Acórdão n.º 484/2000, citando doutrina nacional:

«O princípio do excesso [ou princípio da proporcionalidade] aplica-se a todas as espécies de atos 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 atos legislativos, de atos da administração ou de atos 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, p. 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 esta posição sobre o alcance do princípio da proporcionalidade, e seu controlo jurisdicional, para a atividade administrativa e legislativa foi reiterada e aprofundada no Acórdão n.º 187/2001 – decerto um dos *leading cases* da jurisprudência constitucional portuguesa em matéria de proibição do excesso – tendo em conta as diferenças quanto ao grau de legitimação democrática do poder legislativo e do poder administrativo e o consequente maior poder de escolha do primeiro relativamente ao segundo: o legislador, porque detentor de uma legitimidade democrática direta, pode fazer escolhas primárias (políticas); o administrador, pelo seu lado, além de ter uma legitimidade democrática mais indireta, está submetido ao princípio da legalidade e, por isso, ao interesse público legalmente fixado. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional entendeu o seguinte:

«Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da atividade 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 atividade 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 atividade 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 objetivo 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 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 objetivos 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 objetivos e nessa avaliação (com o referido “crédito de confiança” – falando de um “Vertrauensvorsprung”, v. Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte. Staatsrecht II, 14^{ed.}, Heidelberg, 1998, n.ºs 282 e 287) afigura-se importante sobretudo em casos duvidosos, ou em que a relação medida-objetivo é social ou economicamente complexa, e a objetividade 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 efetuada 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 objeção, 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 detetar 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.»

No mesmo Acórdão, o Tribunal faz referência à orientação seguida nesta matéria por outras jurisdições que aplicam o princípio da proporcionalidade à atividade legislativa – citando, a título ilustrativo, os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13.11.1990 (C-331/98), de 12.11.1996 (C-84/94 - caso «Tempo de trabalho») e de 13.5.1997 (C-233/94 - caso «Garantia de depósitos»), e transcrevendo-se do último destes arestos a seguinte passagem relativamente aos casos em que 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».

A necessidade de respeitar a liberdade de conformação do legislador na aplicação da proibição do excesso conduz frequentemente o Tribunal – sobretudo nas situações que implicam avaliações empíricas – a abster-se de substituir a avaliação subjacente à medida legislativa por aquela que faz com base nos dados do processo e, conseqüentemente, a abster-se de emitir um juízo positivo de inconstitucionalidade.

7. Metodica de aplicação

No controlo da proibição do excesso, o Tribunal seguiu desde cedo (v., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 25/84, 85/85, 103/87, 455/87, 64/88, 69/88, 223/88, 392/89, 221/90, 285/92, 634/93 e 1182/96)²⁸ – e a ele se tem mantido fiel (cfr., entre os mais recentes, os Acórdãos n.ºs 159/2007, 632/2008, 173/2009, 166/2010, 401/2011, 461/2011, 353/2012, 187/2013, 340/2013, 474/2013 e 602/2013) - o esquema dos três testes em que se convencionou desdobrar a análise da *relação de adequação entre um meio e o respetivo fim* (princípio da proporcionalidade em sentido amplo). Para tanto, as atuações dos poderes públicos, justamente pelo facto de não poderem ser ilimitadas nem arbitrarias, são perspetivadas em cada caso concreto, real ou representado, como meios para atingir um certo fim –

²⁸ Cfr. CASALTA NABAIS, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, separata do vol. LXV (1989) do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pp. 33-36; e VITALINO CANAS [Proporcionalidade], p. 31, nota 134.

pressupondo-se naturalmente a legitimidade constitucional tanto dos primeiros como do segundo²⁹. Em vista desse fim, aquelas atuações são sucessivamente analisadas:

1.º - Quanto à sua *adequação* ou *idoneidade* - a sua aptidão para atingir o fim visado, e que é objeto de um juízo positivo desde que seja razoável considerar que a modificação a introduzir na situação de facto preexistente em consequência da atuação pública modifique tal situação no sentido de a aproximar de modo sensível da situação de facto hipotética correspondente à realização do fim intencionado (a inadequação ou inidoneidade corresponde, por isso, a uma medida cuja adoção seja indiferente, inócua ou, porventura, negativa com referência a tal situação hipotética)³⁰;

²⁹ No Acórdão n.º **173/2009** – proferido a propósito da inabilitação dos administradores de sociedade comercial declarada insolvente, nos casos em que a insolvência seja imputável a dolo ou culpa grave daqueles (artigo 189.º, n.º 2, alínea b), do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas) - o Tribunal Constitucional, assumindo (conforme jurisprudência anterior) não ser constitucionalmente admissível a instrumentalização das restrições à capacidade civil previstas no artigo 26.º, n.º 4, da Constituição para outros objetivos que não a tutela do interesse do próprio inabilitado ou interdito, não sendo designadamente legítima a sua utilização como sanção (fim punitivo), considerou, citando Reis Novais, p. 166, que a solução legal em análise “*contraria o princípio da proporcionalidade logo no primeiro patamar do controlo da sua observância, pois a «legitimidade constitucional dos fins prosseguidos com a restrição», bem como a «legitimidade dos meios utilizados» constituem um «pressuposto lógico» da sua idoneidade*”.

De resto, no que se refere às restrições de direitos, liberdades e garantias, a letra do artigo 18.º, n.º 2, da Constituição é expressa no sentido de aquelas se justificarem apenas para - e, portanto, de apenas se poderem destinar a - “salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Como se refere no Acórdão n.º **340/2013** (caso relativo à imposição aos contribuintes, no âmbito de procedimentos de inspeção, de deveres de cooperação com a administração tributária tendo por objeto a entrega de documentos e a prestação de informações que mais tarde a segunda possa vir a utilizar contra os primeiros no âmbito de processos criminais – cfr. *infra* o n.º 13), “*as restrições em causa são funcionalmente destinadas à salvaguarda de outros valores constitucionais*”.

³⁰ Como se refere no Acórdão n.º **632/2008** (caso relativo ao alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho de trabalhadores indiferenciados), “*a demonstração de que certa medida legislativa é, pelo seu conteúdo típico e abstratamente considerado, um instrumento inidóneo ou inapto para a realização do fim que com ela se pretende alcançar exige uma prova: em última instância, necessário é que se comprove que o meio usado se revela em si mesmo como algo de inócuo, indiferente ou até negativo por referência à obtenção aproximada dos efeitos pretendidos*”.

Cfr., por exemplo, os Acórdãos n.ºs 200/2001 e 313/2013.

No caso decidido pelo Acórdão n.º **200/2001** (caso dos emolumentos – com a natureza de taxa - a pagar ao Tribunal de Contas pela certificação ou arquivamento de contas), um município queixava-se de que a alteração legislativa do regime de emolumentos resultou, para si, num aumento desproporcionado do respetivo valor. O Tribunal considerou necessário começar por analisar a justificação do novo regime dada pelo próprio legislador, considerando o aumento dos emolumentos justificado pelas finalidades enunciadas no preâmbulo do diploma em causa: a *crecente* importância das funções de fiscalização e controlo das finanças públicas do Tribunal de Contas, a sua *modernização, atualização e desenvolvimento*, em termos estruturais e de reconhecimento normativo de *novas* atribuições e formas de atuação e o facto de as receitas emolumentares consubstanciarem um pressuposto da independência e condição de exercício das competências do Tribunal; perante estas necessidades, o diploma que consagrava o regime anterior e a sua tabela emolumentar encontrava-se *desatualizado*, quer qualitativa (assim, ao nível da tipologia e natureza dos atos geradores dos

2.º - Quanto à sua *necessidade* ou *exigibilidade* - o meio adotado deve ser aquele, de entre os meios disponíveis que gozem de idoneidade similar, que implique menos custos para os interesses prejudicados com a realização do fim público prosseguido (a desnecessidade ou

emolumentos, sem integral correspondência nos atos efetivamente praticados pelo Tribunal e seus serviços de apoio), quer quantitativamente. Por isso, entendeu o Tribunal Constitucional que a previsão do novo regime “*não pode ser considerada manifestamente inadequada para conseguir tais objetivos – designadamente, a independência do Tribunal de Contas. Pode, eventualmente, esse novo regime – designadamente, pela elevação da percentagem da receita e do limite máximo dos emolumentos – não corresponder, em determinados casos, à melhor solução, ou à solução mais justa (como se reconhece na decisão recorrida para a repercussão dos emolumentos nos orçamentos dos municípios, considerando a sua autonomia financeira). Mas a sua previsão enquadra-se ainda no espaço de conformação do legislador, não podendo dizer-se que a possibilidade de um regime melhor adequado a determinadas situações – e, designadamente, que tome em consideração em maior medida o peso dos emolumentos na atividade dos municípios mais pequenos – determina necessariamente a inconstitucionalidade de todas as alternativas*”.

No Acórdão n.º **313/2013** (caso relativo à não apresentação do livro de reclamações) estava em causa a norma que punia com o pagamento de uma coima a mera omissão de facultar imediatamente o livro de reclamações, quando solicitado pelo cliente ou utente. Contudo, o limite mínimo da coima aplicável – e só este – é agravado de € 250 para € 1750 e de € 3500 para € 15000, consoante o infrator seja pessoa singular ou pessoa coletiva, apenas em consequência de o utente ofendido decidir chamar a autoridade policial a fim de remover a recusa de apresentação do livro de reclamações ou de que essa autoridade tome nota da ocorrência. Assim, a imposição do agravamento do limite mínimo da coima aplicável é função de um comportamento que imediatamente não é o do infrator, mas o do próprio utente ofendido e, por outro lado, e com referência ao agravamento do limite mínimo, o mesmo preceito proíbe o tribunal de valorar a circunstância de, apesar de chamada a autoridade policial, o utente ter afinal tido oportunidade de formular a sua reclamação no livro pertinente – uma situação, apesar de tudo, menos lesiva do direito do consumidor do que aquela em que pura e simplesmente o referido livro não foi facultado ao utente, independentemente de ter, ou não, sido chamada a autoridade policial; nesses casos, a aludida valoração é admissível, mas já no quadro do agravamento do limite mínimo da coima aplicável. O Tribunal, considerando embora o fim normativo prosseguido pelo legislador – o reforço da tutela dos direitos dos consumidores – entendeu que “*tendo em vista tal objetivo, não se afigura, desde logo, idóneo que o agravamento da punição da violação do dever de facultar imediatamente o livro de reclamações seja colocado na exclusiva dependência da iniciativa de o utente ofendido chamar a polícia. Tal iniciativa não está necessariamente associada a um agravamento da infração já perpetrada. Aliás, se o chamamento da polícia é uma condição suficiente do agravamento da coima, não é, todavia, uma condição necessária do agravamento da infração. Com efeito, o utente pode requerer a presença da autoridade policial, logo que confrontado com a recusa do livro de reclamações: não tem de chamar o gerente ou outro responsável nem tem de dar conhecimento prévio da sua intenção. O agravamento da coima pode, por isso, ocorrer sem que da parte do fornecedor de bens ou prestador de serviços exista um qualquer outro comportamento, para além da infração já sancionada [sem agravamento] – a recusa inicial de facultar o livro de reclamações solicitado pelo utente. Acresce que, nos termos da lei, o pressuposto de tal chamamento é a prática da infração (“quando o livro de reclamações não for imediatamente facultado ao utente” – artigo 3.º, n.º 4, do diploma em análise), pelo que, quando muito, a presença da autoridade policial pode contribuir para a remoção da recusa inicial de apresentação do livro de reclamações. E se esta ocorrer – sendo, portanto, facultado ao utente o exercício do seu direito de reclamação - justifica-se a ponderação de tal circunstância, devendo o quadro punitivo demarcar claramente as situações em que, apesar de tardiamente, o direito do consumidor ainda pode ser exercido, daquelas em que, mesmo após a intervenção da autoridade policial, a recusa de apresentação do livro de reclamações é mantida. O agravamento do limite mínimo da coima aplicável, em razão apenas da “ocorrência” consubstanciada no chamamento da autoridade policial por parte do utente ofendido, não permite diferenciar satisfatoriamente as duas situações*”.

inexigibilidade verifica-se, por conseguinte, desde que exista uma alternativa real ao meio escolhido e que a mesma seja menos onerosa para os interesses que serão afetados negativamente pela concretização do fim justificativo da medida)^{31 32};

³¹ Conforme se refere no Acórdão n.º 632/2008, “o teste da necessidade ou da exigibilidade obriga a que se proceda a uma específica forma de ponderação, ou de avaliação, do modo pelo qual a restrição legislativa de um direito procede à necessária realização da tarefa de concordância prática entre bens ou interesses conflitantes. Já vimos em que é que se traduz a especificidade. Do que se trata, aqui, é de averiguar se existiam, no caso, meios alternativos para a realização do mesmo fim; se entre esses meios havia, ou não, diferenças quanto ao grau da sua onerosidade para os destinatários das medidas restritivas; e se, finalmente, se tinha ou não escolhido, de entre eles, o meio mais benigno ou menos oneroso”.

³² Cfr. os Acórdãos n.ºs 155/2004, 632/2008, 173/2009 e 313/2013.

No Acórdão n.º **155/2004** (caso relativo à nulidade dos contratos de trabalho celebrados por pessoas coletivas públicas com preterição de certos requisitos, condições ou formalidades previstos na lei), o Tribunal considerou, quanto à cominação da nulidade total do contrato de trabalho em consequência da falta de autorização do Ministro das Finanças, quando o contrato envolva encargos com remunerações globais superiores aos que resultam da aplicação de regulamentos internos ou dos instrumentos de regulamentação coletiva, que, “*embora não possa negar-se-lhe adequação para compelir o trabalhador a uma específica tensão de vontade no sentido do respeito pela legalidade, a medida é excessiva [...]. Postos em equação, mediante um juízo de ponderação, os meios (a invalidade total do contrato) e o fim (garantir a observância das regras legais relativas ao regime retributivo e a boa gestão dos dinheiros públicos), é manifesto que o sacrifício imposto ao trabalhador se apresenta como restringindo desnecessariamente a garantia de segurança no emprego. O objetivo pretendido poderia ser eficientemente atingido mediante um meio menos gravoso para a garantia consagrada no artigo 53º da Constituição como, por exemplo e sem invadir o espaço de discricionariedade legislativa, a invalidade parcial do contrato, com redução aos limites legais da remuneração ilegalmente estipulada – aliás, é deste tipo a solução adotada no artigo 114º do Código do Trabalho – e, eventualmente, com a imposição de restituir o indevidamente recebido*”.

No Acórdão n.º 632/2008, o Tribunal apreciou se o alargamento do período experimental nos contratos de trabalho de 90 para 180 dias dos trabalhadores indiferenciados configura uma *restrição constitucionalmente ilícita*, por implicar violação dos limites aos limites dos direitos que o artigo 18.º da Constituição consagra. Ora, “*é precisamente o recurso [ao] segundo teste – ao qual se atribui a designação de «medida de valor da necessidade» – que a seguir se convoca [surgindo tal convocação] agora acompanhada da ideia de concordância prática: a medida de valor da necessidade – diz-se – deve aferir-se em função do que é indispensável, ou exigível, para a salvaguarda de outros interesses ou bens constitucionalmente protegidos. No caso (diz-se ainda) o outro bem ou interesse que se pretende salvaguardar, e que deve concordar praticamente com o bem «segurança no emprego», é o da livre iniciativa privada, consagrada – como já se viu – no artigo 61.º da Constituição*”. E, considerando não existir nenhum elemento nos antecedentes legislativos que permita, por um lado, identificar uma insuficiência manifesta dos prazos atualmente em vigor e, por outro, uma justificação para o alargamento de 90 para 180 dias do prazo de período experimental aplicável nos contratos de trabalho dos trabalhadores indiferenciados, o Tribunal entendeu que o alargamento em causa se não compatibilizava com o teste da necessidade ou da exigibilidade, a que estão subordinadas todas as normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais.

No Acórdão n.º 173/2009, já citado (cfr. *supra* a nota 29), considerou-se que, mesmo adotando uma posição mais complacente, acolhedora da legitimidade constitucional de uma conceção da inabilitação como um instrumento multivocado, idóneo a servir outros interesses, que não apenas os do próprio incapaz, designadamente os interesses gerais do tráfico jurídico, a verdade é que para o efeito a lei já prevê a medida de inibição do exercício do comércio e para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de atividade económica, empresa pública ou cooperativa (alínea c) do n.º 2 do artigo 189.º do Código em causa), como sanção *adicionável*, e não *alternativa*, à da inabilitação; consequentemente, e atento o

3.º - Quanto à sua *proporcionalidade em sentido estrito* – a adequação, no sentido de proporção ou justa medida, entre as vantagens e desvantagens, os custos e os benefícios, decorrentes da adoção concreta do meio (a desproporção ou excesso resulta da inexistência de uma articulação racional suficiente, e portanto de um desequilíbrio, entre tais sacrifícios e benefícios)³³.

obrigatório decretamento da inibição – medida só justificável por atenção àqueles interesses gerais – e o universo dos afetados, coincidente com os sujeitos à inabilitação, “*pode concluir-se que a sanção mais gravosa da inabilitação não é indispensável para a salvaguarda desses interesses. Sendo assim, resulta violado o critério da necessidade ou exigibilidade, postulado pelo princípio da proporcionalidade*”.

No Acórdão n.º 313/2013, já citado (cfr. *supra* a nota 30), considerou-se que o “*agravamento do limite mínimo da coima aplicável [...] não é, por outro lado, necessário para assegurar uma tutela mais eficaz do direito dos consumidores a formularem as suas reclamações no livro especialmente destinado para o efeito. Na verdade, abrangendo a moldura punitiva para a violação do dever de facultar imediatamente o livro de reclamações prevista [na lei] a totalidade do agravamento da coima aplicável para a mesma infração consignado [no caso de o utente requerer a presença da autoridade policial], nada impede o julgador de, caso a caso, e fazendo aplicação da moldura mais ampla, graduar diferentemente a coima a aplicar em razão de: (i) o direito de reclamação ter sido assegurado, mesmo sem a presença da autoridade policial (por exemplo, em virtude de o gerente ou responsável entretanto ter acedido a fazê-lo); (ii) o mesmo direito ter sido assegurado apenas na sequência do chamamento da autoridade policial; ou (iii) mesmo após ter sido solicitada tal intervenção, nem assim o fornecedor de bens ou prestador de serviços ter permitido ao utente o exercício do seu direito de reclamação*”.

³³ Cfr. os Acórdãos n.ºs 187/2001, 200/2001, 155/2004, 159/2007 e 173/2009.

No Acórdão n.º 187/2001 já citado (cfr. *supra* a nota 5), o Tribunal considerou que os diversos fins visados pelo legislador mediante o regime de reserva aos farmacêuticos da propriedade da farmácia e indivisibilidade desta da sua gestão técnica permitem concluir que tal regime não pode considerar-se desadequado nem desnecessário para a sua prossecução. É o caso, desde logo, daqueles fins que se ligam à atividade farmacêutica, pois 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 é também o caso, evidentemente, das finalidades - como a consciencialização, vinculação deontológica e responsabilização tanto do proprietário como do diretor técnico, ou o controlo das concentrações no domínio da comercialização de produtos farmacêuticos - que diretamente se prendem com a propriedade da farmácia. Mas, para além disso, entendeu-se que a ponderação das razões apresentadas não é de molde a ter por desrazoável a tese da indivisibilidade e a reserva da propriedade aos farmacêuticos, podendo concluir-se 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 -, já que as restrições inerentes ao mesmo não podem ser consideradas desproporcionadas na sua medida, em relação às aludidas finalidades de interesse público prosseguidas pelo legislador.

No Acórdão n.º 200/2001 já citado (cfr. *supra* a nota 30), o Tribunal entendeu que, não obstante a brusquidão do aumento emolumentar em causa – em especial, por falta de previsão de um regime de transição -, o mesmo “*encontra-se, por outro lado, justificado pelas finalidades enunciadas no preâmbulo*” do diploma que o aprovou.

No Acórdão n.º 155/2004 já citado (cfr. *supra* a nota anterior), o Tribunal, a propósito da exigência da forma escrita do contrato de trabalho e de outras indicações que do mesmo devem constar – nomeadamente, a exigência de que o trabalhador, ao assinar o contrato, verifique se no documento se menciona a identificação da entidade que autorizou a sua celebração -, considerou que esta última exigência, ao contrário das demais, cumpre um fim acessório, embora importante no contexto dos fins visados com a imposição da forma escrita. Porém, não estabelecendo o preceito que comina a nulidade

do contrato quaisquer distinções, também a inobservância do citado requisito pode fundamentar a nulidade do contrato invocável a todo o tempo. Assim, “[e]sta consequência do regime da nulidade não pode deixar de ser considerada, quando ponderado o interesse que serve e o modo de o realizar com os seus efeitos no plano da garantia constitucional da segurança no emprego, violadora do princípio da proporcionalidade, nas vertentes do princípio da necessidade e da justa medida ou proporcionalidade em sentido estrito”.

No Acórdão n.º 159/2007 (caso da remição do arrendamento rural pelo rendeiro mediante pagamento ao senhorio do preço fixado por comissão arbitral), o Tribunal começou por verificar a semelhança entre a remição da colónia e a remição do arrendamento rural: em ambos os casos está em causa uma “transmissão forçada” do direito de propriedade sobre a terra, do proprietário de raiz para o cultivador; em ambos os casos existe uma especial responsabilidade do cultivador em dotar a terra de condições produtivas; e em ambos os casos a intervenção legislativa ocorreu num momento de transição constitucional, visando transformar as formas de utilização produtiva da terra em favor do cultivador. Ponderou depois que a posição de rejeição de formas de exploração da terra de reconhecida injustiça social - enfiteuse e colónia - que o legislador constituinte assume se alicerça em valores de proteção do cultivador, plasmados na Constituição (cfr. os artigos 93º, n.º 1, e 96º), concluindo pela existência de fundamento constitucional para a prevalência do direito do rendeiro face ao direito do proprietário-senhorio (o fim prosseguido pela legislação em análise é, portanto, *legítimo*). Segue-se a análise das três vertentes do princípio da proporcionalidade, afirmando-se no tocante ao terceiro teste (proporcionalidade em sentido estrito): “para que se possa concluir se a norma questionada respeita o princípio da proporcionalidade impõe-se averiguar se o prejuízo que ela causa ao senhorio (ablação do direito de propriedade) é ou não desproporcionado em relação ao benefício que com ela se espera obter (consolidação da posição jurídica do rendeiro relativamente à terra que cultiva e às benfeitorias nela realizadas). Não se discute a gravidade do sacrifício imposto ao senhorio – a remição do arrendamento afeta de forma extrema o direito de propriedade do dono da terra. [Mas], tratando-se de arrendamento rural em que as terras tenham sido dadas de arrendamento no estado de incultas e se tenham tornado produtivas por ação do rendeiro, o valor das benfeitorias realizadas nas terras por ação do rendeiro não pode ser contabilizado como prejuízo do senhorio. O prejuízo do senhorio apenas pode corresponder à perda do valor da propriedade, excluídas as benfeitorias. Caso o rendeiro pretenda remir o arrendamento (o exercício do direito de remição é facultativo), a perda da propriedade da terra é compensada pelo pagamento ao senhorio de um preço [...]. E esse preço não pode considerar-se injusto [...]. Sendo grave o sacrifício imposto ao senhorio, tal não deixa de implicar que se avalie essa gravidade «em associação com a importância e a imperatividade das razões que a justificam» [...]. Ora, no caso, como resulta do que atrás se disse, são, à luz da Constituição, de extrema relevância as razões que justificam a medida, numa linha que decorre dos já citados artigos 93º, n.º 1, alínea b), e 96º, n.º 1, da Constituição [pelo que] face à nossa ordem constitucional de valores, o direito de aquisição da propriedade conferido ao rendeiro pela norma questionada não pode, assim, qualificar-se como excessivo ou injusto. [D]eve, ainda, ter-se presente que, nas situações em que a avaliação da limitação ou restrição pelo critério da proporcionalidade se revele complexa, como poderá ser o caso, o Tribunal Constitucional tem reconhecido ao legislador uma prerrogativa de avaliação ou crédito de confiança, reservando a sua intervenção apenas para as situações de *ultima ratio* [remetendo neste particular para o Acórdão n.º 187/2001] [E,] no caso em apreço, a qualificação da ablação do direito de propriedade do senhorio como “justa medida” pressupõe uma avaliação material que se encontra muito próxima dos limites do poder jurisdicional, na fronteira com o poder legislativo. Ora, atenta a ponderação dos valores em jogo, *supra* desenvolvida, e não constituindo erro manifesto de apreciação a opção tomada pelo legislador [...], entende-se que, igualmente aqui, o legislador deve beneficiar do mencionado crédito de confiança, tudo concorrendo para se julgar isenta de inconstitucionalidade, por violação do princípio da proporcionalidade, a norma em causa”.

No Acórdão n.º 173/2009 já citado (cfr. *supra* a nota 29), o Tribunal entendeu que, sem prejuízo da *inidoneidade* e da *inexigibilidade* da restrição à capacidade civil em análise, noutra ótica, “mesmo para quem possa entender que a eficácia preventiva resulta melhor satisfeita com a *inabilitação*, será sempre de decidir que a *cumulação e aplicação simultânea das duas restrições atenta contra a proibição do excesso*”. Posteriormente o Acórdão n.º 409/2011 confirmou este juízo de

A síntese de tal metódica de aplicação feita no Acórdão n.º 107/2001 é a seguinte:

«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 adotar-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 adoção 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 exatos termos, significou a ‘menor desvantagem possível’ para a posição jusfundamental decorrente do direito [de propriedade]. Aqui, equacionando-se se o legislador ‘poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz e menos desvantajoso para os cidadãos’ [Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 6ª ed., Coimbra, 1993, pp. 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 objetivos 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 coativa’ que comporta” (*ibidem*).

inconstitucionalidade, pelos mesmos fundamentos, com referência aos casos de insolvência culposa de pessoas singulares.

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.»

Posteriormente, no seu Acórdão n.º 632/2008, o Tribunal, além de reiterar a jurisprudência sobre a definição geral das três vertentes em que habitualmente analisa o princípio da proporcionalidade, entendeu dever acrescentar três precisões:

«A primeira diz respeito ao conteúdo exato a conferir ao terceiro teste enunciado, comumente designado pela jurisprudência e pela doutrina por proporcionalidade em sentido estrito ou critério da justa medida. O que aqui se mede, na verdade, é a relação concretamente existente entre a carga coativa decorrente da medida adotada e o peso específico do ganho de interesse público que com tal medida se visa alcançar. Ou, como se disse, ainda, no Acórdão n.º 187/2001, «[t]rata-se...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.»

A segunda precisão a acrescentar é relativa à ordem lógica de aplicação dos três subprincípios, que se devem relacionar entre si segundo uma regra de precedência do mais abstrato perante o mais concreto, ou mais próximo (pelo seu conteúdo) da necessária avaliação das circunstâncias específicas do caso da vida que se aprecia. Quer isto dizer, exatamente, o seguinte: o teste da proporcionalidade inicia-se logicamente com o recurso ao subprincípio da adequação. Nele, apenas se afere se um certo meio é, em abstrato e enquanto meio típico, idóneo ou apto para a realização de um certo fim. A formulação de um juízo negativo acerca da adequação prejudica logicamente a necessidade de aplicação dos outros testes. No entanto, se se não concluir pela inadequação típica do meio ao fim, haverá em seguida que recorrer ao exame da exigibilidade, também conhecido por necessidade de escolha do meio mais benigno. É este um exame mais ‘fino’, ou mais próximo das especificidades do caso concreto: através dele se avalia a existência – ou inexistência –, na situação da vida, de várias possibilidades (igualmente idóneas) para a realização do fim pretendido, de forma a que se saiba se, in casu, foi escolhida, como devia, a possibilidade mais benigna ou menos onerosa para os particulares. Caso se chegue à conclusão de que tal não sucedeu – o que é sempre possível, já que pode haver medidas que, embora tidas por adequadas, se não venham a revelar no entanto necessárias ou exigíveis –, fica logicamente prejudicada a inevitabilidade de recurso ao último teste de proporcionalidade.

A terceira precisão a acrescentar relaciona-se com a particular dimensão que não pode deixar de ter o juízo de proporcionalidade (na sua aceção ampla), quando aplicado às decisões do legislador. Afirmou-se atrás que o princípio em causa vale, em Estado de direito, para as ações de todos os poderes públicos. Quer isto dizer que ele se aplicará tanto aos atos da função administrativa quanto aos atos da função legislativa, pois que, em qualquer caso, não pode o Estado (atuando através

dos seus diferentes poderes) empregar meios que se revelem inadequados, desnecessários ou não ‘proporcionais’ face aos fins que pretende prosseguir. Certo é, porém, que o poder legislativo se distingue do poder administrativo precisamente pela liberdade que tem para, no quadro da Constituição, eleger as finalidades que hão-de orientar as suas escolhas: disto mesmo aliás se fala, quando se fala em liberdade de conformação do legislador. Daqui decorre que o juízo de invalidade de uma certa medida legislativa, com fundamento em inobservância de qualquer um dos testes que compõem a proporcionalidade, se há-de estribar sempre – como se disse no Acórdão n.º 187/2001 – em manifesto incumprimento, por parte do legislador, dos deveres que sobre ele impendem por força do princípio constitucional da proibição do excesso.»

Esta última apreciação não tem de se reconduzir necessariamente a um controlo de mera *evidência* – embora seja essa a intensidade aplicada nas situações que envolvam apreciações de natureza social e económica e em que exista uma afetação não muito significativa de liberdades económicas ou de direitos económicos, sociais e culturais. Mas, como referido, a preocupação de respeitar uma repartição equilibrada e racional dos poderes constitucionais, conduz a que o critério geral utilizado seja o de *defensabilidade*, considerando inconstitucionais apenas as normas desrazoáveis, que constituam uma violação clara do princípio³⁴. E, de qualquer modo, a exigência do critério tende a acentuar-se, quando estão em causa direitos e liberdades de natureza pessoal.

Por outro lado, a análise dos sucessivos níveis de controlo não é mecânica. Não raramente o Tribunal não se basta com a apreciação negativa de um dos níveis inferiores, em especial, quando sejam admissíveis diferentes interpretações de uma mesma norma (cfr. o Acórdão n.º 173/2009) ou quando o grau de evidência relativamente a uma das vertentes é igualado ou superado por uma maior evidência relativamente à vertente seguinte (no Acórdão n.º 313/2013, a violação do princípio da proporcionalidade é fundamentada com base na inidoneidade do meio e na sua inexigibilidade).

Um outro aspeto a destacar é a possível relevância do princípio proporcionalidade, enquanto princípio objetivo da ordem jurídica, mesmo no domínio das relações jurídico-privadas, por via da conformação do regime legal que lhes é aplicável. Nesse sentido, por exemplo, o Acórdão n.º 302/2001, analisou a questão de saber se violava aquele princípio a norma do regime do arrendamento que permite a resolução do contrato pelo senhorio no caso

³⁴ Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, pp. 288-289; e REIS NOVAIS, pp. 184-185.

de o arrendatário subarrendar ou emprestar parcialmente o prédio arrendado, sem autorização do senhorio, e concluiu que, num sistema de resolução caracterizado por causas tipificadas e em que a resolução tem de ser decretada pelo tribunal, “*não se afigura desrazoável, arbitrário nem excessivo que [aquele] incumprimento constitua fundamento de resolução do contrato*”. Esta mesma lógica valerá para outras situações em que a lei preveja no âmbito de relações jurídicas privadas a atribuição de *direitos potestativos* a um dos sujeitos dessa relação (v.g., no âmbito das relações laborais, com referência ao despedimento, e sem prejuízo de específicas garantias constitucionais quanto à «justa causa», v. por último, o Acórdão n.º 602/2013).

Finalmente, o controlo da proporcionalidade é frequentemente realizado a propósito da aplicação de outros princípios, cumprindo destacar, desde logo, os da confiança e da igualdade – a tratar autonomamente no § 6.º -, e, bem assim, outros princípios estreitamente relacionados com os direitos fundamentais das pessoas, como, por exemplo, o da *equiparação entre cidadãos nacionais e os estrangeiros e apátridas* (artigo 15.º, n.º 1, da Constituição). Assim, as exceções a tal princípio estabelecidas pelo legislador, nos termos do n.º 2 do artigo 15.º da Constituição, devem ser apreciadas à luz do princípio da proporcionalidade: como referido no Acórdão n.º 96/2013, que também remete para jurisprudência anterior sobre tal matéria, qualquer restrição legal do princípio da equiparação “*deverá subordinar-se ao princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo, com as suas três dimensões – necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito (cfr. o Acórdão n.º 340/95)–, daqui resultando que, quanto aos direitos que a Constituição consente que possam ser colocados pelo legislador ordinário sob reserva da nacionalidade, tal reserva não poderá ser desnecessária, arbitrária ou desproporcionada, sob pena de esvaziamento e inutilização do próprio princípio da equiparação consagrado no n.º 1 do artigo 15.º (cfr. os Acórdãos n.ºs 54/87, 423/2001, 72/2002 e 345/2002)*”.

8. Proporcionalidade e razoabilidade

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional a ideia de razoabilidade é normalmente associada à de proporcionalidade em sentido estrito, no sentido de haver desproporcionalidade sempre que a relação apurada entre a gravidade do sacrifício imposto pelo meio adotado e a importância dos interesses públicos que o justificam seja desrazoável (por exemplo, e entre muitos, o Acórdão n.º 159/2007). No entanto, na doutrina também é frequente a

autonomização de uma outra dimensão da proibição do excesso em que a avaliação da *razoabilidade* da medida ablativa é feita na perspetiva das suas consequências na esfera pessoal daqueles que são afetados negativamente³⁵. Trata-se, então, de um parâmetro da justiça do caso concreto (*Maßstab der Einzelfallgerechtigkeit*, na expressão de Ossenbühl), o que poderá ajudar a explicar por que é que são raras as decisões do Tribunal Constitucional proferidas em sede de fiscalização da constitucionalidade – a qual é exclusivamente normativa – que refiram este parâmetro. Ainda assim, na fiscalização concreta pode haver espaço para uma valoração autónoma da razoabilidade.

No Acórdão n.º 521/2007, o Tribunal apreciou – justamente em sede de fiscalização concreta - a interpretação de norma segundo a qual, em caso de transação judicialmente homologada, as custas em dívida a juízo são suportadas a meias, incumbindo ao autor, que já suportou integralmente a taxa de justiça a seu cargo, garantir ainda o pagamento de metade do remanescente da taxa de justiça em dívida, com o ónus de subseqüentemente reaver tal quantia do réu, a título de custas de parte, considerando que tal interpretação “*conduz a resultados manifestamente anómalos e desrazoáveis, que não são toleráveis à luz das relações que devem existir entre os cidadãos e o Estado*”. E fundamentou tal juízo na seguinte consideração:

«Para além dos acima aludidos três vetores do princípio constitucional da proporcionalidade (em sentido amplo) ou da proibição de excesso, a doutrina tem autonomizado outros elementos, entre os quais avulta o subprincípio da razoabilidade, segundo o qual “haveria 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” [citação de REIS NOVAIS].

³⁵ Cfr., por exemplo, DETLEF MERTEN, pp. 558-560 (*Unzumutbarkeit*) e REIS NOVAIS, 187-190 (“uma afetação inadmissível ou intolerável do ponto de vista de quem a sofre e por razões essencialmente atinentes à sua subjetividade”). Apontando para outros entendimentos da «proporcionalidade-razoabilidade, v. VITALINO CANAS [Proporcionalidade], pp. 57-59.

Como refere o segundo daqueles Autores, *ibidem*, p. 189, “o controlo de razoabilidade concentra-se na gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera(s) do(s) afetado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que independentemente da adequação da relação 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 da 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 Ossenbühl, enquanto que a proporcionalidade da restrição se avalia em função do fim prosseguido, já a verificação da sua razoabilidade se centra no sujeito afetado”.

Aqui chegados, no caso concreto, é possível concluir, com segurança, que não é minimamente tolerável que o Estado, no caso de transação judicialmente homologada, segundo a qual as custas em dívida a juízo serão suportadas a meias, imponha ao autor, que já suportou integralmente a taxa de justiça a seu cargo, que garanta ainda o pagamento de metade do remanescente da taxa de justiça em dívida, da responsabilidade do réu, com o ónus de subsequentemente reaver tal quantia do mesmo, a título de custas de parte.»

9. Proporcionalidade e determinabilidade

Se as esferas de autonomia e a liberdade pessoal podem ser restringidas por razões de interesse público, o princípio do Estado de direito também exige que o alcance e medida concretos das restrições sejam determinados com suficiente precisão, de modo a serem reconhecidos e previsíveis no seu conteúdo e nos seus efeitos e, em última análise, efetivamente controláveis pelos tribunais. Nesse sentido, a exigência de *determinabilidade* das intervenções restritivas da liberdade é, juntamente com a idoneidade, exigibilidade, proporcionalidade e razoabilidade de tais intervenções, “um pressuposto da existência de uma relação equilibrada entre o Estado e o cidadão”³⁶. Como assinala REIS NOVAIS³⁷,

«[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 atuação 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 proteção que justificava a restrição.»

Precisamente nesta linha, pode ler-se no Acórdão n.º 474/2013³⁸, retomando uma argumentação já desenvolvida no Acórdão n.º 285/92:

³⁶ Cfr. REIS NOVAIS, p. 190.

³⁷ V. *ibidem*, p. 192.

³⁸ Releva aqui a primeira questão de constitucionalidade apreciada, respeitante aos novos motivos substantivos que habilitam a entidade empregadora a encetar regime de mobilidade funcional, na nova modalidade de requalificação, enquanto pressuposto de cessação da relação de emprego público. Passa a encontrar-se no novo regime dois níveis de afetação da relação jurídica de emprego público: no primeiro nível, o afastamento do posto de trabalho – do lugar – e a colocação em inatividade, caso não logre obter de imediato a reafetação, com consequências no direito à retribuição; num segundo nível, o prolongamento dessa situação para além de um ano intensifica o grau de afetação até atingir o grau máximo de compressão do direito à segurança no emprego: motiva o despedimento (objetivo).

«[Vem questionada] a conformidade constitucional [das soluções legais], pela imprecisão que aduzem ao regime de cessação do contrato de trabalho em funções públicas. [...] O primeiro segmento normativo questionado estipula como fundamento da decisão de início de processo de requalificação a “redução de orçamento do órgão ou serviço decorrente da diminuição das transferências do Estado ou de receitas próprias”.

[A]o habilitar a decisão gestonária que determina o processo de requalificação, enquanto elo inicial da cadeia de atos em que se pode inscrever a cessação da relação de emprego público, por efeito da mera redução da transferência do Estado, o legislador não individualiza, nem precisa, qualquer critério ou padrão que permita sindicatizar a adequação das razões que determinaram o decisor, mormente se são razões de índole geral, independentes do desempenho (potencial ou efetivo) do órgão ou serviço em questão na satisfação das suas competências e atribuições, e na prossecução do interesse público, ou razões de disfunção do órgão ou serviço, mormente no plano dos recursos humanos (sendo as despesas com pessoal apenas uma das rubricas do orçamento, de acordo com o artigo 7.º da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de fevereiro). Nenhum critério densificador do significado gradativo de tal diminuição quantitativa de dotação e da sua relação causal com o início de procedimento de requalificação no concreto e específico órgão ou serviço resulta da previsão legal, o que abre campo evidente à imotivação e esta à arbitrariedade, com projeção inexorável na cadeia decisória que se segue, predeterminados os seus atos (e fundamentos) pela decisão genética. Inexiste, assim, na norma [em apreço], qualquer campo valorativo de controlo, na perspetiva da colocação de trabalhadores em situação de inatividade, potencialmente causadora da cessação do respetivo contrato de trabalho.

[A] medida da precisão normativa relevante encontra-se na previsão de uma causa objetiva de despedimento e no conceito constitucional de justa causa, bem como na aptidão normativa ao seu controlo, e não na densidade normativa requerida pela afetação menor que a requalificação, enquanto instrumento de mobilidade funcional, encerra.

[Como se refere no Acórdão n.º 285/92]:

“Reconhece-se, sem dificuldade, que o princípio da determinabilidade ou precisão das leis não constitui um parâmetro constitucional «a se», isto é, desligado da natureza das matérias em causa ou da conjugação com outros princípios constitucionais que relevem para o caso. Se é, pois, verdade que inexiste no nosso ordenamento constitucional uma proibição geral de emissão de leis que contenham conceitos indeterminados, não é menos verdade que há domínios onde a Constituição impõe expressamente que as leis não podem ser indeterminadas, como é o caso das exigências de tipicidade em matéria penal constantes do artigo 29.º, n.º 1, da Constituição, e em matéria fiscal (cfr. artigo 106.º da Constituição) ou ainda enquanto afloramento do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*) ou da tipicidade dos impostos (*null taxation without law*).

Ora, atento o especial regime a que se encontram sujeitas as restrições aos direitos, liberdades e garantias, constante do artigo 18.º da Constituição, em especial do seu n.º 3, e em articulação com o princípio da segurança jurídica inerente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição), forçoso

se torna reconhecer que, em função de um critério ou princípio de proporcionalidade a que deverão estar obrigadas as aludidas restrições, uma vez que está em causa a garantia constante do artigo 53.º da Constituição, o grau de exigência de determinabilidade e precisão da lei há-de ser tal que garanta aos destinatários da norma um conhecimento preciso, exato e atempado dos critérios legais que a Administração há-de usar, diminuindo desta forma os riscos excessivos que, para esses destinatários, resultariam de uma norma indeterminada quanto aos próprios pressupostos de atuação 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 em sede de definição do âmbito de previsão normativa do preceito (*Tatbestand*); e finalmente que permitam aos tribunais um controlo objetivo efetivo da adequação das concretas atuações da Administração face ao conteúdo da norma legal que esteve na sua base e origem.”

Incumbe ao Estado inscrever na lei critérios claros, precisos e seguros de decisão, em termos de conferir à atuação da Administração espaço concretizado de vinculação – e não de volição primária - através da identificação de um núcleo relevante para legitimar a intervenção restritiva do direito, liberdade e garantia afetado. Como, igualmente, permitir o controlo judicial da (eventual) ausência de critérios de gestão e a proporcionalidade das suas consequências face à lesão profunda do direito à segurança no emprego que pode acarretar. Essa concretização encontra-se ausente do segmento em apreço. [...]

Neste quadro, não se vislumbra como podem os Tribunais, chamados a dirimir conflito sobre a legalidade da conduta da Administração Pública na determinação de abertura de procedimento de requalificação, na ausência de critérios seguros de decisão na lei, proceder a esse controlo. Em especial, a decisão de restrição orçamental, subtraída ao controlo judicial porque de índole política, condiciona e determina toda a cadeia decisória a jusante, vinculada a esse pressuposto. Perante tais limitações, o controlo judicial não encontra parâmetros normativos que lhe permitam verificar se o sistema atuou ao serviço do expurgo de disfunções e da maximização da prossecução eficaz do interesse público ou procurou tão somente equilibrar conjuntamente fatores endógenos através da mera redução de custos com pessoal. O controlo da proporcionalidade, nas suas várias dimensões, encontra-se comprometido.»

§ 3.º - A questão da proibição de défice de proteção

10. A proteção de direitos fundamentais e os deveres específicos de atuação legislativa

Embora o legislador goze de uma significativa liberdade de avaliação, valoração e de

conformação no cumprimento da parte das tarefas do Estado que lhe compete, há situações em que o dever de atuar se torna mais premente e o respetivo conteúdo mais denso. De resto, a Constituição portuguesa reconhece isso mesmo ao consagrar a figura da *inconstitucionalidade por omissão*, devendo o Tribunal Constitucional apreciar e verificar “o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais” (artigo 283.º). Mas para além disso, considera-se ainda que, perante *deveres estaduais de proteção de direitos fundamentais*, há um limiar de proteção mínima que não pode ser ultrapassado: é essa a referência para a «proibição de défice» (de proteção) (*Untermaßverbot*)³⁹.

Esta proibição não é uma manifestação do princípio da proibição do excesso, fundado no princípio de *repartição* que ordena as relações entre o Estado e os cidadãos na base da regra da liberdade e do caráter excecional das restrições: a proibição de défice dirige-se contra a passividade do Estado ou a insuficiência da sua atuação, enquanto a proibição do excesso visa precisamente prevenir que haja atuação do Estado para além do que for necessário. Contudo, estas diferenças não obstam a algumas similitudes, podendo afirmar-se a existência de alguma correlação entre proibição de défice e proibição do excesso.

Do ponto de vista dogmático, importa começar por clarificar o âmbito específico de operação da proibição de défice: os aludidos deveres de proteção jusfundamental⁴⁰. Estes distinguem-se de outras vinculações do poder legislativo, em especial dos deveres específicos de atuação legislativa, uma vez que no caso de tais deveres a atuação devida se destina a responder a uma situação de perigo ou risco de lesão de um bem jusfundamental com origem numa fonte não inteiramente controlável pelo poder público: o fim prosseguido é a proteção de certo bem jusfundamental perante as ameaças que o perturbam. Acresce que, tipicamente, os mesmos deveres de proteção se inserem em relações complexas, triangulares ou multipolares, pelo que a atuação devida, além de prosseguir o referido interesse público de proteção, arbitra interesses conflitantes.

Como nota JORGE PEREIRA DA SILVA, o conceito de «fim» subjacente à proibição do excesso e à proibição de défice não é coincidente: “[n]o exame das restrições [...] o fim é

³⁹ Cfr. DETLEF MERTEN, p. 562 e ss.; JORGE PEREIRA DA SILVA, p. 185 e ss.; e JORGE MIRANDA [Manual, IV], pp. 308-310.

⁴⁰ Cfr. JORGE PEREIRA DA SILVA, p. 189

definido com grande amplitude pelo legislador – é um *fim legal* -, ainda que tenha de ser constitucionalmente legítimo. [...] Pelo contrário, no exame das medidas de cumprimento dos deveres de proteção à luz da proibição de déficit, o fim em causa vem já fixado de antemão pela própria Lei Fundamental – é um fim constitucional -, sendo dela extraído por via hermenêutica”⁴¹. Acresce que não é possível tornar operativo o princípio da proibição de déficit com recurso ao triplo teste da proporcionalidade. Assumindo a lição da doutrina germânica, aquele Autor sublinha que os testes da adequação, necessidade e proporcionalidade estão talhados à medida das normas correspondentes a *programas condicionais* («se», «então»), e não para serem usados em *programas finais*, como os que caracterizam os deveres de proteção e a proibição de insuficiência⁴². Concretamente:

«[E]m vez da *necessidade* – [...] que assume um papel central na proibição do excesso e que só é possível apurar numa perspetiva comparativa -, a proibição de defeito opera essencialmente com a ideia de *eficácia* ou de *efetividade*, como capacidade real para atingir um objetivo [...]. Além disso, também ao invés do que sucede com aquela, o exame da proibição de defeito não requer inevitavelmente um direito contraposto e uma avaliação comparativa de várias medidas hipotéticas com idêntico resultado, bastando-se com o estabelecimento de uma relação causal “meio (...) fim (...)”»

Mas, isto dito, a verdade é que a proibição de déficit pode e deve ser englobada no conteúdo de um «super-princípio de proporcionalidade», em ordem a completar a análise tradicional, pois:

«Muito em particular, nas constelações triangulares de proteção de direitos fundamentais através da restrição de outros, só um princípio da proporcionalidade abrangente, que integre a proibição de déficit, como subprincípio de aplicação cumulativa com a proibição do excesso, permite fazer um exame correto e completo do caso em apreço e de todas as posições jurídicas que nele se cruzam. Na sua configuração tradicional, o princípio da proporcionalidade apenas considera uma parte do problema, deixando a outra por examinar. Estranho seria, aliás, que o desenvolvimento dogmático de uma nova dimensão (positiva) dos direitos fundamentais e a consciência do caráter complexo das relações jurídicas jusfundamentais não tivesse [...] qualquer consequência no conteúdo e na estrutura interna do próprio princípio da proporcionalidade.»⁴³

⁴¹ V. Autor cit., p. 195.

⁴² V. *ibidem*, p. 196.

⁴³ Assim, JORGE PEREIRA DA SILVA, p. 201. No mesmo sentido, v. JORGE MIRANDA [Manual, IV], p. 310, considerando que, nos casos de excesso, está em causa uma *desproporcionalidade positiva*, e que, nos casos de déficit de proteção, o problema é de *desproporcionalidade negativa*.

11. A posição do Tribunal Constitucional relativamente ao défice de proteção

Embora com afloramentos em votos dissidentes de anteriores decisões, é no Acórdão n.º 75/2010 que o Tribunal se ocupa do problema dos imperativos jurídico-constitucionais de proteção de *bens fundamentais* face a potenciais agressões provindas de terceiros – estava em causa a lei que consagrou a não punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, realizada por opção da mulher, até às dez semanas da gravidez em determinadas condições e, por conseguinte, a questão de saber se o Estado cumpriu, ou não, o dever que sobre ele impende de proteção da vida intrauterina (no caso a resposta foi positiva):

«[11.4.3] *O Estado não está apenas obrigado ao respeito da vida pré-natal, abstendo-se de qualquer ação suscetível de acarretar a destruição do seu desenvolvimento no ventre materno. Sobre ele recai também uma vinculação a prestações satisfatórias da “garantia de efetivação” (artigo 2.º da CRP) de tal valor, designadamente contra potenciais agressões de terceiros ou da própria gestante – dimensão sobre que, atenta a sua natureza, repousa o essencial da consistência prática do bem em causa. Esta injunção constitucional comporta seguramente o dever de adoção de medidas preventivas, numa dupla direção: a de evitar situações de gravidez indesejada (em que se insere a garantia do “direito ao planeamento familiar” consagrada na alínea d) do n.º 2 do artigo 67.º da CRP) e a de contrariar motivações abortivas, uma vez iniciado esse estado. Aqui se incluem também medidas incentivadoras, sem esquecer as que visam o exercício (mas também, antes dele, a assunção) de uma maternidade consciente (cfr. a mesma alínea), as quais têm uma iniludível projeção irradiante, de sentido tutelador, neste campo.*

É neste vasto e diversificado universo de normas e de estruturas (também) de proteção do bem da vida pré-natal que se incrusta a regulação do ato específico de interrupção voluntária da gravidez, onde predominam os instrumentos de direito penal.

Na fixação dessa disciplina, goza o legislador ordinário de uma ampla margem de discricionariedade legislativa, balizada por dois limites ou proibições, de sinal contrário. Ele deve, por um lado, não desrespeitar a proibição do excesso, por afetação, para além do admissível, da posição jurídico-constitucional da mulher grávida, nas suas componentes jusfundamentais do direito à vida e à integridade física e moral, à liberdade, à dignidade pessoal e à autodeterminação. Mas também deve, no polo oposto, não descuidar o valor objetivo da vida humana, que confere ao nascituro (à sua potencialidade de, pelo nascimento, aceder a uma existência autonomamente vivente) dignidade constitucional, como bem merecedor de tutela jurídica. O cumprimento desse dever está sujeito a uma medida mínima, sendo violada a proibição de insuficiência (“Untermassverbot”) quando as normas de proteção ficarem aquém do constitucionalmente exigível.[...]

As inevitáveis opções a fazer, neste domínio, são, pois, pertença do legislador ordinário, sendo este colocado perante um espectro de soluções normativas de alcance distinto e de desigual intensidade tuteladora.

Dentro desse espectro, a incriminação representa, em regra, o grau máximo de proteção. Mas também, simultaneamente, a lesão, na maior medida, de direitos encabeçados pelo sujeito penalizado, mormente quando, como neste caso, a verificação do tipo acarreta privação da liberdade.

É no campo de valoração delimitado pela proibição do excesso e pela contraposta proibição de insuficiência que o legislador tem que exercitar a sua competência de modelação da disciplina da interrupção voluntária da gravidez. Podendo optar por consagrar uma proteção superior ao mínimo que lhe é jurídico-constitucionalmente imposto, o legislador não pode ultrapassar os limites que resultam da proibição do excesso (em último termo, do princípio da proporcionalidade). Só serão constitucionalmente conformes as soluções que respeitem ambas as proibições.

[11.4.17] Quando é a observância do imperativo de tutela que está em questão, mais ainda do que em qualquer outra dimensão da constitucionalidade, e em correlação com uma maior liberdade de conformação legislativa (dada a estrutura dos deveres ativos de intervenção), a instância de controlo tem que lidar com critérios de evidência, só se justificando uma pronúncia de inconstitucionalidade em caso de manifesto erro de avaliação do legislador.»

Esta posição foi depois reiterada no Acórdão n.º 166/2010, que formula um juízo positivo de inconstitucionalidade relativamente à norma que, no âmbito do processo de execução fiscal, dispensa a audição dos credores providos com garantia real nas fases de venda ordenada pelos serviços de finanças, em especial quando é ordenada a venda por negociação particular e feita a adjudicação consequente (ou seja, uma questão atinente a deveres de normação impendentes sobre o legislador ordinário, dirigidos a garantir o cumprimento de bens jusfundamentais através da instituição de *organizações e procedimentos*):

«[T]al como do princípio do Estado de direito decorre o imperativo constitucional de proibição do excesso, também do mesmo princípio decorre a proibição da insuficiência ou do deficit: é tão censurável, para a perspetiva constitucional, que o legislador imponha cargas excessivas aos particulares, quanto o é que adote medidas insuficientes para proteger ou garantir a realização dos seus direitos, caso decorra da Constituição um dever de legislar em ordem a essa proteção ou realização.

*[A] conformação dos processos de execução comum e fiscal corresponde ao cumprimento de um dever de legislar, que merecerá assim censura constitucional se vier a ser cumprido ou de forma excessiva ou de modo insuficiente ou deficitário.
[...]*

[O] juízo de inconstitucionalidade só poderá ser emitido se se provar que o legislador cumpriu insuficientemente, ou deficitariamente, o dever de prestação de normas a que estava vinculado.

Basicamente, poderá considerar-se que existe um deficit inconstitucional de proteção (ou de prestação normativa), quando as entidades sobre as quais recai o dever de proteger adotam medidas insuficientes para garantir a proteção adequada às posições jusfundamentais em causa, sendo que tal sucede sempre que se verificar um duplo teste: (i) sempre que se verificar que a proteção não satisfaz as exigências mínimas de eficiência que são requeridas pelas posições referidas; (ii) cumulativamente, sempre que se verificar que tal não é imposto por um relevante interesse público, constitucionalmente tutelado. (Neste sentido, e quanto à dogmática geral dos imperativos jurídico-constitucionais de proteção, veja-se o já citado Acórdão n.º 75/2010, ponto 11.4.3).

Para que se saiba se a proteção adotada satisfaz ou não as exigências mínimas de eficiência requeridas pelas posições jusfundamentais em causa necessário é que se tenha em conta a intensidade do perigo ou do risco de lesão que pode resultar, para as referidas posições, da medida legislativa sob juízo. Por seu turno, para que se saiba se tal risco de lesão é ou não justificado, em ponderação, por motivos constitucionais relevantes, necessário é que se identifiquem os bens jurídicos e interesses contrapostos às referidas posições, e se decida se, na escolha do legislador, foi ou não sobreavaliado o seu peso (Acórdão n.º 75/2010, loc. cit).

14. Assim, e seguindo a metodologia atrás definida, importa, desde logo, identificar qual o valor constitucionalmente protegido que possa estar em conflito com o direito do credor à satisfação do seu crédito e, uma vez identificado este, proceder a um juízo da razoabilidade da ponderação, efetuada pelo legislador ordinário, entre os direitos e ou valores em conflito. [...]

[A] conclusão, segundo a qual se verifica in casu um aumento do risco de insatisfação do crédito, para com isso se dar por verificada a inconstitucionalidade, por cumprimento insuficiente ou deficitário dos deveres de prestação normativa que impendem sobre o legislador ordinário nos termos, já analisados, do princípio decorrente do artigo 2.º da CRP. Como se afirmou anteriormente, o direito do credor à satisfação do seu crédito há-de ser confrontado com a necessidade da dispensa, em execução fiscal, da audição prévia de credores reclamantes com garantia real para efeitos de escolha da modalidade de venda e de fixação do preço base, por apenas desse modo se lograr a cobrança de impostos para a prossecução do interesse público.

Importa, assim, analisar se, e em que medida, é efetivamente necessária para a realização do interesse público de cobrança coerciva de impostos, a dispensa da audição prévia dos credores reclamantes com garantia real.

Ora, não se vê como é que tal dispensa pode pôr em causa a realização do interesse público. [...]

Tanto basta para que se conclua a norma sub judicio não assegura uma ponderação razoável entre a posição jusfundamental que deve acautelar e o valor constitucional (de realização do interesse público) que com tal posição conflitua.

A tudo isto acresce que, para a ponderação a efetuar, não pode deixar de relevar o facto de a audiência prévia dos credores reclamantes com garantia real poder vir a compensar o eventual prejuízo que dela resulte em termos de celeridade processual. Com efeito, uma formação mais informada da decisão administrativa sobre a escolha da modalidade de venda e sobre o valor base do bem para a venda – informação essa resultante da contribuição oferecida, em audiência prévia, pelos credores reclamantes com garantia real – pode redundar num ganho geral do interesse público. Assim, e independentemente da questão da celeridade do processo de execução fiscal, importa assinalar que, em abstrato, longe de existir um conflito entre o interesse público e o interesse dos credores reclamantes, poderá existir uma convergência de interesses consistente em realizar a venda do bem de modo a garantir a satisfação dos seus créditos.

Conclui-se assim que, in casu, o legislador [...] não conferiu, às posições jurídicas tuteladas, a proteção eficiente que poderia ter conferido; e fê-lo por razões de interesse público que, uma vez ponderadas, se mostram, na sua relação com os outros bens e valores constitucionalmente tutelados, claramente sobreavaliadas.

Tanto basta, por isso, para que se considere, à luz da metodologia atrás definida, que se não cumpriu aqui o imperativo constitucional de proibição do deficit ou da insuficiência, decorrente do artigo 2.º da CRP.»⁴⁴

§ 4.º - A relevância da jurisprudência dos tribunais europeus na jurisprudência do Tribunal Constitucional em matéria de proporcionalidade

12. As condições normativas da relevância da jurisprudência dos tribunais europeus

A abertura do sistema constitucional português a outras ordens jurídicas decorre do

⁴⁴ A questão da eventual violação da proibição de défice também tem sido suscitada (por vezes juntamente com a problemática da proibição do retrocesso social) a propósito da proteção da segurança e saúde dos trabalhadores conexada com a supressão de um dado regime sancionatório (cfr. os Acórdãos n.ºs 187/2010, 269/2010, 270/2010 e 222/2011): o direito fundamental dos trabalhadores a prestar trabalho “em condições de higiene, segurança e saúde” (artigo 59.º, n.º 1, alínea c), da Constituição) postula uma atuação do Estado, não só no sentido de editar normas relativas à higiene, segurança e proteção da saúde dos trabalhadores, mas também de tomar efetivas medidas de controlo da sua aplicação e repressão da respetiva violação. Incumbe ao Estado não só disciplinar a organização da prestação de trabalho em condições de higiene, segurança e saúde, como dotar-se de serviços e adotar procedimentos capazes de tornar aquelas medidas de proteção efetivas. E também pode assentir-se que o direito de mera ordenação social é, no ordenamento português, o instrumento de eleição para assegurar a tutela repressiva da generalidade das infrações a comandos deste tipo. Mas só pode falar-se em défice de proteção constitucionalmente censurável perante conteúdos de proteção constitucionalmente prescritos, o que não se verifica quanto à exigência de sancionamento da omissão, de um exame de aptidão física e psíquica do trabalhador a cargo do empregador.

próprio texto constitucional que, desde a versão originária, prevê uma *cláusula aberta* em matéria de direitos fundamentais, designadamente quanto aos direitos previstos nas “regras aplicáveis de Direito Internacional” (artigo 16.º, n.º 1)⁴⁵. A esta acresce uma segunda cláusula que prevê que a interpretação e integração dos preceitos legais e constitucionais relativos aos direitos fundamentais sejam feitas “de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem” (artigo 16.º, n.º 2). Compreende-se, por isso, que a jurisprudência constitucional portuguesa revele um grau de abertura notável a incorporar na estrutura argumentativa das suas decisões referentes normativos oriundos de outras ordens jurídicas⁴⁶. Com efeito, é frequente o recurso a elementos estrangeiros no processo de interpretação desenvolvido pelo juiz constitucional português.

Neste quadro, o sistema do Conselho da Europa - Convenção Europeia dos Direitos do Homem e jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - tem influenciado não só o juiz constitucional português mas também o próprio legislador da revisão constitucional, em momentos distintos⁴⁷. O recurso ao ordenamento da União Europeia, designadamente à jurisprudência dos respetivos tribunais, embora menos frequente, tem vindo, compreensivelmente num quadro de *interconstitucionalidade*⁴⁸, a intensificar-se.

É possível comprovar esta influência da jurisprudência dos tribunais europeus na fundamentação de algumas das decisões do Tribunal Constitucional português em matéria de proporcionalidade. Tal poderá dever-se, desde logo, ao que GOMES CANOTILHO designa

⁴⁵ Cfr., a este propósito, RUI MOURA RAMOS, “O Tribunal Constitucional português e as normas de outros ordenamentos jurídicos”, in *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 781 e ss.

⁴⁶ Nesse sentido, v. ROMANO ORRÙ, “La giustizia costituzionale in azione e il paradigma comparato: l’esperienza portoghese” in Giuseppe Franco Ferrari, Antonio Gambaro (orgs.), *Corte nazionali e comparazione giuridica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2006; e “Uno sguardo esterno sulla giurisprudenza costituzionale portoghese – ‘Ius est ars boni et aequi’: il Tribunal Constitucional, la comparazione e le sfide della preservazione dello ‘Stato costituzionale’” in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 441 e ss. V. também TERESA VIOLANTE, “A adjudicação constitucional e o direito comparado” In *Teoria da Argumentação e Neo-constitucionalismo*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 337 e ss.; e “Judicial dialogue e casamento entre pessoas do mesmo sexo” in *35.º Aniversário da Constituição de 1976*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 211 e ss.

⁴⁷ Recorde-se que, ao contrário do que sucede noutros países europeus, os preceitos da Convenção não constituem parâmetro formal de fiscalização da constitucionalidade.

⁴⁸ Sobre esta, cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1998; PAULO RANGEL, “Uma teoria da interconstitucionalidade. Pluralismo e constituição no pensamento de Francisco Lucas Pires” in *Themis*, 1/2, 2000, p. 127 e ss.; GOMES CANOTILHO, *Brançosos” e interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2008.

de “europeização do princípio da proibição do excesso através do cruzamento das várias culturas jurídicas europeias”⁴⁹.

13. Os casos mais significativos

Assim, além do já referido Acórdão n.º 187/2001, a propósito do controlo do princípio da proporcionalidade enquanto limite à atividade legislativa (cfr. *supra* o n.º 6), importa destacar os Acórdãos n.ºs 609/2007, 401/2011, 461/2011 e 340/2013.

No Acórdão n.º 609/2007 (relativo aos prazos para a impugnação da paternidade presumida do cônjuge da mãe; v. *infra* o n.º 15), o Tribunal Constitucional teve em atenção, após comparação com as soluções de outras ordens jurídicas, a avaliação que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem havia feito a propósito da questão em análise relacionada com a previsão legal de prazo de caducidade para a propositura de prazo para impugnação da paternidade presumida do marido da mãe. Citou expressamente os Acórdãos *Shofman v. Rússia*, *Mizzi v. Malta*, *Znamenskaya v. Rússia* e *Kroon v. Países Baixos*, acrescentando a seguinte síntese:

«Das várias pronúncias do Tribunal Europeu resulta que a previsão legal de prazos para a impugnação da paternidade presumida não é, em si mesma, contrária à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente no que diz respeito ao seu artigo 8.º. Assim, o Tribunal aceita que, em atenção aos valores da segurança jurídica e da estabilidade das relações familiares, a paternidade presumida possa tornar-se inatacável. O que se exige, no entanto, é que o prazo estipulado permita, efetivamente, a possibilidade de os titulares do direito de agir, querendo, poderem lançar mão de tal meio processual e contrariar a presunção legal de paternidade em ordem à reposição da verdade biológica.

Assim, o prazo deve ser tal que permita, em concreto, e dentro do limite temporal estabelecido pelo legislador nacional, o exercício do direito em tempo útil. O que significa que releva, por conseguinte, não apenas o prazo concretamente estabelecido mas também o modo como se processa a contagem desse mesmo prazo.»

Ainda no âmbito de ações de filiação, o Acórdão n.º 401/2011, a propósito da prescritibilidade da ação de investigação de paternidade, o Tribunal Constitucional analisou a jurisprudência já firmada a esse respeito pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:

⁴⁹ Cfr. o Autor cit., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 267.

«*Extraindo do “direito ao respeito da vida privada e familiar”, consagrado no artigo 8.º, n.º 1, da Convenção, um direito fundamental ao conhecimento das origens genéticas, o Tribunal tem entendido que a existência de um prazo limite para a instauração duma ação de reconhecimento judicial da paternidade não é, só por si, violadora da Convenção, importando verificar se a natureza, duração e características desse prazo resultam num justo equilíbrio entre o interesse do investigador em ver esclarecido um aspeto importante da sua identidade pessoal, o interesse do investigado e da sua família mais próxima em serem protegidos de demandas respeitantes a factos da sua vida íntima ocorridos há já muito tempo, e o interesse público da estabilidade das relações jurídicas. Neste discurso é realçado que o “direito ao respeito da vida privada e familiar” não assiste apenas à pessoa que pretende saber quem são os seus pais e estabelecer o respetivo vínculo jurídico, mas também protege os investigados e suas famílias, cuja tutela não pode deixar de ser considerada, importando harmonizar os interesses opostos.*

*Neste sentido pronunciaram-se os Acórdãos de 6 de Julho de 2010, proferidos nos casos *Backlund c. Finlândia* (queixa n.º 36498/05), e *Gronmark c. Finlândia* (queixa n.º 17038/04) e de 20 de Dezembro de 2007, proferido no caso *Phinikaridou c. Chipre* (queixa n.º 23890/02), nos quais estava em causa a existência de prazos limite para a instauração de ações de reconhecimento da paternidade [...].*

Nestes arestos ponderou-se se o sistema concreto de prazos das legislações em causa assegurava uma real possibilidade dos interessados estabelecerem a sua paternidade, não criando ónus que dificultassem excessivamente o estabelecimento da relação biológica.»

No Acórdão n.º 461/2011 esteve em causa a questão de saber se as pessoas ou empresas questionadas ao abrigo de poderes sancionatórios ou de supervisão no âmbito do regime jurídico de defesa da concorrência estão obrigadas a revelar, com verdade e de forma completa, sob pena de coima, informações e documentos à Autoridade da Concorrência. O cumprimento de tal dever de cooperação pode, na verdade, conduzir à violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, caso seja entregue informação relevante em momento sancionatório posterior – isto no âmbito de um *processo contraordenacional*. Tratando-se de questão paralela à que se pode suscitar ao nível do direito europeu da concorrência, relativamente ao exercício dos poderes de inquérito da Comissão, compreende-se que o Tribunal Constitucional se tenha debruçado sobre a jurisprudência do Tribunal de Justiça – isto sem prejuízo das especificidades próprias do direito português que, em princípio, apontariam para um juízo de não inconstitucionalidade⁵⁰.

⁵⁰ Com efeito, as violações da lei da concorrência, em Portugal, são punidas como contraordenações. Por isso, o Tribunal Constitucional analisou o problema, num primeiro momento, no plano exclusivamente interno, à luz da Constituição portuguesa. Derivando o direito à não autoincriminação, na vertente de direito ao silêncio, das garantias de defesa em processo criminal, o

Em especial, o Tribunal Constitucional analisou os acórdãos do Tribunal de Justiça de 18.10.1989 (caso *Orkem/Comissão*) e de 29.6. 2006 (caso *Comissão/SGL Carbon e o.*), tendo em vista determinar o alcance do dever de cooperação das empresas no âmbito do exercício dos poderes de supervisão da Comissão, e dos eventuais reflexos que desse dever poderiam derivar, no momento sancionatório subsequente, ao nível dos direitos de defesa, concluindo que aquela instância havia adotado um sentido decisório semelhante: (i) *salvaguardando o dever de cooperação*, traduzido na obrigação de, perante um pedido de informações, “fornecer todas as informações necessárias relativas aos factos de que possa ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse”; (ii) considerando que *esse dever de cooperação tem por limite “os direitos de defesa reconhecidos à empresa”*, traduzindo-se, por um lado, no facto de a Comissão não poder “impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão” e, por outro, na possibilidade de, no âmbito do procedimento administrativo [sancionatório] ou, posteriormente, perante os órgãos jurisdicionais comunitários, a empresa poder vir “sustentar que os documentos apresentados têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão.”

Deste modo, o Tribunal Constitucional demonstrou que o seu juízo perfunctório baseado apenas nos dados do direito português sancionatório era acompanhado, no tocante ao aspeto decisivo da proporcionalidade da restrição dos direitos de defesa, pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Considerou, então, o Tribunal Constitucional que:

«[A] restrição obedece ao princípio da proporcionalidade, sendo adequada – correspondendo a meio idóneo à prossecução do objetivo de proteção do interesse constitucional em análise – bem como necessária – por corresponder ao meio exigível, cuja gradação de compressão sobre o direito restringido ainda permite a satisfação da necessidade de eficiência da investigação e repressão de práticas anticoncorrenciais (objetivo que não seria alcançável mediante instrumentos alternativos que, por serem excessivamente onerosos para a entidade reguladora – em meios e tempo, face à extensão das atividades e entidades reguladas - trariam como consequência margens de ineficácia excessivas, na proteção do interesse de defesa da concorrência). Finalmente, a restrição em análise mostra-se ainda

Tribunal esclareceu que a aplicação de tal direito no quadro de outros processos sancionatórios de direito público carece de adaptações ao nível interpretativo, concluindo que em sede contraordenacional a ressonância constitucional garantística é menor do que no campo do direito penal.

proporcional, em sentido estrito, apresentando-se como equilibrada e correspondente à justa medida, sendo esta resultante da ponderação do peso relativo de cada um dos concretos bens jurídicos constitucionais em confronto, ou seja, do direito que é objeto da restrição e do bem que justifica a lei restritiva.

De facto, os deveres de colaboração, plasmados na lei, em ordem a conferir proteção efetiva aos interesses, constitucionalmente valiosos, da concorrência e do funcionamento equilibrado dos mercados – estruturantes do Estado de direito democrático – comprimem o conteúdo potencial máximo do direito à não autoincriminação, no âmbito contraordenacional em análise, mas deixam intocado o seu conteúdo útil essencial, funcionalmente operante, na vertente do direito a não prestar declarações sobre os factos imputados, atenta a sua virtualidade autoincriminatória.»

No Acórdão n.º 340/2013 o Tribunal Constitucional foi confrontado com questão próxima relativa a bloco normativo do qual resulta a possibilidade de a autoridade tributária poder utilizar como prova em *processo criminal* movido contra o contribuinte, pela prática do crime de fraude fiscal, documentos obtidos, ao abrigo do dever de cooperação, no decurso de anterior inspeção tributária.

Neste aresto, o Tribunal Constitucional, depois de enunciar o problema *sub specie constitutionis* enquanto problema de fiscalização de uma restrição de direito fundamental em face dos requisitos previstos no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição quanto às leis restritivas (a imposição aos contribuintes de deveres de cooperação com a administração tributária, que poderá incluir a entrega, a solicitação desta, de documentos que, depois, num processo de natureza sancionatória penal, possam ser usados contra esses mesmos contribuintes, constitui uma compressão do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que se traduz numa restrição não desprezível daquele princípio), toma em consideração a abordagem de questão idêntica pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. São analisadas as decisões *Funke v. França* (acórdão de 25.2.1993), *J. B. v. Suíça* (acórdão de 3.5. 2001) e *Shannon v. Reino Unido* (acórdão de 4.10.2005), delas se retirando a conclusão de que, segundo as mesmas, a aplicação de sanções por falta de colaboração (omissão da entrega de documentos ou da prestação de informações) a contribuintes sobre os quais recaía já a suspeita da prática de ilícitos criminais, viola o artigo 6.º da Convenção (direito ao processo equitativo).

No caso em apreciação, considerou o Tribunal o seguinte:

«[A]s restrições em causa são funcionalmente destinadas à salvaguarda de outros valores constitucionais. Com efeito, como é sabido, nas sociedades modernas, o

direito tributário reveste-se de enorme complexidade, sendo que o sistema fiscal e as normas relativas ao procedimento tributário têm em vista a realização de tarefas fundamentais do Estado e a salvaguarda de outros valores constitucionais. É aliás, o que resulta do artigo 103.º, n.º 1, ao estabelecer que o sistema fiscal tem como finalidade a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza. E é justamente essa importância do sistema fiscal que leva a que, no âmbito da fiscalização do cumprimento das obrigações fiscais, se estabeleçam os referidos deveres de cooperação dos contribuintes, dos quais poderão resultar a compressão de alguns direitos destes, compressão essa que é entendida como necessária no sentido de evitar que aquela superior e pública finalidade do sistema fiscal se mostre comprometida. Ou seja, tais restrições estão previstas no quadro das funções exercidas pela administração tributária destinadas ao apuramento da situação tributária dos contribuintes, sendo que não se poderá deixar de reconhecer a importância e necessidade dessa fiscalização, sendo imprescindível quer a imposição de deveres de cooperação aos contribuintes, quer a possibilidade da posterior utilização dos elementos recolhidos em processo penal desencadeado pela verificação de indícios de infração criminal.

Na verdade, no domínio tributário, a necessidade da imposição de deveres de cooperação é não só perfeitamente justificada, como dificilmente prescindível. Espreado-se o fenómeno tributário nas sociedades contemporâneas pelos mais diversos tipos de imposto, aplicáveis a uma multiplicidade de atividades e situações, a sua realização seria impensável sem o recurso a instrumentos como o dever acessório de cooperação dos contribuintes, deslocando para a esfera destes uma série de atividades que auxiliam e substituem a administração tributária na sua função de liquidação e cobrança de impostos.

Por outro lado, como a aplicação duma sanção penal exige a prova da prática do ilícito imputado ao arguido, a inutilização dos elementos recolhidos durante a inspeção à situação tributária conduziria a uma quase certa imunidade penal, como resultado da colaboração verificada na fase inspetiva. Parafraseando Costa Pinto (na ob. cit. pág. 107): o cumprimento da lei na fase de inspeção acabaria por impedir o cumprimento da lei na fase sancionatória, não sendo possível que um sistema jurídico racional subsistisse com uma antinomia desta natureza.

E a restrição em causa respeita o critério da proporcionalidade, sendo adequada, isto é, constituindo um meio idóneo para a prossecução e proteção dos referidos interesses merecedores de proteção constitucional, e necessária, em virtude da mesma corresponder quer a um meio exigível no sentido de obter o fim da eficiência do sistema fiscal, objetivo esse que não se mostra que seria alcançável através de mecanismos alternativos que se revestiriam de excessiva onerosidade para a administração tributária, quer pelo dispêndio de recursos e de tempo, quer pelo risco de ineficácia, face à complexidade, dimensão e multiplicidade de atividades e situações a que têm de responder os modernos sistemas fiscais, no quadro de uma “Administração de massas”.

Acresce ainda que as referidas restrições respeitam a proporcionalidade em sentido

estrito, uma vez que se podem considerar equilibradas, visto que contém mecanismos flanqueadores que salvaguardam uma adequada ponderação dos concretos bens jurídicos constitucionais em confronto, ou seja, entre o direito que é objeto de restrição e dos valores ou interesses que justificam a restrição.

Com efeito, apesar da absoluta necessidade de cooperação dos contribuintes nas tarefas da administração tributária, não está completamente vedada a estes a possibilidade de recusar tal colaboração. De acordo com o artigo 63.º, n.º 4, na redação originária da LGT (a que, após as alterações introduzidas pela Lei n.º 37/2010, de 2 de setembro, corresponde atualmente, com pequenas alterações, o n.º 5) é legítimo ao contribuinte não cooperar na realização das diligências previstas no n.º 1, quanto as mesmas impliquem:

- a) O acesso à habitação do contribuinte;*
- b) A consulta de elementos abrangidos pelo segredo profissional, bancário ou qualquer outro dever de sigilo legalmente regulado, salvo os casos de consentimento do titular ou de derrogação do dever de sigilo bancário pela administração tributária legalmente admitidos;*
- c) O acesso a factos da vida íntima dos cidadãos;*
- d) A violação dos direitos de personalidade e outros direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, nos termos e limites previstos na Constituição e na lei.*

E na previsão desta última alínea não deixam de estar incluídas as garantias de defesa em processo penal, designadamente o direito à não autoincriminação, o qual, como já vimos, é extensível à fase inspetiva tributária, havendo ainda quem sustente ser igualmente aplicável o disposto na alínea c), do n.º 2, do artigo 89.º, do Código de Procedimento Administrativo, ex vi do artigo 2.º, da LGT, na qual se reconhece legitimidade à recusa em colaborar sempre que isso implique a revelação de factos “puníveis, praticados pelo próprio interessado, pelo seu cônjuge ou por seu ascendente ou descendente, irmão ou afim dos mesmos graus” [...].

E, em caso de oposição do contribuinte com fundamento nestas circunstâncias, «a diligência só poderá ser realizada mediante autorização concedida pelo tribunal da comarca competente com base em pedido fundamentado da administração tributária» (n.º 5, do artigo 63.º, da LGT, na redação originária, correspondente ao atual n.º 6, por força de renumeração operada pela Lei n.º 37/2010, de 2 de setembro).

Significa isto que, nas situações previstas no artigo 63.º, n.º 4, da redação originária da LGT (atual n.º 5), o contribuinte não está colocado, pura e simplesmente, perante a alternativa de cumprir o dever de cooperação, dando lugar a que a administração tributária venha a obter, à sua custa, a prova que sustenta a acusação por crime fiscal, ou de recusar a colaboração, sujeitando-se a ser sancionado com a aplicação da correspondente pena ou coima por essa falta de colaboração, podendo legitimamente recusá-la, nos casos e termos acima referidos, o que constitui uma primeira válvula de escape que atenua as exigências decorrentes do dever de colaboração.

Além disso, assistirá também ao contribuinte sujeito a fiscalização, o direito a requerer a sua constituição como arguido, sempre que estiverem a ser efetuadas

diligências destinadas a comprovar a suspeita da prática de um crime, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, o que permitirá que este passe a dispor dos direitos inerentes ao respetivo estatuto, designadamente o direito à não autoincriminação.

Finalmente, a utilização como prova em processo penal de documentos obtidos na atividade de fiscalização tributária, não deixará de ser proibida, nos termos do artigo 126.º, n.º 2, a), do Código de Processo Penal, quando se revele que a entidade fiscalizadora tenha desencadeado ou prolongado deliberadamente a fase inspetiva, com a finalidade de recolher meios de prova para o processo penal a instaurar, abusando do dever de colaboração do contribuinte.

Assim, numa ponderação entre o princípio nemo tenetur se ipsum accusare e a restrição que ao mesmo é imposta no caso concreto e os valores constitucionais que se pretendem salvaguardar com essa restrição, é de entender que a mesma não se revela desproporcionada.»

§ 5.º - A proibição do excesso em alguns domínios específicos

14. A necessidade e proporcionalidade da tutela criminal e contraordenacional

A defesa de moderação do poder punitivo do Estado é mesmo anterior à «transfiguração» deste como Estado de Direito, pelo que a definição do que é delito e da medida da sanção correspondente constituem um âmbito de aplicação «natural» da proibição do excesso. Isso mesmo foi evidenciado no quadro da *XIII Conferência Trilateral* subordinada ao tema “A Constituição e os princípios penais”. No relatório então apresentado desenvolveram-se os dois princípios básicos de direito substantivo⁵¹ conexados com o tema da proibição do excesso, nomeadamente o «princípio jurídico-constitucional do “direito

⁵¹ Como o artigo 32.º (Garantias do processo criminal) da Constituição portuguesa evidencia, o processo criminal e o processo contraordenacional, assim como outros processos sancionatórios, são naturalmente enformados pelo princípio da proporcionalidade. Simplesmente, a importância dos bens jurídicos que nesse tipo de processos está em causa, *maxime* a liberdade pessoal, e a sua função principal (a atuação do poder punitivo do Estado) determinam o respetivo caráter *público* e o lugar central reservado à *defesa do arguido*. As respetivas garantias relevam, por isso, de uma qualificação do direito de acesso ao Direito e a uma tutela jurisdicional efetiva (cfr. o artigo 20.º da Constituição): tais garantias, no âmbito do processo penal, e quanto à posição do arguido, surgem *reforçadas*.

A este propósito, importa recordar também que no âmbito da *XIV Conferência Trilateral* – subordinada ao tema “Extradição, mandado de detenção europeu e outras formas de cooperação em matéria penal” – foram analisadas as garantias e exigências de proporcionalidade em matéria de detenção para extradição (cfr. o artigo 27.º, n.º 3, alínea c), da Constituição), e a pertinente jurisprudência constitucional (Acórdãos n.ºs 325/86, 228/97 e 507/97).

penal do bem jurídico”», referente à *necessidade da pena* ou necessidade de incriminação, e o «princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade das sanções penais», referente à *medida da pena*. Ora, nestes domínios, a jurisprudência constitucional manteve-se inalterada, pelo que apenas se justificam breves apontamentos.

Quanto ao primeiro, entende o Tribunal que a Constituição acolhe, designadamente no seu artigo 18.º, n.º 2, os *princípios da necessidade e da proporcionalidade das penas* e das medidas de segurança, afirmando repetidamente que, por serem as *sanções penais* aquelas que, em geral, maiores sacrifícios impõem aos direitos fundamentais, devem ser evitadas, na existência e na medida, sempre que não se demonstre a sua necessidade (cfr., em especial, os Acórdãos n.ºs 99/2002, 494/2003 e 595/2008). No entanto, não deixou de sublinhar que, sendo certo que também em matéria de criminalização o legislador não beneficia de uma margem de liberdade irrestrita e absoluta, devendo manter-se dentro das balizas que lhe são traçadas pela Constituição, é, por outro lado, igualmente certo que, no controlo do respeito pelo legislador dessa ampla margem de liberdade de conformação, com fundamento em violação do princípio da proporcionalidade, o Tribunal Constitucional só deve proceder à censura das opções legislativas manifestamente *arbitrárias* ou *excessivas* (entre outros, Acórdãos n.ºs 634/93, 83/95, 527/95, 274/98, 99/2002, 605/2007, 577/2011 e 319/2012)^{52 53}

54

⁵² É a seguinte a síntese desta jurisprudência constante do Acórdão n.º 577/2011:

«A separação de poderes do Estado impõe ao juiz, mormente ao juiz constitucional, que sal guarde, com as cautelas necessárias, o espaço de liberdade de conformação que, em matérias de política criminal, pertence primacialmente ao legislador democrático, cuja legitimidade, assente no voto direto popular, lhe confere especial capacidade para decidir quais as condutas passíveis de constituírem ofensas penais, bem como quais as penas adequadas à punição das mesmas. A atividade de fiscalização do Tribunal deve ser, portanto, restringida a um controlo de evidência, relegando-se as decisões de inconstitucionalidade para os casos em que, de modo evidente ou manifesto, se excederam os limites à incriminação penal resultantes do princípio da proporcionalidade e da ideia de Estado de direito democrático.»

⁵³ De acordo com esta orientação, o Tribunal *não censurou* as seguintes incriminações: exploração ilícita de jogo (Acórdão n.º 99/2002), maternidade de substituição a título oneroso (Acórdão n.º 101/2009), condução sem habilitação legal (Acórdãos n.ºs 83/95, 337/2002 e 173/2012), aproveitamento de obra usurpada (Acórdão n.º 577/2011), injúria (Acórdão n.º 128/2012) e importunação sexual (Acórdão n.º 105/2013).

O Tribunal tem admitido igualmente a incriminação de *crimes de perigo*, abstrato e concreto, desde que passem o teste da razoabilidade de antecipação da tutela penal (Acórdãos n.ºs 426/91, 62/99 e 95/2011). Foi o que sucedeu em relação às incriminações do tráfico de estupefacientes (Acórdãos n.ºs 426/91, 441/94 e 604/97), da condução de veículo em estado de embriaguez (Acórdão n.º 95/2011), do lenocínio (após a eliminação do elemento típico “exploração de situações de abandono ou necessidade económica – Acórdãos n.ºs 144/2004, 196/2004, 303/2004, 170/2006, 396/2007, 522/2007 e 592/2007) ou à detenção de arma proibida (Acórdão n.º 595/2008).

Foi o que sucedeu no âmbito do direito penal e disciplinar da marinha mercante, a propósito da punição criminal, como *desertor*, do tripulante que, não desempenhando funções diretamente relacionadas com a manutenção, segurança e equipagem do navio, o deixasse partir para o mar sem motivo justificado: o Tribunal entendeu que tal punição constituía um meio excessivo, não respeitando, portanto, o princípio da subsidiariedade do direito penal e da necessidade da pena, e violando, por isso, os princípios da justiça e da proporcionalidade decorrentes da ideia de Estado de direito democrático, nos termos dos artigos 18.º, n.º 2 e 2.º da Constituição (Acórdãos n.ºs 634/93, 650/93 e 141/95, a que correspondeu a generalização do juízo de inconstitucionalidade pelo Acórdão n.º 527/95).

Quanto ao princípio da *proporcionalidade das sanções penais*, o Tribunal tem igualmente entendido, em jurisprudência uniforme e constante, só dever censurar as soluções legislativas que contenham sanções que sejam *manifesta e claramente excessivas*, já que, se “*fosse além disso, estaria a julgar o mérito da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que aí há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação*” (Acórdãos n.ºs 574/95, 958/96, 329/97 e 108/99)⁵⁵.

O Tribunal considera ainda que o princípio da necessidade da pena também não é violado pela punição de crimes em *curso efetivo*, já que, “*a proteção de lesão de bens jurídicos merecedores de tutela penal [não fica] esgotada ou consumida por um dos tipos que a conduta do agente preenche*” (v. Acórdãos n.ºs 303/2005 e 319/2012).

⁵⁴ No que se refere à punição como *contraordenação*, cumpre ter presentes os Acórdãos n.ºs 574/95 e 85/2012. Neste último pode ler-se:

«[O] princípio da proporcionalidade apenas deve considerar-se violado nos casos em que o legislador incorreu em inquestionável e evidente excesso, prevendo sanções desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas; em suma, só poderá falar-se de inconstitucionalidade nas situações em que o legislador dispunha comprovadamente de meios menos gravosos para proteger os bens jurídicos em causa.

Importa, por isso, averiguar se o legislador incorreu nesse evidente e inquestionável excesso no que toca à qualificação como *contraordenação muito grave da comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita*. [...]

Em suma, a qualificação da comunicação ou divulgação, por qualquer pessoa ou entidade, e através de qualquer meio, de informação que não seja completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita como *contraordenação muito grave fundamenta-se na necessidade de salvaguardar os referidos interesses, constitucionalmente tutelados. Face ao relevo dos valores que se pretenderam salvaguardar, não pode considerar-se que a qualificação das condutas referidas como “contraordenação muito grave” se mostre desnecessária, inadequada ou manifestamente excessiva, pelo que não pode considerar-se violado o princípio da proporcionalidade na vertente que o recorrente qualifica como “absoluta”*»

⁵⁵ Quanto às *sanções contraordenacionais*, o Tribunal Constitucional tem igualmente reconhecido ao legislador ordinário uma ampla margem de decisão quanto à fixação legal dos

Existem, no entanto, dois conjuntos de situações em que o Tribunal Constitucional considerou terem sido ultrapassados os limites de tal liberdade:

- Em primeiro lugar, no que se refere às situações em que foram proferidos juízos de inconstitucionalidade sobre opções legislativas de incriminação constantes do antigo Código de Justiça Militar, o qual fixava penas bastante superiores às que se encontravam previstas para os crimes correspondentes na legislação penal comum (Acórdãos n.ºs 370/94, 958/96, 201/98 e 334/98)⁵⁶;
- Em segundo lugar, o princípio constitucional penal da proporcionalidade das sanções também foi convocado para censurar normas que prevejam penas fixas (ou quase fixas), porquanto *“a lei que prevê uma pena fixa pode conduzir a que o juiz se veja forçado a aplicar uma pena excessiva para a gravidade da infração, assim deixando de observar*

montantes das coimas a aplicar (ver, entre outros, os Acórdãos n.ºs 304/94, 574/95, 547/2000 e 80/2012), ainda que ressalvando que tal liberdade de definição de limites cessa em casos de manifesta e flagrante desproporcionalidade ou de excessiva amplitude entre os limites mínimo e máximo. A título de exemplo, no Acórdão n.º 574/95 – e ainda que tenha, naquela situação, afastado a inconstitucionalidade da norma extraída do n.º 16 do artigo 670º do Código dos Valores Mobiliários – expressou-se o seguinte entendimento:

«Quanto ao princípio da proporcionalidade das sanções, tem, antes de mais, que advertir-se que o Tribunal só deve censurar as soluções legislativas que cominem sanções que sejam desnecessárias, inadequadas ou manifesta e claramente excessivas, pois tal o proíbe o artigo 18º, nº 2, da Constituição. Se o Tribunal fosse além disso, estaria a julgar a bondade da própria solução legislativa, invadindo indevidamente a esfera do legislador que, aí, há-de gozar de uma razoável liberdade de conformação (cf., identicamente, os acórdãos n.ºs 13/95 [...] e 83/95 [...], até porque a necessidade que, no tocante às penas criminais é - no dizer de FIGUEIREDO DIAS (Direito Penal II, 1988, policopiado, página 271) - "uma conditio iuris sine qua non de legitimação da pena nos quadros de um Estado de Direito democrático e social", aqui, não faz exigências tão fortes.

De facto, no ilícito de mera ordenação social, as sanções não têm a mesma carga de desvalor ético que as penas criminais - para além de que, para a punição, assumem particular relevo razões de pura utilidade e estratégia social.»

No Acórdão n.º 80/2012, o Tribunal reconheceu *“a ampla margem de liberdade de conformação do legislador no que toca ao equilíbrio interno do sistema de sanções previstas no [Código dos Valores Mobiliários]. E a verdade é que não pode concluir-se que a qualificação como «contraordenação muito grave» se revele manifestamente desproporcionada em relação às demais contraordenações previstas no diploma”*.

⁵⁶ Por exemplo, a moldura penal do crime de abuso de confiança passava da pena de prisão de 1 ano e 4 meses a 10 anos e 8 meses, prevista no Código Penal, para uma pena de prisão de 12 a 16 anos; a moldura penal do crime de burla passava da pena de prisão até 3 anos, prevista no Código Penal, para uma pena de prisão de 2 a 8 anos. Na jurisprudência referida no texto, considerou o Tribunal Constitucional que o princípio da proporcionalidade, em conjugação com o princípio da igualdade, impõe que as medidas das penas em confronto não sejam de tal forma diversas que se descaracterize em absoluto a valoração subjacente ao tipo de ilícito indiciada pela medida abstrata da pena, devendo a agravação dos limites da pena do crime militar ser adequada ao acréscimo valorativo decorrente do facto de se estar perante um crime praticado por um agente sobre o qual impendem deveres específicos relacionados com a sua função.

o princípio da proporcionalidade, que exige que a gravidade das sanções criminais seja proporcional à gravidade do crime” (Acórdãos n.ºs 70/2002, 22/2003, 124/2004 e 163/2004; porém, no Acórdão n.º 344/2007, tendo em conta a admissão pelo Tribunal de coimas fixas, e considerando a proximidade entre uma contração punida apenas com multa e uma contraordenação punida com coima, foi admitida como compatível com os princípios da igualdade e da proporcionalidade a cominação de multas fixas).

15. A proporcionalidade com referência às ações de filiação

Na última década, o princípio da proporcionalidade tem ocupado um lugar de destaque na jurisprudência constitucional portuguesa relativa ao direito da filiação, designadamente no que diz respeito ao prazo de propositura de ações de filiação. Este acervo jurisprudencial engloba a apreciação de questões relativas, por um lado, ao prazo para intentar a ação de *investigação da paternidade*, e, por outro, ao prazo para intentar a ação de *impugnação da paternidade*. O fio condutor tem sido, conforme se sintetiza no Acórdão n.º 441/2013, o seguinte:

«No âmbito do direito da filiação foi-se firmando e é hoje por todos reconhecido o princípio da verdade biológica, «princípio de ordem pública do Direito da Filiação» que «exprime a ideia de que o sistema de ‘estabelecimento da filiação’ pretende que os vínculos biológicos tenham uma tradução jurídica fiel, isto é, pretende que a mãe juridicamente reconhecida e pai juridicamente reconhecido sejam realmente os progenitores, os pais biológicos do filho» (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, Curso de Direito da Família, vol. II, t. I, Coimbra Editora, 2006, p. 52). Trata-se de um princípio estruturante de todo o sistema legal, ao qual não é, porém, reconhecida dignidade constitucional autónoma, não podendo fundamentar, por si só, um juízo de inconstitucionalidade [...]

Este entendimento revela-se na jurisprudência constitucional, quer relativamente a norma que fixe um prazo de propositura de ação de investigação da paternidade quer quanto à que fixe um prazo de propositura de ação de impugnação da paternidade, devendo salientar-se [...] “o facto de o Tribunal nunca ter assumido que a imprescritibilidade é o único regime constitucionalmente conforme” (Acórdão n.º 446/2010). As decisões foram sendo tomadas considerando apenas um prazo concretamente estabelecido e/ou o seu modo de contagem (Acórdão n.º 23/2006, tirado em plenário, em matéria de investigação da paternidade; e Acórdãos n.ºs 609/2007 e 279/2008, no âmbito de ação de impugnação da paternidade presumida, intentada pelo filho. [...E] os julgamentos foram de não inconstitucionalidade quando foi apreciada, em si mesma, a caducidade do direito de investigar ou de impugnar a paternidade (Acórdão n.º 401/2011, tirado em plenário, em matéria de investigação da paternidade, e Acórdãos n.ºs 589/2007, 593/2009, 179/2010,

446/2010 e 634/2011, relativamente a ação de impugnação da paternidade presumida, intentada pelo marido da mãe».

A verdade é que, num primeiro momento, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido da não inconstitucionalidade das normas legais que estabeleciam os referidos prazos (cfr. Acórdãos n.ºs 99/88, 413/89, 370/91, 311/95 e 506/99). Entendia-se que o regime legal propiciava um equilíbrio adequado entre o direito à identidade pessoal do filho – na dimensão de direito ao reconhecimento da paternidade – e os interesses conflitantes, designadamente o interesse do pretense pai a não ver protelada uma situação de incerteza, o seu direito à reserva da vida privada, bem como a paz da família conjugal do investigado. A fragilidade que, em termos de prova, o decurso do tempo comportava desempenhou igualmente papel relevante nas orientações do Tribunal Constitucional.

Porém, o fortalecimento da verdade científica introduzido pelo aparecimento de novos processos laboratoriais, tendo igualmente influenciado a mudança substancial de certas posições doutrinárias, forneceu o enquadramento propício a orientações do Tribunal Constitucional que, afastando-se das teses anteriores, começaram a pôr em causa alguns dos prazos legais das ações de filiação (ou o respetivo modo de contagem) enquanto comportando verdadeiras *restrições* a direitos fundamentais, mais significativamente ao nível do direito à identidade pessoal (artigo 26.º, n.º 1, da Constituição).

O Acórdão n.º 456/2003 inaugurou esta nova orientação do Tribunal Constitucional, tendo sido julgado inconstitucional o artigo 1817.º, n.º 2, do Código Civil⁵⁷, na medida em que impedia a *investigação da paternidade* em função de prazos objetivos, aplicáveis mesmo nos casos em que os fundamentos ou as razões para instaurar a ação de investigação surgissem pela primeira vez em momento ulterior ao respetivo termo. O Tribunal concluiu pela existência de violação do princípio da proporcionalidade, uma vez que o decurso do prazo, com o efeito absolutamente preclusivo do direito de intentar ação de investigação de paternidade a ele associado, implicava uma lesão irremediável do direito à identidade pessoal do investigador, que se via assim impedido de estabelecer, por via judicial, a sua filiação biológica.

⁵⁷ À data, a ação em causa só podia ser proposta durante a menoridade do investigador ou nos dois primeiros anos posteriores à sua maioridade ou emancipação, ou seja, em regra, até o investigador perfazer 20 anos de idade.

No Acórdão n.º 486/2004, o Tribunal julgou inconstitucional o artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na parte em que previa a extinção do direito de investigar a paternidade, em regra, a partir dos vinte anos de idade (este juízo foi depois confirmado pelo Acórdão n.º 23/2006, que declarou a inconstitucionalidade daquela norma, com força obrigatória geral). Considerou-se, em primeiro lugar, que a solução legal comportava a afetação do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais à identidade pessoal e a constituir família, que incluem o direito ao conhecimento da paternidade e da maternidade. Mas, mesmo que assim não se entendesse, considerou o Tribunal que a solução legal restritiva não era admissível por violadora do princípio da proporcionalidade *lato sensu*:

«[A solução em apreço] não pode, hoje, ser considerada constitucionalmente admissível, por violação da exigência de proporcionalidade (lato sensu) consagrada no artigo 18º, n.º 2, da Constituição.

É que, pelo menos no atual contexto, tal regime passou a traduzir uma apreciação manifestamente incorreta dos interesses ou valores em presença, em particular, quanto à intensidade e à natureza das consequências que esse regime tem para cada um destes: não só os prejuízos, designadamente não patrimoniais, que advêm da perda, aos vinte anos de idade, do direito a saber quem é o pai, se apresentam claramente desproporcionados em relação às desvantagens eventualmente resultantes, para o investigado e sua família, da ação de investigação (quer esta proceda – caso em que só será mais evidente a falta de justificação para invocar estes interesses –, quer não), como são possíveis, como se disse, alternativas, quer ligando o direito de investigar às reais e concretas possibilidades investigatórias do pretense filho, sem total imprescritibilidade da ação (por exemplo, prevendo um dies a quo que não ignore o conhecimento ou a cognoscibilidade das circunstâncias que fundamentam a ação), quer para obstar a situações excecionais, em que, considerando o contexto social e relacional do investigante, a invocação de um vínculo exclusivamente biológico possa ser abusiva, não sendo de excluir, evidentemente, o tratamento destes casos-limite com um adequado “remédio” excecional (seja ele específico – cfr. o regime referido do Código Civil de Macau – ou geral, como o abuso do direito, considerando-se ilegítimo desprezar os efeitos pessoais a ponto de se considerar a paternidade como puro interesse patrimonial, a “ativar” quando oportuno).»

As regras de caducidade para a propositura da ação de *impugnação da paternidade* foram igualmente objeto de escrutínio. Em certos casos, o Tribunal concluiu pela inconstitucionalidade de tais normas em resultado da violação do princípio da proporcionalidade. Foi o que sucedeu nos Acórdãos n.ºs 609/2007 e 279/2008, em que se julgou inconstitucional o artigo 1842.º, n.º 1, alínea c), do Código Civil, ao prever, para a caducidade do direito do filho maior ou emancipado de impugnar a paternidade presumida do

marido da mãe, o prazo de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe⁵⁸.

Com a aprovação da Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, foram alargados alguns dos prazos que haviam sido objeto de decisões de inconstitucionalidade.

Passou a prever-se, nomeadamente, o prazo de 10 anos para a propositura da ação de *investigação de paternidade*, contado da maioridade ou emancipação do investigante (artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, na sua atual redação). O Tribunal apreciou este prazo, tendo concluído que o mesmo não é desproporcional (v. também o Acórdão n.º 515/2012). Assentou esta conclusão na seguinte fundamentação, extraída do Acórdão n.º 401/2011:

«É legítimo que o legislador estabeleça prazos para a propositura da respetiva ação de investigação da paternidade, de modo a que o interesse da segurança jurídica não possa ser posto em causa por uma atitude desinteressada do investigante, não sendo injustificado nem excessivo fazer recair sobre o titular do direito um ónus de diligência quanto à iniciativa processual para apuramento definitivo da filiação, não fazendo prolongar, através de um regime de imprescritibilidade, uma situação de incerteza indesejável.

Necessário é que esse prazo, pelas suas características, não impossibilite ou dificulte excessivamente o exercício maduro e ponderado do direito ao estabelecimento da paternidade biológica.

Por isso, o que incumbe ao Tribunal Constitucional verificar é se, na modelação desses prazos, o legislador ultrapassou a margem de conformação que lhe cabe.

Na verdade, sendo o tipo de instrumento limitativo utilizado o adequado à defesa dos valores conflituantes, resta sindicar se as características dos prazos de caducidade estipulados respeitam o princípio da proporcionalidade, mantendo-se a linha mais recente do Tribunal Constitucional.

[Atendendo à latitude com que são admitidas, no regime envolvente da norma em apreciação, causas que obstem à preclusão total da ação de investigação - cfr. os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 1817.º -], o prazo de dez anos após a maioridade ou emancipação previsto no n.º 1 do artigo 1817.º do Código Civil não funciona como um prazo cego, cujo decurso determine inexoravelmente a perda do direito ao estabelecimento da paternidade, mas sim como um marco terminal de um período

⁵⁸ V., todavia, o Acórdão n.º 179/2010, em que o Tribunal considerou existir diferença entre a *investigação da paternidade*, em que “o que está em causa é o direito à identidade pessoal do investigante (e relativamente à qual a imposição de um limite temporal pode implicar violação do direito ao conhecimento da identidade dos progenitores)” e a impugnação em que o que importa é “a definição do estatuto jurídico do impugnante em relação a um vínculo de filiação que lhe é atribuído por presunção legal”, pelo que decidiu não julgar inconstitucional a norma do artigo 1842.º n.º 1, alínea a), do Código Civil, quando, ao fixar um prazo de 2 anos, limita a possibilidade de *impugnação*, a todo o tempo, pelo presumido progenitor da sua paternidade.

durante o qual não opera qualquer prazo de caducidade.

Verdadeiramente e apesar da formulação do preceito onde está inserido ele não é um autêntico prazo de caducidade, demarcando antes um período de tempo onde não permite que operem os verdadeiros prazos de caducidade consagrados nos n.º 2 e 3, do mesmo artigo.

Face ao melindre, à profundidade e às implicações que a decisão de instaurar a ação de investigação da paternidade reveste, entende-se que num período inicial após se atingir a maioridade ou a emancipação, em regra, não existe ainda um grau de maturidade, experiência de vida e autonomia que permita uma opção ponderada e suficientemente consolidada.

Apesar de na atual conjuntura a cada vez mais tardia inserção estável no mundo profissional poder acarretar falta de autonomia financeira, eventualmente desincentivadora de uma iniciativa, por exclusiva opção própria, a alegada falta de maturidade e experiência do investigador perde muito da sua evidência quando se reporta aos vinte e oito anos de idade, ou um pouco mais cedo nos casos de emancipação. Neste escalão etário, o indivíduo já estruturou a sua personalidade, em termos suficientemente firmes e já tem tipicamente uma experiência de vida que lhe permite situar-se autonomamente, sem dependências externas, na esfera relacional, mesmo quando se trata de tomar decisões, como esta, inteiramente fora do âmbito da gestão corrente de interesses.

O prazo de 10 anos após a maioridade ou emancipação, consagrado no artigo 1817.º, n.º 1, do Código Civil, revela-se, pois, como suficiente para assegurar que não opera qualquer prazo de caducidade para a instauração pelo filho duma acção de investigação da paternidade, durante a fase da vida deste em que ele poderá ainda não ter a maturidade, a experiência de vida e a autonomia suficientes para sobre esse assunto tomar uma decisão suficientemente consolidada.»

Também o Acórdão n.º 441/2013 se debruçou sobre alteração introduzida pela Lei n.º 14/2009, de 1 de abril, relativamente ao prazo para a mãe intentar a ação de impugnação da paternidade, previsto no artigo 1842.º, n.º 1, alínea b), do Código Civil⁵⁹:

«O direito à identidade pessoal do próprio filho pesa, de facto, no sentido da «proteção da verdade estabelecida pelo Direito, como forma de preservação de uma certa representação do ‘eu’ (perante si mesmo e perante os outros) que não pode ficar permanentemente sob ‘condição resolutive’» [...] Ao estabelecimento do prazo em questão é associada a «vantagem de tutelar os interesses do próprio filho em não

⁵⁹ Na sua redação atual, o artigo 1842.º, n.º 1, do Código Civil estatui o seguinte:

«1 - A ação de impugnação de paternidade pode ser intentada:

- a) Pelo marido, no prazo de três anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade;
- b) Pela mãe, dentro dos três anos posteriores ao nascimento;
- c) Pelo filho, até 10 anos depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de três anos a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.»

ver indefinidamente pendente o risco de afastamento da presunção legal de paternidade» (Acórdão n.º 609/2007).

Em suma, a imprescritibilidade da ação de impugnação da paternidade presumida do marido não é imposta pelo direito à identidade pessoal da mãe. O interesse da proteção da família constituída (artigo 67.º da CRP) e o direito à identidade pessoal do próprio filho (artigo 26.º, n.º 1, da CRP) pesam no sentido da estabilização do vínculo paterno-filial após o decurso de um certo prazo, em que é dada à mãe a oportunidade de o contrariar [...]. Do ponto de vista daquele interesse e deste direito é até de concluir que a mãe tem o dever de esclarecer rapidamente a situação familiar em causa [...].

8. O estabelecimento de um prazo tem, porém, como consequência, uma vez expirado, que da mãe se continue a afirmar (sem possibilidade ulterior de esta repor a verdade) que o pai do filho é o marido, quando tal pode não corresponder à verdade ou não lhe corresponder mesmo, pelo que, em si mesmo, traduz-se, de facto, na afetação negativa de uma posição jurídica subjetiva que a CRP tutela no artigo 26.º, n.º 1. Não se trata, porém, de uma afetação desnecessária à salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegidos, face ao direito à identidade pessoal do próprio filho e ao interesse da proteção da família constituída (artigos 26.º, n.º 1, 67.º e 18.º, n.º 2, da CRP).

O Tribunal já se pronunciou sobre o prazo legalmente estabelecido para o pai intentar ação de impugnação da paternidade presumida (artigo 1842.º, n.º 1, alínea a), do CC) e entendeu que o prazo então previsto (dois anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade) e o agora vigente (três anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade) «parece ser um prazo razoável e adequado à ponderação do interesse acerca do exercício do direito de impugnar e que permitirá avaliar todos os fatores que podem condicionar a decisão», um prazo «suficiente para garantir a viabilidade prática do exercício do direito de impugnar a paternidade, não o impedindo ou dificultando gravemente». E concluiu, por isso, que «não parece que a fixação de um prazo de caducidade para a impugnação de paternidade pelo pai presumido, nos termos em que se encontra previsto na referida norma do artigo 1842.º, n.º 1, alínea a), do Código Civil, represente uma intolerável restrição (...), quando é certo que a preclusão do exercício do direito de impugnar pode justamente ter correspondido a uma opção que o interessado considerou ser em dado momento mais consentâneo com o seu interesse concreto e o seu condicionalismo de vida» (Acórdãos n.ºs 589/2007 e 446/2010).

Considerando os prazos previstos nos artigos 1817.º, n.º 1, e 1842.º, n.º 1, alínea c), do CC, o Tribunal entendeu que a afetação do direito à identidade pessoal do pai presumido não é valorativamente equiparável à que está em causa na investigação e na impugnação da paternidade por parte do filho [cfr. os Acórdãos n.ºs 589/2007, 593/2009, 179/2010, 446/2010 e 634/2011]. A afetação do direito à identidade pessoal da mãe, decorrente do estabelecimento de um prazo, também não é valorativamente equiparável à que está em causa na investigação e na impugnação da paternidade por parte do filho. Mas também não é totalmente equiparável à

afetação do direito à identidade pessoal do pai presumido, uma vez que, diferentemente do que sucede na ação de impugnação da paternidade presumida intentada pelo pai, na ação intentada pela mãe a autora surge na veste de terceiro relativamente ao vínculo de filiação em questão, o que faz pesar ainda mais o interesse da proteção da família constituída e o direito à identidade pessoal do próprio filho.

Além desta diferença, o prazo de três anos para o marido intentar a ação de impugnação da paternidade conta-se desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade, prevendo-se um termo inicial subjetivo, ao passo que o prazo da mãe é contado a partir do nascimento do filho. Trata-se, porém, de um termo inicial que só aparentemente é objetivo e de um prazo de duração que é efetivamente superior a três anos. O prazo é contado do facto objetivo do nascimento, pelo «motivo óbvio de, com toda a probabilidade, a mãe saber do nascimento no próprio ato do nascimento» (Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, ob. cit., p. 136), mas está aqui também naturalmente pressuposto que «a mãe do menor não poderá razoavelmente ignorar a inexistência do vínculo biológico por parte do marido» (Acórdão n.º 589/2007) ou não poderá deixar de razoavelmente duvidar da existência de tal vínculo. Em qualquer caso, sempre por referência a momento anterior ao do nascimento do filho, podendo mesmo afirmar-se que anteriormente a este facto objetivo a mãe teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a não paternidade do marido. [...] A] fixação de um prazo de caducidade de três anos, apesar de contados do nascimento do filho, toma em consideração o momento em que a mãe tomou conhecimento de que o marido poderia não ser o pai biológico do filho. E pela “natureza das coisas”, a mãe conhece necessariamente factos indiciadores (ou conclusivos) da não paternidade do marido, por referência a momento anterior ao nascimento do filho.

O termo inicial previsto na alínea b) do n.º 1 do artigo 1842.º do CC, na medida em que só aparentemente é objetivo, não impede a conclusão de que também a mãe tem uma oportunidade efetiva, atenta a duração do prazo legalmente estabelecido, de impugnar a paternidade presumida do marido, obstando a que relativamente a ela se afirme o que não é verdade. Retomando as palavras do Acórdão 446/2010, há uma oportunidade efetiva que autoriza a atribuir valor significativa à inércia da mãe, em sentido abdicativo do direito a impugnar, ou, no mínimo, a dirigir-lhe uma imputação de autorresponsabilidade.

É de concluir, atento o direito e o interesse constitucionalmente protegido a salvaguardar, que estamos perante a afetação de uma posição jurídica subjetiva tutelada pelo artigo 26.º, n.º 1, da CRP que não é desadequada, desnecessária nem tão-pouco desproporcionada.»

16. A proporcionalidade articulada com a garantia do acesso ao Direito

No que se refere ao acesso ao direito, e ao modo como o legislador conforma, em concreto, o exercício deste direito fundamental, designadamente as múltiplas dimensões

atinentes ao regime adjetivo aplicável, o Tribunal Constitucional tem considerado que tal matéria se insere, em regra, no espaço próprio da autonomia conformadora do legislador. Isso não significa, contudo, que se trate de “matéria constitucionalmente neutra” (Acórdão n.º 304/2005), havendo ainda lugar à fiscalização da constitucionalidade em face das exigências de proporcionalidade⁶⁰. Para o efeito, importa apurar, designadamente, se a solução legal

⁶⁰ Segundo a síntese feita no Acórdão n.º 243/2013:

«9. Em jurisprudência uniforme e constante, tem o Tribunal Constitucional recordado que, embora a Constituição não enuncie expressamente indicações tão precisas e densas para a conformação infraconstitucional das normas do processo civil – diferentemente do que sucede em relação ao domínio do processo penal - é, todavia, inquestionável que as regras do processo, em geral, não podem ser indiferentes ao texto constitucional, de que decorrem implicitamente, quanto à sua conformação e organização, determinadas exigências impreteríveis e que são um direto corolário da ideia de Estado de direito democrático, porquanto um dos elementos estruturantes deste modelo de Estado é justamente a observância de um *due process of law* na resolução dos litígios que no seu âmbito deva ter lugar (cfr. o Acórdão n.º 271/95). Com efeito, sendo através do processo que os tribunais desempenham a função jurisdicional, e sendo também por intermédio dele que os cidadãos têm acesso à tutela estadual dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podem as normas que o conformam deixar de refletir princípios que estruturam todo o sistema da Constituição, sem prejuízo, naturalmente, de se considerar que o princípio constitucional que mais intensamente vincula as escolhas do legislador ordinário na conformação do processo civil é o da garantia do processo justo ou equitativo (cfr. o Acórdão n.º 413/2010). É a esta luz que se têm de entender os direitos de acesso aos tribunais e a um processo equitativo consignados no artigo 20.º, n.ºs 1 e 4 desse normativo.

Com efeito, o direito de acesso aos tribunais, enquanto fundamento do direito geral à proteção jurídica, traduz-se na possibilidade de deduzir junto de um órgão independente e imparcial com poderes decisórios uma dada pretensão (o pedido de tutela jurisdicional para um direito ou interesse legalmente protegido), pelo que implica uma série de interações entre quem pede (autor), quem é afetado pelo pedido (réu) e quem decide (juiz), a que corresponde o processo. E a disciplina deste último – o processo em sentido normativo – encontra-se submetida à exigência do processo equitativo: o procedimento de conformação normativa deve ser justo e a própria conformação deve resultar num “processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais” (cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, anot. XVI ao artigo 20.º, p. 415). Se tal exigência não afasta a liberdade de conformação do legislador na concreta estruturação do processo, a mesma “impõe, antes de mais, que as normas processuais proporcionem aos interessados meios efetivos de defesa dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos e paridade entre as partes na dialética que elas protagonizam no processo (Ac. n.º 632/99). Um processo equitativo postula, por isso, a efetividade do direito de defesa no processo, bem como dos princípios do contraditório e da igualdade de armas” (cfr. Rui Medeiros in Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, anot. XVIII ao artigo 20.º, p. 441). Acresce que, como notam os Autores das duas obras citadas, na densificação do princípio em análise desempenha um relevo especial a jurisprudência constitucional e, outrossim, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, epigrafado precisamente «Direito a um processo equitativo» (v. idem, ibidem)

Por outro lado, uma vez que os direitos em causa devem estar presentes em toda e qualquer forma de processo jurisdicional, é possível mobilizar para efeitos da aludida densificação não apenas as decisões deste Tribunal que incidiram diretamente sobre normas do processo

respeita aquelas fronteiras face aos direitos fundamentais concretamente cotejáveis (acesso ao direito e processo equitativo), aplicando-se um escrutínio que reserva a *fiscalização mais intensa* às situações em que a Constituição se apresenta especialmente garantística (designadamente, no campo das garantias de defesa), reservando-se o critério da *evidência* para as restantes áreas.

A tal propósito, referiu-se o seguinte, no Acórdão n.º 179/2007:

«2.2. *Como assinala Carlos Lopes do Rego (“Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil” in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, págs. 835-859), “a garantia da via judiciária – ínsita no artigo 20.º da Constituição e a todos conferida para tutela e defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos – envolve, não apenas a atribuição aos interessados legítimos do direito de ação judicial (...), mas também a garantia de que o processo, uma vez iniciado, se deve subordinar a determinados princípios e garantias fundamentais: os princípios da igualdade, do contraditório e (após a revisão constitucional de 1997) a regra do «processo equitativo», expressamente consagrada no n.º 4 daquele preceito constitucional”*⁶¹. *O referido autor destaca ainda o “princípio da funcionalidade e proporcionalidade dos ónus,*

civil, mas também aquelas que, proferidas no âmbito de processos de outra natureza, nomeadamente penal ou administrativa, “não tiveram como parâmetro – ou parâmetro exclusivo – princípios garantísticos típicos ou específicos desses processos”, como, por exemplo, o das garantias de defesa do arguido (cfr., no sentido da admissibilidade da transposição de precedentes penais para o âmbito processual civil, Carlos Lopes do Rego, “Os princípios constitucionais da proibição da indefesa, da proporcionalidade dos ónus e cominações e o regime da citação em processo civil” in Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 839). Nessa linha, entendendo-se a exposição das razões de facto e de direito de uma dada pretensão, com sujeição ao contraditório da parte contrária, perante o tribunal antes que este tome a sua decisão como uma manifestação do direito de defesa dos interessados perante os tribunais, tal direito, juntamente com o princípio do contraditório, não pode deixar de ser visto como “uma decorrência do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo julgado por um órgão imparcial e independente. Por isso, embora só estejam [- o direito de defesa e o princípio do contraditório -] expressamente consagrados na Constituição no âmbito do processo penal, [os mesmos] apresentam-se como normas de alcance geral” (cfr. Rui Medeiros, ob. cit., anot. XX ao artigo 20.º, pp. 442-443).

E é, nesta perspetiva, que muitos dos princípios considerados aplicáveis aos recursos em matéria penal são generalizáveis ou transponíveis para outros domínios processuais.»

⁶¹ Por isso, alguns casos mais chocantes de soluções processuais material ou funcionalmente não justificadas e excessivamente rigoristas – as «soluções manifestamente injustas» - também têm sido apreciadas exclusivamente à luz do parâmetro constitucional do processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4) – v.g. os Acórdãos n.ºs 102/2010 e 620/2013 - ou do princípio da proteção da confiança, imanente a um Estado de direito democrático (artigo 2.º) – v.g. os Acórdãos n.ºs 431/2002 e 213/2012.

Já no Acórdão n.º 179/2007 transcrito no texto a que se refere a presente nota, o Tribunal aferiu o respeito pelo processo equitativo em função da *não desrazoabilidade* da solução em causa, nos termos de princípio da proporcionalidade (cfr. *infra* a nota 64).

cominações e preclusões impostas pela lei de processo às partes”, *o qual, no seu entender*, “pode fundar-se cumulativamente no princípio da proporcionalidade das restrições (artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição) ao direito de acesso à justiça, quer na própria regra do processo equitativo”. *Da análise da jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre esta garantia da via judiciária, o autor citado extrai a proposição de que:*

“[O]s regimes adjetivos que prescrevem requisitos de natureza estritamente procedimental ou «formal» dos atos das partes – isto é, conexions, não propriamente com a formulação essencial das pretensões ou impugnações dos litigantes, mas tão somente com o modo de apresentação ou exposição dos respetivos conteúdos – devem:

- a) Revelar-se funcionalmente adequados aos fins do processo, não traduzindo exigência puramente formal, arbitrariamente imposta, por destituída de qualquer sentido útil e razoável quanto à disciplina processual;
- b) Conformar-se – no que respeita às consequências desfavoráveis para a parte que as não acatou inteiramente – com o princípio da proporcionalidade: desde logo, as exigências formais não podem impossibilitar ou dificultar, de modo excessivo ou intolerável, a atuação procedimental facultada ou imposta às partes; e as cominações ou preclusões que decorram de uma falta da parte não podem revelar-se totalmente desproporcionadas – nomeadamente pelo seu carácter irremediável ou definitivo, impossibilitador de qualquer ulterior suprimento – à gravidade e relevância, para os fins do processo, da falta imputada à parte [...].

O juízo de proporcionalidade a emitir neste domínio tem, assim, de tomar em conta três vetores essenciais: (i) a justificação da exigência processual em causa; (ii) a maior ou menor onerosidade na sua satisfação por parte do interessado; e (iii) a gravidade das consequências ligadas ao incumprimento do ónus.»

Segundo uma síntese jurisprudencial constante do Acórdão 636/2011, as regras legais que definem os *pressupostos processuais* – que consubstanciam condições de admissibilidade, por parte do tribunal, dos atos praticados pelos sujeitos processuais - não podem à partida ser consideradas como *agressões* ao direito de acesso ao direito (artigo 20.º da Constituição) e às garantias de processo (artigo 32.º do mesmo normativo). Pelo contrário: na exata medida em que visam isso mesmo – a regulação, por parte do legislador ordinário, dos termos em que o tribunal admite os atos praticados pelos sujeitos intervenientes no processo – constituem as referidas regras mecanismos de funcionalização do sistema judiciário no seu conjunto, fazendo parte dele enquanto meios necessários para a realização do direito a uma tutela jurisdicional efetiva e a um processo (penal) cômputo. Por isso, tais regras incluem-se, por via de regra, no âmbito da margem de livre conformação do legislador. Ponto é que o conteúdo dessas regras se inscreva ainda nas exigências decorrentes do

princípio da proporcionalidade, não transformando os pressupostos processuais em encargos *excessivos* ou *desrazoáveis* para quem pretenda aceder aos tribunais.

Outra dimensão importante da garantia da via judiciária é a da proteção contra os próprios atos jurisdicionais: o *direito ao recurso jurisdicional*⁶². Neste domínio, entende o Tribunal Constitucional que, mesmo fora do domínio penal, o legislador, apesar de a tal não estar constitucionalmente obrigado, prevê, em certas situações, um duplo ou triplo grau de jurisdição, na respetiva regulamentação não lhe é consentido adotar soluções desrazoáveis, desproporcionadas ou discriminatórias, devendo considerar-se vinculado ao respeito do direito a um processo equitativo e aos princípios da igualdade e da proporcionalidade (cfr. o Acórdão n.º 197/2009). Como se referiu no Acórdão n.º 628/2005, a garantia constitucional do direito ao recurso não se esgota na dimensão que impõe a previsão pelo legislador ordinário de um grau de recurso, pois “*tal garantia, conjugada com outros parâmetros constitucionais, pressupõe, igualmente, que na sua regulação o legislador não adote soluções arbitrárias e desproporcionadas, limitativas das possibilidades de recorrer – mesmo quando se trate de recursos apenas legalmente previstos e não constitucionalmente obrigatórios (assim, vejam-se os Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 1229/96 e 462/2003) [...]*”.

É este aspeto da disciplina equitativa do direito de recurso que tem suscitado diversas questões na jurisprudência, a propósito da conexão entre o conhecimento da decisão a impugnar e o termo inicial da contagem do prazo para recorrer, decorrendo da jurisprudência constitucional – versando principalmente o recurso de sentenças condenatórias no domínio

⁶² Como o Tribunal Constitucional afirmou no seu Acórdão n.º 287/90, embora a garantia da via judiciária do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição se traduza *prima facie* no direito de recurso a um tribunal para obter dele uma decisão sobre a pretensão perante o mesmo deduzida, deve incluir-se ainda na mesma garantia a proteção contra atos jurisdicionais. Isto é, o *direito de ação* incorpora no seu âmbito o próprio direito de defesa contra atos jurisdicionais, o qual, obviamente, só pode ser exercido mediante o *recurso* para (outros) tribunais: “*o direito (subjeto) de recorrer visa assegurar aos particulares a possibilidade de impugnarem atos jurisdicionais e ainda tornar mais provável, em relação às matérias com maior dignidade, a emissão da decisão justa, dada a existência de mais do que uma instância*”. O Tribunal considerou, também, que, com ressalva da matéria penal, atendendo ao que dispõe o n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, tal direito não é um direito absoluto — irrestringível. Diferentemente, o que se pode retirar, inequivocamente, das disposições conjugadas dos artigos 20.º e 210.º da Constituição, em matérias diversas da penal, é que existe um genérico direito de recurso dos atos jurisdicionais, cujo preciso conteúdo pode ser traçado, pelo legislador ordinário, com maior ou menor amplitude. Ao legislador ordinário estará vedado, exclusivamente, abolir o sistema de recursos *in toto* ou afetá-lo substancialmente. Esta orientação foi posteriormente reafirmada por diversas vezes (cfr., entre outros, os Acórdãos n.ºs 210/92, 346/92, 403/94, 475/94, 95/95, 270/95, 336/95, 489/95, 715/96, 1124/96, 328/97, 234/98, 276/98, 638/98, 202/99, 373/99, 415/2001, 261/2002, 302/2005, 689/2005, 399/2007 e 500/2007).

penal, mas que, como referido, e por estarem em causa os direitos de acesso aos tribunais e ao processo equitativo, é transponível para outros domínios – que o exercício do direito ao recurso pressupõe a cognoscibilidade da decisão que se pretende impugnar, aferindo-se tal cognoscibilidade em razão da possibilidade de o interessado, atuando com a diligência devida, ter acesso efetivo ao teor, completo e inteligível, da decisão em causa (cfr. as sínteses constantes, por exemplo, dos Acórdãos n.ºs 545/2006 e 81/2012). E esta questão coloca-se com particular acuidade quando as decisões judiciais são ditadas para as atas ou simplesmente lidas em audiência, já que o direito de defesa, como decorrência do direito de acesso aos tribunais e a um processo equitativo, postula que os destinatários de uma decisão judicial tenham acesso direto - ou possam tê-lo - ao seu conteúdo, de modo a poderem contra ela reagir através dos meios processuais adequados, em especial, e desde que admissível, o direito ao recurso; de outro modo, cria-se uma situação de «indefesa» constitucionalmente proibida pelo artigo 20.º, n.ºs 1 e 4⁶³.

⁶³ No seu Acórdão n.º 183/98, o Tribunal Constitucional entendeu que a simples assistência do interessado à leitura da decisão seria suficiente para este se ter como notificado da mesma e se poder iniciar a contagem do pertinente prazo de recurso. No Acórdão n.º 228/99, depois de se analisar a solução legal aplicável à luz do interesse constitucional na celeridade da administração da justiça assumido no artigo 20.º, n.ºs 4 e 5, da Constituição, o Tribunal entendeu ser uma garantia suficiente do direito ao recurso a possibilidade de obter dentro do prazo de recurso já iniciado cópia da ata donde conste a decisão oral a impugnar (“*a norma do artigo 685º, nº2, do Código de Processo Civil assenta numa presunção de conhecimento de decisões, desde que a parte ou o seu mandatário tenham sido devidamente notificados para a diligência processual no âmbito da qual os despachos ou sentenças foram oralmente proferidos. Ou, mais propriamente, a disposição estabelece um ónus para as partes de se informarem sobre o conteúdo de certas decisões*”, pois é o interesse público que aqui sobreleva, a necessidade de não atrasar o prosseguimento dos autos com o decurso dos prazos de notificação às partes das decisões proferidas oralmente, em diligências em que estiveram presentes - ficando desde logo cientes do seu conteúdo - ou para as quais foram notificadas - tendo nesse caso o ónus de se informar sobre o respetivo conteúdo). Não se justifica, pois falar de uma “decisão surpresa”: a exigência de que as decisões proferidas oralmente estejam reproduzidas no processo – pressuposto de aplicação do regime do artigo 685º, nº 2, do Código de Processo Civil – acautela suficientemente o conhecimento do conteúdo dos atos, de modo que a parte possa exercer o contraditório, *maxime*, o direito de interpor recurso. Apenas se exige à parte faltosa que seja diligente, suprimindo a sua ausência no ato processual para o qual se encontrava devidamente notificada.

Contudo, no Acórdão n.º 148/2001 – proferido num recurso interposto de decisão condenatórias em processo penal, mas fundado também no artigo 20.º, n.º 1, da Constituição - o Tribunal Constitucional foi mais exigente no que se refere à efetivação do direito ao recurso. Partindo da jurisprudência que reconhece o *direito a exigir a entrega de cópia legível da decisão* (cfr., sobretudo, o Acórdão n.º 444/91), o Tribunal considerou que o mesmo direito não pode deixar de se repercutir na determinação do termo *a quo* do prazo de interposição de recurso e *afirmou que o interesse acautelado pelo mesmo direito não é suficientemente tutelado pela simples leitura da sentença na presença do interessado, mesmo quando acompanhado por mandatário judicial constituído*. E, fundado nas formulações deste aresto, no Acórdão n.º 146/2004 o Tribunal reconheceu expressamente que:

«[A] mera leitura da sentença na presença do arguido e do seu defensor oficioso no mínimo pode não permitir uma completa apreensão do teor da sentença para efeito de motivação do recurso”, pois “a interposição de um recurso pressupõe uma análise minuciosa da decisão

Daí a conclusão afirmada no Acórdão n.º 243/2013:

«[S]ão inconstitucionais as normas que, ao preverem a comunicação de atos processuais, maxime decisões finais, presumam o seu conhecimento pelos destinatários, sem que tais presunções sejam rodeadas das cautelas necessárias a garantir a possibilidade de conhecimento efetivo do ato por um destinatário normalmente diligente, ou seja, caso o sistema não ofereça suficientes garantias de assegurar que o ato de comunicação tenha sido colocado na área de cognoscibilidade dos seus destinatários, em termos de eles poderem eficazmente exercer os seus direitos de defesa. Em especial, nos casos em que os interessados tomam conhecimento da decisão em virtude de assistirem à sua leitura (ou, tratando-se de sentenças orais, de presenciarem a sua prolação), e considerarem, logo nesse momento, que para apreenderem todo o seu alcance e sentido necessitam de uma cópia da mesma, deve entender-se que somente com a disponibilização de tal cópia é que o ato de comunicação daquilo que foi decidido fica completo; só então é que se consoma a notificação da decisão, para efeitos de contagem do prazo de recurso, pois somente através de tal documento se pode considerar que o interessado dispõe de todos os meios para compreender o sentido e alcance da decisão tomada relativamente aos seus direitos ou interesses em causa no processo.

Deste modo, é em qualquer caso exigível, por força do artigo 20.º, n.ºs 1 e 4, da Constituição, e desde que requerido imediatamente pelos interessados – as partes ou os seus mandatários judiciais - o acesso dos mesmos ao suporte escrito da decisão que lhes é comunicada por via oral, como garantia de que a decisão em apreço seja colocada na área de cognoscibilidade dos seus destinatários, em termos de estes poderem eficazmente exercer os seus direitos de defesa. É este o crivo relevante.

[A] lei vigente, interpretada em conformidade com a Constituição, exig[e] “a entrega de cópia (da decisão) aos interessados para efeitos de contagem de prazo para recorrer”, já que, pelas razões expostas, embora estes possam tomar conhecimento imediato da existência da decisão, o que “ocorreu com a respetiva leitura do acórdão”, a simples assistência dos mesmos a tal leitura não garante sempre, nem deve fazer presumir, que, a partir desse momento, estes fiquem habilitados a formar um juízo consciente e ponderado sobre as possibilidades, as vantagens e os inconvenientes de um eventual recurso dessa decisão. Com efeito, somente a disponibilização de cópia, previamente requerida, permite garantir esse resultado: que os interessados fiquem em condições de discutir com os seus advogados a estratégia de defesa a adotar relativamente à decisão judicial que decreta medida de promoção e proteção em favor dos seus filhos. Por isso, também, só a partir desse

que se pretende impugnar, análise essa que não é de todo possível realizar por mero apelo à memória da leitura do texto da sentença”, antes exige o acesso ao texto da sentença, o que apenas se torna possível com o seu depósito na secretaria. Impor ao arguido a apresentação da motivação do recurso da sentença sem ter acesso ao texto definitivo desta constitui um constrangimento intolerável do direito de acesso aos tribunais e especificamente do direito de recurso penal, violador dos artigos 20.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da CRP.».

momento – do momento em que a cópia do acórdão lhes seja disponibilizada - se deve começar a contar o prazo para recorrerem de tal decisão.

[Assim,] também neste contexto da notificação de sentenças lidas ou proferidas oralmente é válida a correlação entre o direito ao recurso e o direito a exigir a entrega de cópia de tal decisão, afirmado a propósito de sentenças manuscritas que os destinatários não conseguem ler (cfr., em especial, o Acórdão n.º 445/91 e, depois, o Acórdão n.º 148/2001): pressupondo o direito ao recurso um total conhecimento do teor da decisão recorrida (ou a possibilidade de o obter), impõe-se que o prazo para a interposição do recurso só se conte a partir do momento em que o recorrente tenha a possibilidade efetiva de apreender o conteúdo integral da decisão que pretende impugnar. A contagem do prazo de recurso a partir de momento anterior, nomeadamente da leitura do acórdão, consubstancia, pois, uma limitação injustificada do direito ao recurso, uma vez que implica o decurso do prazo numa fase em que os sujeitos processuais interessados ainda não sabem se querem recorrer (se têm fundamento para tal), precisamente porque não podem (por causa que não lhe é imputável) analisar o texto da decisão que os afeta.»

Para além dos casos já referidos, o princípio da proporcionalidade tem constituído o fundamento de juízos de inconstitucionalidade de preceitos legais ou interpretações normativas que restringem excessiva ou arbitrariamente o acesso ao direito, designadamente através da imposição de ónus aos sujeitos processuais ou pela sujeição a consequências decorrentes do deficiente cumprimento das regras de processo (por exemplo, e entre muitos):

- Acórdão n.º 304/2005 (inconstitucionalidade da interpretação normativa de preceito do Código de Processo do Trabalho, segundo a qual o tribunal superior não pode conhecer das nulidades da sentença que o recorrente invocou numa peça única, contendo a declaração de interposição do recurso com referência a que se apresenta arguição de nulidades);
- Acórdão n.º 646/2006 (inconstitucionalidade de norma aplicável no processo tributário, que exclui em absoluto a produção de prova testemunhal, nos casos em que esta é, em geral, admissível);
- Acórdão n.º 215/2007 (inconstitucionalidade da norma do artigo 412.º, n.º 5, do Código de Processo Penal, interpretado no sentido de que a omissão de indicação, pelo arguido recorrente, nas conclusões da motivação do recurso que determina a subida de recurso retido, de que mantém interesse no conhecimento deste recurso, equivale à desistência do mesmo, sem que previamente seja convidado a suprir essa eventual deficiência).

Entre os casos de juízo negativo de inconstitucionalidade, avulta o do Acórdão n.º

179/2007 (o Tribunal não julgou inconstitucional a norma aplicável no âmbito do contencioso administrativo, segundo a qual não há lugar a correção pelo tribunal, oficiosamente ou mediante convite à parte, de petição inicial de ação de responsabilidade civil intentada contra um órgão administrativo, quando o devia ter sido contra a pessoa coletiva)⁶⁴.

Mas para além dele, cumpre referir (a título meramente ilustrativo):

- Acórdãos n.ºs 596/2009, 597/2009, 629/2009, 98/2010 e 375/2010 (a norma constante do artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 24/2007, de 18 de Julho, segundo a qual, em caso de

⁶⁴ O Tribunal justificou nos seguintes termos a sua decisão:

«O juízo de proporcionalidade a emitir neste domínio tem, assim, de tomar em conta três vetores essenciais: (i) a justificação da exigência processual em causa; (ii) a maior ou menor onerosidade na sua satisfação por parte do interessado; e (iii) a gravidade das consequências ligadas ao incumprimento do ónus.

No presente caso, é patente a necessidade de ser chamada ao processo – e, por isso, de ser indicada como ré na ação – quem detenha personalidade judiciária que a habilite a defender os direitos e interesses legítimos que poderão ser afetados pela eventual procedência da ação. Depois, não se mostra de especial dificuldade o cumprimento da exigência legal de correta indicação da contraparte. É certo que, com alguma frequência, no âmbito da justiça administrativa, se verificam confusões entre a pessoa coletiva pública em causa e os seus órgãos, que a jurisprudência administrativa sempre demonstrou compreensão por esses erros [...] e que o novo Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA) [...] prevê, no n.º 4 desse artigo 10.º, que se considera “regularmente proposta a ação quando na petição inicial tenha sido indicado como parte demandada o órgão que praticou o ato impugnado ou perante o qual tinha sido formulada a pretensão do interessado, considerando-se, nesse caso, a ação proposta contra a pessoa coletiva de direito público ou, no caso do Estado, contra o ministério a que o órgão pertence”. Porém, independentemente de esta solução legal poder ser considerada “melhor direito”, daí não decorre necessariamente que outras soluções sejam de reputar inconstitucionais.

Tudo dependerá, ao fim e ao cabo, da ponderação sobre a razoabilidade da exigência do ónus de correta identificação do réu na ação e da consequência associada ao seu incumprimento. Ora, no presente caso, em que se tratava de uma ação e não de um recurso contencioso [...], os efeitos da absolvição da instância não precludem irremediavelmente a possibilidade de a autora ver reconhecido o direito que reclama, uma vez que lhe assiste a possibilidade de intentar nova ação [...].

Neste contexto – sendo certo que não está constitucionalmente assegurado um pretense direito ao convite para correção de quaisquer erros ou deficiências das peças processuais apresentadas pelas partes –, não se pode considerar que a solução jurídica adotada no acórdão recorrido seja de tal modo desrazoável ou desproporcionada que se deva reputar violadora da garantia da tutela jurisdicional efetiva ou do direito a um processo equitativo.

Recorde-se, por fim, que, no Acórdão n.º 499/98 [...], o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucionais as normas dos n.ºs 1 e 2 do artigo 796.º do CPC, interpretados no sentido de, faltando autor e réu à audiência de discussão e julgamento em ação declarativa com processo sumaríssimo, não sendo a falta do autor justificada pelo menos até à realização da diligência, deve absolver-se o réu da instância, atribuindo justamente especial relevância, para esse juízo de não inconstitucionalidade, ao facto de “a absolvição da instância, não impedindo a propositura de nova ação com o mesmo objeto, não afeta[r] definitivamente o direito invocado pelo autor – ao contrário do que aconteceria para o réu se houvesse que dar prevalência aos efeitos da sua falta (condenação no pedido) –, razão por que não se [viu] também que a «norma» [ferisse], em termos desproporcionados ou arbitrários, os interesses do mesmo autor”, concluindo-se pela não violação dos princípios constitucionais da igualdade e do acesso ao direito.»

acidente rodoviário em autoestradas, em razão do atravessamento de animais, o ónus de prova do cumprimento das obrigações de segurança pertence à concessionária e esta só afastará essa presunção se demonstrar que a intromissão do animal na via não lhe é, de todo, imputável, sendo atribuível a outrem, tendo de estabelecer positivamente qual o evento concreto, alheio ao mundo da sua imputabilidade moral que não lhe deixou realizar o cumprimento);

- Acórdãos n.ºs 247/2002, 310/2005 e 8/2012 (sobre várias espécies processuais: as normas de direito ordinário que estabelecem prazos para iniciar processos judiciais não infringem qualquer regra ou princípio constitucional, na medida em que apenas revelam escolhas legítimas do legislador quanto aos vários modos por que podem ser prosseguidos os diferentes valores que a Constituição inscreve no seu artigo 20.º; porém, isso já não será assim sempre que se demonstrar que, ao fixar certo prazo de caducidade de uma ação, o legislador ofendeu uma posição jurídica subjetiva constitucionalmente tutelada, diminuindo, de modo juridicamente censurável, porque não proporcionado, as possibilidades de exercício de tal direito);
- Acórdão 23/2013 (no âmbito do processo de contencioso eleitoral com caráter urgente regulado no artigo 99.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativo, a existência, durante o processo, da fase da contestação, cumpre por si só as exigências que decorrem do conceito constitucional de processo equitativo; Mas, mesmo que assim se não considerasse – e se admitisse portanto que fora afetado no caso o *direito de cada um ao processo devido* – sempre haveria que concluir que a afetação, pelo seu sentido e medida, se não mostraria nem inadequada, nem desnecessária, nem desproporcionada face à finalidade que serve).

17. A proporcionalidade no domínio tributário, em especial, conexas com o direito de acesso à justiça

Os tributos correspondentes à figura de “taxa” apresentam uma natureza bilateral que se projeta nos limites relativos ao seu *quantum*. E é essa bilateralidade que explica a menor exigência formal em matéria de legalidade tributária: “enquanto os impostos obedecem ao exigente *princípio da legalidade fiscal* e a sua medida tem por base o *princípio da capacidade contributiva*, as taxas bastam-se com a reserva de lei parlamentar (ou decreto-lei parlamentarmente autorizado) do seu *regime geral* e a sua medida assenta no *princípio da proporcionalidade taxa/prestação* estadual proporcionada ou taxa/custos específicos causados

à respetiva comunidade”⁶⁵. Na verdade, “o que faz com que as taxas não estejam sujeitas à reserva de lei, é o facto de a sua estrutura sinalagmática permitir o controlo do seu montante e, portanto, conterem uma imanente salvaguarda do sujeito passivo quanto às exações excessivas”⁶⁶. Todavia, como recorda CARDOSO DA COSTA, aquela proporcionalidade, enquanto “marca de uma real (e não simplesmente aparente) sinalagmaticidade das «taxas»”, assume “um relevo fundamentalmente «*estrutural-formal*», e [é] compatível, assim, com taxas de montante superior (e, porventura, até consideravelmente superior) ao custo do serviço prestado”⁶⁷. Por isso, o Tribunal Constitucional tem rejeitado o entendimento de que uma taxa cujo montante exceda o custo do serviço prestado se deve qualificar como imposto, acentuando que o carácter sinalagmático do nexo entre o pagamento desse tributo e a prestação da atividade pelo ente público não é descaracterizado se não existir equivalência económica, bastando, essencialmente, a *correspondência jurídica* (cfr., entre vários, os Acórdãos n.ºs 148/94, 640/95, 1140/96, 115/2002, 269/2002 e 258/2008 e 288/2010).

Na verdade, partindo da bilateralidade própria do conceito de taxa – a existência de uma contraprestação individualizada por parte do respetivo sujeito ativo em benefício do sujeito passivo (e que corresponde ao “teste de bilateralidade”) –, tem este Tribunal analisado o critério de fixação do montante da taxa com vista a apurar se, pela sua relação com os *custos* associados à referida contraprestação ou com a *utilidade* que dela extrai o sujeito passivo, tal critério é «completamente alheio» a tais custos e utilidade (análise que corresponde a um “teste de proporcionalidade”; cfr., em especial, os Acórdãos n.ºs 610/2003 e 68/2007). A existência de uma taxa, enquanto tributo distinto do imposto, pressupõe, assim, um *requisito positivo* - que a mesma assente numa contraprestação individualizada da entidade pública (prestação de um serviço, utilização de um bem público ou remoção de um obstáculo jurídico ao comportamento dos particulares) - e um *requisito negativo* - que o critério de fixação do seu montante não seja “completamente alheio” aos custos para a entidade pública associados àquela contraprestação ou à utilidade dela derivada para o particular.

Cumpre, de todo o modo, distinguir entre o plano conceptual e de *qualificação* das

⁶⁵ Cfr. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 46.

⁶⁶ Cfr. SALDANHA SANCHES, *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 37

⁶⁷ Cfr. Autor cit., “O enquadramento constitucional do Direito dos impostos em Portugal: a jurisprudência do Tribunal Constitucional” in *Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976*, II, Coimbra, 1997, pp. 404–405; itálico aditado.

figuras tributárias, designadamente para efeitos de controlo da habilitação constitucional da entidade que as cria, e o plano dos seus *requisitos de validade*, seja quanto à respetiva legalidade, seja quanto à respetiva constitucionalidade (material). É certo que a jurisprudência constitucional se tem preocupado mais com o primeiro aspeto; mas o segundo não tem sido totalmente ignorado⁶⁸. Na verdade, se a delimitação no plano constitucional da figura da «taxa» face ao «imposto» é fundamental para definir o âmbito de aplicação da reserva de lei parlamentar constitucionalmente prevista em relação aos impostos, a mesma não esgota a função de proteção desempenhada pela Constituição relativamente às taxas. Definidas por lei ou regulamento, estas últimas não deixam de continuar subordinadas aos princípios constitucionais fundamentais, mormente os que, como a igualdade e a proporcionalidade, são estruturantes do Estado de direito democrático. O princípio da igualdade tem particular relevo na determinação da incidência, podendo relevar também na modulação da taxa em função de outros critérios para além do atinente à cobertura dos custos da contraprestação específica (como, por exemplo, fins extrafiscais ou os benefícios e utilidades para o contribuinte); o princípio da proporcionalidade mantém-se como um parâmetro relevante, por exemplo, no controlo da relação de equilíbrio entre o montante total do tributo a pagar e os diferentes fins legais justificativos dos critérios determinantes desse montante ou, bem assim, e caso aplicável, no controlo da justa medida dos valores unitários de base ou do grau de progressão ou regressão de escalões.

É, sobretudo, esta última dimensão que está presente em diversas decisões do Tribunal Constitucional relacionadas com a garantia do acesso à justiça (artigo 20.º, n.º 1, da Constituição). Com efeito, a taxa de justiça assume, como todas as taxas, natureza bilateral ou corresponsiva, constituindo contrapartida devida pela utilização do serviço público da justiça por parte do respetivo sujeito passivo. Por isso que, não estando nela implicada a exigência de uma equivalência rigorosa de valor económico entre o custo e o serviço, dispondo o legislador de uma «larga margem de liberdade de conformação em matéria de definição do montante das taxas», é, porém, necessário que “*a causa e justificação do tributo possa ainda encontrar-se, materialmente, no serviço recebido pelo utente, pelo que uma desproporção manifesta ou flagrante com o custo do serviço e com a sua utilidade para tal utente afeta claramente uma tal relação sinalagmática que a taxa pressupõe*” (Acórdão n.º 227/2007). Os critérios de cálculo da taxa de justiça, integrando norma que condiciona o exercício do direito

⁶⁸ Cfr., por exemplo, as declarações de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma nos Acórdãos n.ºs 115/2002 e 610/2003; mas, sobretudo, os Acórdãos n.ºs 68/2007 e 622/2013.

fundamental de acesso à justiça (artigo 20.º da Constituição), constituem, pois, a essa luz, “*zona constitucionalmente sensível, sujeita, por isso, a parâmetros de conformação material que garantam um mínimo de proporcionalidade entre o valor cobrado ao cidadão que recorre ao sistema público de administração da justiça e o custo/utilidade do serviço que efetivamente lhe foi prestado (artigos 2.º e 18.º, n.º 2, da mesma Lei Fundamental), de modo a impedir a adoção de soluções de tal modo onerosas que se convertam em obstáculos práticos ao efetivo exercício de um tal direito*” (Acórdão n.º 421/2013).

O Tribunal Constitucional, em jurisprudência consolidada, tem censurado normas jurídicas definidoras da taxa de justiça que se baseiem em exclusivo no valor da ação – na presunção de que a complexidade da ação e a utilidade que as partes dela retiram aumenta na proporção direta do valor -, sem estabelecer um limite máximo e sem admitir uma modulação da taxa no caso concreto em função da menor complexidade da causa. Nesses casos, o problema de inconstitucionalidade decorre da ausência de um limite máximo ao regime de tributação crescente em função do valor da ação, pois que ignora a complexidade dos autos para o efeito de evitar ou corrigir valores de tributação desproporcionados às ações de elevado valor que assumam, por hipótese, uma tramitação reduzida. É precisamente a impossibilidade de redução de valores tributários fixados sem qualquer limite máximo, em função da menor complexidade do processado, que é constitucionalmente censurável à luz do *direito de acesso aos tribunais*, consagrado no artigo 20.º da Constituição, conjugado com o *princípio da proporcionalidade* (ou, de acordo com a formulação adotada em alguns acórdãos, com o *princípio da proibição do excesso*), decorrente dos artigos 2.º e 18.º, n.º 2, segunda parte, da mesma Constituição, (Acórdãos n.ºs 227/2007, 470/2007 471/2007, 116/2008, 266/2010, 421/2013 e 604/2013⁶⁹). Sendo também à luz das mesmas valorações constitucionais que não

⁶⁹ Acórdãos n.ºs. 227/2007 e 116/2008: inconstitucionalidade da norma, segundo a qual, “*o montante da taxa de justiça devida em procedimentos cautelares e recursos neles interpostos, cujo valor excede €49.879,79, é definido em função do valor da ação sem qualquer limite máximo ao montante das custas, e na medida em que se não permite ao tribunal que limite o montante de taxa de justiça devido no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o caráter manifestamente desproporcionado do montante em questão*”.

Acórdão n.º 470/2007: inconstitucionalidade da norma que permite “*que as custas devidas pelo expropriado excedam de forma intolerável o montante da indemnização depositada, como flagrantemente ocorre em caso, como o presente, em que esse excesso é superior a €100.000,00*”

Acórdão n.º 471/2007: inconstitucionalidade da norma, segundo a qual, “*as taxas de justiça devidas por um processo, comportando um incidente de apoio judiciário e um recurso para o tribunal superior, ascendem ao montante global de €123.903,43, determinado exclusivamente em função do valor da ação, sem o estabelecimento de qualquer limite máximo, e na medida em que não se permite que o tribunal reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta,*

se censuraram soluções legais de tributação que, embora pautadas por exclusivos critérios de valor (da ação), não conduziram, nos concretos casos em apreciação, à fixação de uma taxa de justiça desproporcionada à complexidade do processo (Acórdãos n.ºs. 301/2009, 151/2009 e 534/2011).

Outro domínio em que o princípio da proporcionalidade tem sido invocado em articulação com o direito de acesso aos tribunais respeita ao instituto do *apoio judiciário*. Este corresponde, não a um instrumento generalizado ou um pressuposto primário de acesso ao direito, mas sim a “*uma solução a utilizar, de forma excepcional, apenas pelos cidadãos economicamente carenciados ou desfavorecidos*”, razão por que “*necessariamente, que também o sistema das custas judiciais tenha de ser um sistema proporcional e justo que não torne insuportável ou inacessível para a generalidade das pessoas o acesso aos tribunais*” (Acórdão n.º 495/96; v. também o Acórdão n.º 255/2007). Ora a tributação da impugnação judicial da decisão administrativa sobre a concessão de apoio judiciário não pode ser feita em função do valor da causa principal, sob pena de violação do artigo 20.º, n.º 1, conjugado com

designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado desse montante”.

Acórdão n.º 266/2010: inconstitucionalidade da norma, segundo a qual, “*as taxas de justiça devidas por um recurso de agravo de um despacho interlocutório, interposto por quem não é parte na causa, sendo a questão de manifesta simplicidade e tendo o recurso seguido uma tramitação linear, ascendem ao montante global de €15 204,39, determinado exclusivamente em função do valor da ação, sem o estabelecimento de qualquer limite máximo, e na medida em que não se permite que o tribunal reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado desse montante”.*

Acórdão n.º 421/2013: inconstitucionalidade da norma, segundo a qual, “*o montante da taxa de justiça é definido em função do valor da ação sem qualquer limite máximo, não se permitindo ao tribunal que reduza o montante da taxa de justiça devida no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcional do montante exigido a esse título”.*

Acórdão n.º 604/2013: inconstitucionalidade das normas, segundo as quais, “*o montante de taxa de justiça devida em recurso de apelação, cujo valor excede 49.879,79, é definido em função do valor sem qualquer limite máximo ao montante das custas, e na medida em que se não permite ao tribunal que limite o montante da taxa de justiça devido no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado do montante em questão*”; e “*o montante de taxa de justiça devida em recurso de agravo de decisão interlocutória que suba juntamente com outro recurso, cujo valor excede 49.879,79, é definido em função do valor sem qualquer limite máximo ao montante das custas, e na medida em que se não permite ao tribunal que limite o montante da taxa de justiça devido no caso concreto, tendo em conta, designadamente, a natureza e complexidade do processo e o carácter manifestamente desproporcionado do montante em questão”.*

o artigo 18.º, da Constituição (cfr. os Acórdãos n.ºs 255/2007, 299/2007, 43/2011 e 104/2013)⁷⁰.

§ 6.º - A articulação da proibição do excesso com outros princípios constitucionais

18. A proibição do excesso no âmbito da tutela da confiança

Frequentemente, a proibição do excesso surge intimamente associada à aplicação de outros princípios constitucionais, o que, como salienta REIS NOVAIS, “nada tem de surpreendente pois não se pode esquecer que se trata de subsprincípios do mesmo princípio geral, o princípio do Estado de Direito”⁷¹. Na jurisprudência, isso mesmo é reconhecido desde há muito, relativamente ao *princípio da proteção da confiança*.

Este traduz a incidência subjetiva da tutela da segurança jurídica, representando ambas, em conceção consolidadamente aceita, uma exigência indeclinável (ainda que não expressamente formulada) de realização do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da Constituição). A aplicação do princípio da confiança deve partir de uma definição rigorosa dos requisitos cumulativos a que deve obedecer a situação de confiança, para ser digna de tutela. Dados por verificados esses requisitos, há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração. Dessa

⁷⁰ Nesses arestos entendeu-se que: (i) sendo, à data da respetiva prolação, no processamento da impugnação das deliberações proferidas pelos serviços de Segurança Social desfavoráveis aos petionantes, a taxa de justiça devida em caso de improvimento, pelo menos, duas vezes, superior ao máximo possível nos casos de indeferimento dos pedidos anteriores da então designada assistência judiciária; existe, quanto às situações de improvimento judicial da impugnação das deliberações dos serviços de Segurança Social, tal como agora se encontram reguladas, um acentuado agravamento do montante da taxa de justiça comparativamente com os casos de indeferimento dos pedidos de assistência judiciária, conquanto numas e noutros o referente da taxa fosse sempre o do valor da ação instaurada ou a instaurar; então (ii) a norma que o permite – e que redundava num agravamento do montante das custas em, pelo menos, o dobro do limite máximo que anteriormente se consagrava - é conflituante com o direito consagrado no n.º 1 - e, mais propriamente, com a sua parte final - do artigo 20.º do diploma básico, além de se patentear como manifestamente desproporcionada e excessiva tocantemente ao benefício económico pretendido alcançar, justamente o da dispensa de pagamento da taxa de justiça e demais encargos com o processo.

⁷¹ V. Autor cit., p. 268.

valoração, em concreto, do peso relativo dos bens em confronto, assim como da contenção das soluções impugnadas dentro de limites de razoabilidade e de justa medida, irá resultar o juízo definitivo quanto à sua conformidade constitucional

Nos seus traços nucleares, a metódica aplicativa quanto à determinação da «inadmissível arbitrariedade» ou da «onerosidade excessiva» de uma disciplina normativa que afete expectativas legitimamente fundadas foi apontada no Acórdão n.º 287/90:

«A ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, pelos seguintes critérios:

- A afetação 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

- Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (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).

Pelo primeiro critério, a afetação de expectativas será extraordinariamente onerosa. Pelo segundo, que deve acrescer ao primeiro, essa onerosidade torna-se excessiva, inadmissível ou intolerável, porque 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.»

Em formulações variadas, estes critérios estiveram reiteradamente presentes na jurisprudência posterior em que o princípio da confiança foi convocado como parâmetro de apreciação. A partir do Acórdão n.º 128/2009 (e com acolhimento nos Acórdãos n.ºs 188/2009, 3/2010 e 154/2010), eles foram precisados e desenvolvidos, com recondução a quatro diferentes requisitos ou testes. Escreveu-se, nesse sentido:

«Para que para haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta

a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa».

Ora, foi justamente também à luz do princípio da confiança, assim caracterizado do ponto de vista do método da sua aplicação, que no Acórdão n.º 396/2011 o Tribunal Constitucional analisou as reduções remuneratórias relativas aos trabalhadores da Administração Pública previstas na Lei do Orçamento do Estado para 2011.

Nesse caso, os requerentes – um grupo de Deputados à Assembleia da República – invocaram, como precedentes, os Acórdãos n.ºs 303/90 e 141/2002, em que o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas impugnadas, em virtude de o Tribunal não ter descortinado qualquer interesse público suficientemente relevante cuja salvaguarda as pudesse justificar. As razões para tais decisões foram as seguintes:

- Acórdão n.º 303/90:

«Não nos dá a Lei n.º 114/88, nem os seus trabalhos preparatórios, qualquer indicação sobre a existência de motivos ligados à prossecução ou salvaguarda de interesses (designadamente económicos ou financeiros) tais que, de um ponto de vista proporcional, aconselhassem à suspensão do «vencimento adquirido» pelos agentes de ensino em causa e, por isso, afetasse esse direito, sob pena de se não alcançar aquelas prossecução ou salvaguarda.[...]

Torna-se, desta arte, indescortinável qual seja o interesse e a sua suficiente relevância que levaram à suspensão do regime da Lei n.º 103/88.

[...] Atingido um nível remuneratório que lhes conferia [aos titulares da remuneração], na ocasião da entrada em vigor desta última Lei, um quantitativo então igual ao percebido pelos professores diplomados com os cursos das escolas do magistério primário, é perfeitamente compreensível que os destinatários daquele diploma ficassem possuídos da convicção de que esse «direito» subjetivado a tal quantitativo, já concretizado objetivamente, para o futuro, e sem que surgissem acentuadas alterações da conjuntura económico-financeira, era algo de reconhecido pela ordem jurídica e com o qual eles podiam e deviam contar, deste modo ficando convencidos que o dito montante não seria diminuído.

Ao suspender o referido «direito», o n.º 11 do artigo 14.º da Lei n.º 114/88 veio, de forma efetiva, frustrar a indicada convicção, sem que se antolhe a existência de situação de interesse geral ou conformação social de suficiente peso que pudessem tornar previsível ou verosímil tal suspensão.

Por isso se depara uma inadmissível (porque irrazoável, extraordinariamente onerosa e excessiva) afetação levada a cabo pela norma sindicada».

- Acórdão n.º 141/2002:

«Nesta conformidade, tem de se concluir que, por força do estabelecido na própria disposição legal que a previa, se estava perante uma remuneração acessória com um regime especial que lhe conferia uma particular estabilidade e consistência, o que justificava a expectativa do seu integral recebimento por banda dos funcionários afetados. Ora, o que aconteceu foi que, por via da norma em causa, a remuneração global dos funcionários por ela abrangidos foi objeto de uma redução substancial e com efeitos imediatos, o que também se afigura particularmente relevante. [...] Por outro lado, não se descortinam – nem sequer foram invocados – quaisquer motivos que pudessem aqui «justificar» a adoção da medida com efeitos retrospectivos, nomeadamente particulares razões de interesse público ou uma qualquer alteração objetiva e concreta das condições de trabalho do pessoal afetado.»

Diferente foi, todavia, o juízo formulado no Acórdão n.º 396/2011 relativamente ao quarto teste do princípio da confiança:

«Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excecionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Outros países da União Europeia vivem problemas semelhantes, com interferências recíprocas, sendo divulgada abundante informação a esse respeito.

Neste contexto, e no quadro de uma estratégia global delineada a nível europeu, entrou na ordem do dia a necessidade de uma drástica redução das despesas públicas, incluindo as resultantes do pagamento de remunerações. Medidas desse teor foram efetivamente tomadas noutros países, com larga anterioridade em relação à publicação da proposta de lei do Orçamento do Estado para 2011, e com reduções remuneratórias mais acentuadas do que aquelas que este diploma veio a implementar. [...]

[A]s medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desproteção da confiança constitucionalmente desconforme.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, atuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu

tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular. [...]

Diferentemente dos casos julgados pelos Acórdãos n.ºs 303/90 e 141/2002, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste importância fulcral e carácter de premência. É de lhe atribuir prevalência, ainda que não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos.

Como último passo, neste quadrante valorativo, resta averiguar da observância das exigências de proporcionalidade (cfr., quanto à necessária conjugação do princípio da proteção da confiança com o princípio da proibição do excesso, Reis Novais, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2004, p. 268-269). Admitido que a expectativa de manutenção dos montantes remuneratórios e de ajudas de custo tenha que ceder, em face da tutela de um interesse público contrastante de maior peso, ainda assim há que controlar se as concretas medidas transitórias de redução remuneratória, previstas no artigo 19.º da lei do Orçamento do Estado, abrangendo todo o universo dos trabalhadores com uma relação de emprego público, e as medidas de redução de ajudas de custo que resultam dos artigos 20.º e 21.º da Lei do Orçamento de Estado para 2011, abrangendo os magistrados judiciais e do Ministério Público, traduzem ou não uma afetação desproporcionada de uma posição de confiança, tendo em conta os três níveis em que o princípio da proporcionalidade se projeta.

Que se trata de uma medida idónea para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido. Quanto à necessidade, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida⁷². Por

⁷² E nessa sede, entendeu-se o seguinte:

«É sabido que a atuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a seleção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objeto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. [...]

Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos.

Não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de atuação cuja definição cabe ainda dentro da

último, a serem indispensáveis, as reduções remuneratórias não se podem considerar excessivas, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afetados. Assim é que, para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10% – inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos aos nossos.»

19. A proibição do excesso e o princípio da igualdade: a questão da igualdade proporcional

Desde o início da sua jurisprudência sobre o princípio da igualdade que o Tribunal Constitucional associa aquele princípio com a ideia de proibição do excesso. Com efeito, no Acórdão n.º 44/84, ao interpretar o artigo 13.º, n.º 1, da Constituição como *proibição do arbítrio*, o Tribunal considerou estar em causa nesse preceito a proibição de medidas manifestamente *desproporcionadas* ou *inadequadas*, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica a regulamentar ou à questão a decidir. Posteriormente, essa associação é reforçada pela adoção pelo Tribunal Constitucional também da «nova fórmula» do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 55, 72 [88]) no Acórdão n.º 330/93: “*para se poder reconhecer um fundamento material ao desigual tratamento normativo de situações essencialmente iguais, deve aquele prosseguir um fim legítimo, ser adequado e necessário para realizar tal fim e manter uma relação de equitativa adequação com o valor que subjaz ao fim visado*”. Como nota RAVI AFONSO PEREIRA, “é justamente a ideia de *razoabilidade como equilíbrio* que marca a diferença relativamente à ideia de *razoabilidade*

margem de livre conformação política do legislador. Intentando-se, até por força de compromissos com instâncias europeias e internacionais, conseguir resultados a curto prazo, foi entendido que, pelo lado da despesa, só a diminuição de vencimentos garantia eficácia certa e imediata, sendo, nessa medida, indispensável. Não havendo razões de evidência em sentido contrário, e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, é de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio orçamental. Em vista deste fim, quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido a essa categoria de pessoas – vinculada que ela está, é oportuno lembrá-lo, à prossecução do interesse público - não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.»

como fundamento material bastante com que se contenta a fórmula da proibição do arbítrio”⁷³.

No Acórdão n.º 353/2012, perante as reduções das remunerações pagas aos trabalhadores do setor público e do valor das pensões – correspondentes aos cortes dos chamados «subsídio de férias» e «subsídio de Natal» - estatuídas, agora, na Lei do Orçamento do Estado para 2012, o Tribunal Constitucional considerou o seguinte:

«[A] opção tomada [revela-se] particularmente eficaz, pela sua certeza e rapidez na produção de efeitos, numa perspetiva de redução do défice a curto prazo, pelo que ela se mostra coerente com uma estratégia de atuação, cuja definição cabe dentro da margem de livre conformação política do legislador.

Nestes termos, poderá concluir-se que é certamente admissível alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, não se podendo considerar, no atual contexto económico e financeiro, injustificadamente discriminatória qualquer medida de redução dos rendimentos dirigida apenas aos primeiros.

Mas, obviamente, a liberdade do legislador recorrer ao corte das remunerações e pensões das pessoas que auferem por verbas públicas, na mira de alcançar um equilíbrio orçamental, mesmo num quadro de uma grave crise económico-financeira, não pode ser ilimitada. A diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos por esta medida e para os que não o são não pode deixar de ter limites.

Na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade. A dimensão da desigualdade do tratamento tem que ser proporcionada às razões que justificam esse tratamento desigual, não podendo revelar-se excessiva.

Como se pode ler nos acórdãos n.º 39/88 e 96/05, deste Tribunal [...]: A igualdade não é, porém igualitarismo. É antes igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais se dê tratamento desigual, mas proporcionado.

Isto significa que temos de verificar se os quantitativos cujo pagamento é suspenso [...], num "critério de evidência" no controlo da igualdade proporcional, não são excessivamente diferenciadores, face às razões que se admitiram como justificativas

⁷³ V. Autor cit., p. 324 (itálicos aditados). RAVI AFONSO PEREIRA reconhece que, nos casos em que, por estar em causa a liberdade pessoal, a proibição do arbítrio se revela insuficiente, o Tribunal Constitucional articulou o princípio da igualdade assim entendido, com o princípio da proporcionalidade (cfr. p. 327 e nota 30, dando como exemplo alguns dos acórdãos referidos *supra* no n.º 14, a propósito do princípio da proporcionalidade das sanções penais).

Sobre a articulação entre igualdade e proibição do excesso, v. também REIS NOVAIS, pp. 114-115.

de uma redução de rendimentos apenas dirigida aos cidadãos que os auferem por verbas públicas.

Para este juízo é necessário relembrar e pesar os sacrifícios impostos pelas normas sob fiscalização a quem auferem remunerações ou pensões por verbas públicas.» (destaques aditados)⁷⁴

E após a análise da incidência das reduções, o Tribunal concluiu:

«[É] evidente que o diferente tratamento imposto a quem auferem remunerações e pensões por verbas públicas ultrapassa os limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional.

Apesar de se reconhecer que estamos numa gravíssima situação económico-financeira, em que o cumprimento das metas do défice público estabelecidas nos referidos memorandos de entendimento é importante para garantir a manutenção do financiamento do Estado, tais objetivos devem ser alcançados através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada.

Aliás, quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos, maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios.

A referida situação e as necessidades de eficácia das medidas adotadas para lhe fazer face, não podem servir de fundamento para dispensar o legislador da sujeição aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes do Estado de Direito, nomeadamente a parâmetros como o princípio da igualdade proporcional. A Constituição não pode certamente ficar alheia à realidade económica e financeira e em especial à verificação de uma situação que se possa considerar como sendo de grave dificuldade. Mas ela possui uma específica autonomia normativa que impede que os objetivos económicos ou financeiros prevaleçam, sem quaisquer limites, sobre parâmetros como o da igualdade, que a Constituição defende e deve fazer cumprir.»

Finalmente, no seu Acórdão n.º 187/2013, relativamente a novas reduções remuneratórias dirigidas aos trabalhadores do setor público e a reduções do valor das pensões estabelecidas na Lei do Orçamento do Estado para 2013, o Tribunal Constitucional considerou:

«[33. A] questão suscitada pela norma constante do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012,

⁷⁴ RAVI AFONSO PEREIRA, p. 334, considera que, embora sem o dizer, este já foi o critério subjacente ao juízo negativo sobre a violação do princípio da igualdade no Acórdão n.º 396/2011, uma vez que o Tribunal “não se satisfaz com a verificação da existência de um fundamento material para a desigualdade de tratamento. O que se revelou determinante para a decisão do TC – no sentido da não inconstitucionalidade da norma – foi a *proporcionalidade da desigualdade* de tratamento” (itálico aditado). Em seu entender, é a essa luz que tem de ser lido o último parágrafo do acórdão (cfr. a transcrição *supra* na nota 72).

é a de saber se a manutenção da redução da remuneração mensal base, associada à suspensão do pagamento do subsídio de férias ou equivalente e ambas conjugadas com a manutenção das outras medidas de contenção remuneratória como a proibição de valorizações para trabalhadores do setor público, correspondem a um tratamento proporcionalmente diferenciador do segmento atingido perante o princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º da Constituição, na sua dimensão de “igualdade perante a repartição de encargos públicos”.

Mais concretamente, tratar-se-á de saber se a medida da diferença constitucionalmente tolerada se esgotou na redução remuneratória temporária determinada pela Lei n.º 55-A/2010 e subsequentemente reiterada, ou, apesar de ultrapassada já, no contexto da Lei do Orçamento de Estado para 2012, pela associação àquela da suspensão do pagamento dos dois subsídios (cfr. o acórdão n.º 353/2012), é ainda respeitada, pela Lei do Orçamento do Estado para 2013, pela cumulação daquela redução com a suspensão do pagamento de um dos subsídios.

A igualdade proporcional só é aferível no contexto, pelo que há que atender ao conjunto diversificado de medidas, teleologicamente unificadas, que acompanham as de manutenção das reduções da remuneração mensal base e de suspensão total ou parcial de um dos dois subsídios. [...]

Para além do diferente enquadramento normativo, há que atender à situação atual das finanças públicas e à evolução que ela sofreu desde as primeiras “medidas de austeridade”. A questão a resolver é, por isso, diferente de qualquer uma daquelas que, recaindo sobre as reduções remuneratórias previstas na Lei n.º 55-A/2010, de 31 de dezembro (Orçamento do Estado para 2011) e na Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro (Orçamento de Estado para 2012), foram decididas, respetivamente, nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012.

34. Todavia, se muda o objeto de valoração, daí não se segue que deva mudar o critério de apreciação que o Tribunal então enunciou e aplicou. Esse critério conserva plena validade, apenas podendo eventualmente ser outro o resultado da sua aplicação, em face da não coincidência do alcance das reduções remuneratórias, atentos o seu teor e o contexto, normativo e factual, em que se inserem.

Tal critério diz respeito, num primeiro momento, à existência de um fundamento para a própria opção de diferenciar e, num segundo momento, à medida em foi decidido concretizar tal diferenciação. [...]

[35.] A opção concretizada na afetação dessas remunerações e o tratamento diferenciado que ela configura encontram, assim, suficiente suporte na sua peculiar relação com os fins das normas questionadas. O critério conducente à desigualdade, em si mesmo (pondo, pois, de lado, por enquanto, a medida dessa desigualdade, adiante analisada), assenta na situação objetiva, em termos da fonte dos rendimentos laborais, dos destinatários das reduções em causa: sendo eles, e apenas eles, pagos pela afetação de recursos públicos, e não podendo o Estado, por isso mesmo, submeter a idêntica medida os que dela ficam excluídos, não tem fundamento constitucional pretender-se que o princípio da igualdade exige a omissão de qualquer redução salarial, independentemente do estado das finanças

públicas.

É certo que os modos de intervenção estão condicionados pela estratégia escolhida e pelos índices percentuais de correção orçamental a que o Estado se vinculou internacionalmente. Outras opções de base, quanto à política de consolidação orçamental, são teoricamente admissíveis. Mas, justamente, esse é o domínio da definição das linhas de atuação política, sujeito a controvérsia e debate nas instâncias próprias, e reservado ao legislador democraticamente legitimado. O Tribunal afirmou-o com toda a clareza nos acórdãos n.ºs 396/2011 e 353/2012, podendo ler-se no primeiro daqueles arestos que não lhe cabe apreciar a maior ou menor bondade das medidas implementadas, mas apenas “ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos”.

Ora, uma intervenção com um alcance redutor (apenas) das remunerações dos que são pagos por verbas públicas não é, face ao que ficou dito, em si mesma, arbitrária. [...]

36. A conclusão de que à redução salarial concretizada na norma constante do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 subjaz um critério ponderativo racionalmente credenciável não é todavia, suficiente para assegurar a respetiva validade constitucional.

Desde logo porque o princípio da igualdade exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado. Se o princípio da igualdade permite (ou até requer, em certos termos) que o desigual seja desigualmente tratado, simultaneamente impõe que não seja desrespeitada a medida da diferença. Ainda que o critério subjacente à diferenciação introduzida seja, em si mesmo, constitucionalmente credenciado e racionalmente não infundado, a desigualdade justificada pela diferenciação de situações nem por isso se tornará “imune a um juízo de proporcionalidade” (acórdão n.º 353/2012).

A desigualdade do tratamento deverá, quanto à medida em que surge imposta, ser proporcional, quer às razões que justificam o tratamento desigual – não poderá ser “excessiva”, do ponto de vista do desígnio prosseguido —, quer à medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação.

37. Os dois níveis de comparação em que, do ponto de vista operativo, se desdobra o princípio da igualdade (acórdão n.º 114/2005) introduzem no tema da repartição dos encargos públicos uma nova dimensão problemática, ela própria multidirecional: a igualdade proporcional implica a consideração do grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas – o que pressupõe que as medidas diferenciadoras sejam impostas em grau necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar (cfr. acórdãos n.ºs 634/93 e 187/2001) –, quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são e, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado. Estão em causa limites do sacrifício adicional imposto àqueles sujeitos: para além de certa medida,

*esse acréscimo de sacrifício traduz um tratamento inequitativo e desproporcionado, não podendo ser justificado pelas vantagens comparativas que esse modo de consolidação orçamental possa apresentar quando comparado com alternativas disponíveis.»*⁷⁵ [destaques adotados]

Parece resultar desta jurisprudência que, verificada uma *situação de desigual tratamento de grupos de pessoas* – independentemente de a desigualdade se fundar em diferenças preexistentes ou de as diferenças resultarem exclusivamente dos fins prosseguidos pelo legislador –, o princípio da igualdade exige que tal tratamento seja adequado, necessário e razoável por referência ao fim que o justifica. Mas não só: os sacrifícios impostos a um dos grupos não podem ser excessivos, ou seja, não podem suplantar as vantagens que, do ponto de vista do fim prosseguido com o tratamento desigual, são atribuídas ao outro grupo. O ponto de partida é a verificação de uma desigualdade de tratamento materialmente fundada – de outro modo haverá desde logo arbítrio. Segue-se a avaliação da justa medida e do equilíbrio das diferenças de tratamento relativamente ao respetivo fim e, bem assim, em relação às vantagens e desvantagens que resultam da desigualdade. Verifica-se, por conseguinte, que a igualdade proporcional exige um escrutínio mais intenso do que a simples verificação da existência de um fundamento material aplicável no âmbito do controlo da proibição do arbítrio.

⁷⁵ RAVI AFONSO PEREIRA, p. 353, refere existir aqui uma clarificação sobre a estrutura triangular do princípio da igualdade que confere à fórmula da «igualdade proporcional» contornos dogmáticos: a «igualdade proporcional tem por objeto uma relação triangular que envolve o grau de diferenciação imposto, quer na sua relação com as finalidades prosseguidas (relação meio-fim), quer no âmbito da comparação a estabelecer entre os sujeitos afetados pela medida e os sujeitos que o não são (relação x-y) e, portanto, do ponto de vista daquela finalidade, entre uns e outros e o Estado (relação triangular x-y-fim).

Bibliografia (mais citada):

- CARLA AMADO GOMES e DINAMENE DE FREITAS, “Le Juge Constitutionnel et la Proportionnalité – Rapport du Portugal” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 185 e ss. (corresponde ao relatório apresentado na XXV^{ème} Table Ronde de Droit Constitutionnel, que se realizou em Aix-en-Provence nos dias 3 a 5 de setembro de 2009);
- DELEF MERTEN in DELEF MERTEN e HANS JÜRGEN PAPIER, *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band III, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2009, § 68, p. 517 e ss.;
- FRITZ FLEINER, , *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, 3. Aufl., Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1913;
- GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- JORGE MIRANDA [*Constituição*, I]: JORGE MIRANDA in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- *Idem* [*Manual*, IV]: JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV (Direitos Fundamentais), 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- JORGE PEREIRA DA SILVA, “Interdição de Proteção Insuficiente, Proporcionalidade e Conteúdo Essencial” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 185 e ss.;
- MARIA LÚCIA AMARAL, *A Forma da República – Uma Introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- OTTO MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, I, 3. Aufl., Verlag von Duncker & Humblot, Berlin, 1923;
- RAVI AFONSO PEREIRA, “Igualdade e Proporcionalidade: um Comentário às Decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre Cortes Salariais no Sector Público” in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98 (2013), p. 317 e ss.;
- REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004;
- VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012;
- VITALINO CANAS [Proporcionalidade]: VITALINO CANAS, “Proporcionalidade (Princípio da)” Separata do vol. VI (1994) do *Dicionário Jurídico da Administração Pública*;
- *Idem* [A Proibição do Excesso]: VITALINO CANAS, “A Proibição do Excesso como Instrumento Mediador de Ponderação e Optimização (com Incursão na Teoria das Regras e dos princípios)” in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 811 e ss.

Jurisprudência

Referência aos acórdãos mais importantes para a elaboração do presente relatório (disponível, assim como os demais que são citados ao longo do relatório) em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos>):

Acórdão n.º 364/91 (P)*
Acórdão n.º 285/92 (P)
Acórdão n.º 634/93
Acórdão n.º 1182/96
Acórdão n.º 484/2000
Acórdão n.º 187/2001 (P)
Acórdão n.º 200/2001
Acórdão n.º 302/2001
Acórdão n.º 155/2004 (P)
Acórdão n.º 159/2007 (P)
Acórdão n.º 521/2007
Acórdão n.º 632/2008 (P)
Acórdão n.º 73/2009
Acórdão n.º 173/2009 (P)
Acórdão n.º 75/2010 (P)
Acórdão n.º 166/2010
Acórdão n.º 396/2011 (P)
Acórdão n.º 401/2011 (P)
Acórdão n.º 409/2011
Acórdão n.º 461/2011
Acórdão n.º 353/2012 (P)
Acórdão n.º 387/2012 (P)
Acórdão n.º 96/2013 (P)
Acórdão n.º 187/2013 (P)
Acórdão n.º 340/2013
Acórdão n.º 474/2013 (P)
Acórdão n.º 602/2013 (P)

* Acórdãos proferidos pelo Tribunal Constitucional, em Plenário