JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

O NOVO REGIME PROFISSIONAL DOS TÉCNICOS DE CONSTRUÇÃO E A CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

* * * * *

PARECER DE DIREITO

LISBOA
2013

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

SUMÁRIO

CONSULTA

I – INTRODUÇÃO
1. O tema do parecer
2. A sequência das questões

II – O NOVO REGIME PROFISSIONAL DOS TÉCNICOS DE CONSTRUÇÃO CONSTANTE DA LEI Nº 31/2009, DE 3 DE JULHO
3. A Lei nº 31/2009, de 3 de Julho
4. A Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro
5. O regime transitório aplicável aos profissionais de construção anteriormente habilitados

III – A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO REGIME TRANSITÓRIO POR VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE PROFISSÃO
6. Razão de ordem
7. A configuração conceptual dos direitos fundamentais
8. Classificações dos direitos fundamentais
9. A conceção pluralista dos direitos fundamentais
10. As fontes normativas dos direitos fundamentais
11. A consagração tipológica dos direitos fundamentais
12. Os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais
13. O sentido do regime especial dos direitos, liberdades e garantias
14. A restrição infraconstitucional
15. A liberdade de profissão como direito, liberdade e garantia
16. A violação do regime restritivo das restrições aos direitos, liberdades e garantias por parte do regime transitório

IV – A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO REGIME TRANSITÓRIO POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA
17. Razão de ordem

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

18. O "super-princípio" do Estado de Direito e a sua irradiação
19. O princípio do Estado de Direito na Constituição Portuguesa
20. O princípio da proteção da confiança como dimensão do Estado de Direito
21. A frustração das legítimas expectativas dos técnicos de construção por parte do regime transitório

V – CONCLUSÕES

22. Enunciado das Conclusões

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

CONSULTA

A Associação dos Agentes Técnicos de Arquitetura e de Engenharia, de que sou presidente, tem continuamente contestado o mérito do novo regime jurídico que enquadra o exercício desta profissão tal como resultado da Lei nº 31/2009, de 3 de julho, pelas injustiças que no mesmo se contêm e que atingem as expectativas de muitos profissionais que foram abruptamente surpreendidos por um severo conjunto de exigências que na maioria dos casos terá a consequência de impossibilitar, na prática, a continuação da sua atividade profissionais de muitos agentes técnicos de arquitetura e de engenharia.

Mas o referido diploma legal igualmente nos parece igualmente inconstitucional por colocar em xeque a Constituição Portuguesa tanto no tocante ao livre exercício de uma profissão como da perspetiva da preservação das legítimas expectativas que aqueles profissionais acalentaram em poder continuar a exercer a sua profissão sem uma mudança radical das disposições legais que efetuassem o seu enquadramento.

Assim, e após conversa com V. Exª, solicitamos ao Senhor Professor Doutor Jorge Bacelar Gouveia a elaboração de um parecer de Direito em que estas questões sejam versadas, a fim de podermos agir em conformidade.

O Presidente da Associação de Agentes Técnicos
de Arquitetura e Engenharia

Alexandre da Silva Carlos

Lisboa, 23 de abril de 2013.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

I
INTRODUÇÃO

1. O tema do parecer

I. O tema do parecer que nos é solicitado tem diretamente que ver com *o novo regime jurídico da profissão dos técnicos de arquitetura e de engenharia plasmado na Lei nº 31/2009, de 3 de julho.*

Eis um diploma que assumiu como missão fundamental o estabelecimento da qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra, bem como os deveres inerentes a essa posição.

II. *O primeiro núcleo subtemático a tratar é de índole dogmático-positiva e nele importa perceber o sentido interpretativo que se pode extrair daquela fonte legal sob o prisma de saber a situação exata dos técnicos de construção.*

Mas esse é um esforço que tanto se dirige à captação do sentido das novas regras aplicáveis ao exercício daquela atividade como sobretudo se relaciona com a definição dos termos em que os novos requisitos de qualificação profissional se aplicam àqueles técnicos, que são objeto de uma profunda remodelação no conjunto dessas mesmas exigências.

Por razões de economia, essa é uma análise que se cingirá à Lei nº 31/2009, que é o diploma legislativo geral, não sendo necessário apreciar

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

normas especiais que porventura aqui se apliquem, sem ainda esquecer o papel da Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro.

III. *O outro núcleo subtemático a analisar exigirá uma apreciação atenta desse regime com aquilo que se encontra estabelecido na Constituição Portuguesa, a fim de se saber se o mesmo pode almejar ter sucesso no teste da respetiva constitucionalidade.*

Decerto que a Constituição da República Portuguesa (CRP) não deixará de orientar o poder legislativo na fixação de requisitos profissionais que sejam equilibrados à luz não apenas dos direitos fundamentais como dos princípios constitucionais aplicáveis.

Quer isto dizer que cumpre convocar para determinar a resposta ao tal exame de constitucionalidade tanto a "Constituição Principiológica" – que insufla toda ordem jurídico-constitucional – como a "Constituição Social" - que organiza os critérios fundamentais de defesa dos cidadãos contra o exercício do poder público, não sendo o poder legislativo ordinário qualquer exceção

2. A sequência das questões

I. A apresentação do tema do presente Parecer aconselha ao desenvolvimento de dois registos distintos, mas entre si muito interligados:

- a averiguação do novo regime da qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos, pela fiscalização de obra e pela direção de obra, muito especialmente o regime transitório dedicado aos agentes técnicos de arquitetura e de engenharia, constante dos artigos 25º, 26º e 27º da Lei nº 31/2009; e

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

- *a discussão da constitucionalidade de tal regime profissional transitório sob o ponto de vista das limitações impostas à atividade futura daqueles técnicos.*

No final do Parecer, em jeito de síntese, enunciaremos as *conclusões* que tivermos alcançado, ordenando-as pelos tópicos que foram entretanto apreciados.

II. No trecho concernente ao regime profissional dos técnicos de construção, importa considerar duas matérias:

- a descrição sintética das novidades constantes da Lei nº 31/2009, que condensa todas essas exigências, além das normas estabelecidas na Portaria nº 1379/2009;

- a explicitação pormenorizada do regime de transitório aplicável aos técnicos de arquitetura e de engenharia.

III. No texto alusivo à discussão da constitucionalidade do novo regime profissional quando aplicado aos técnicos de arquitetura e engenharia, cumpre frisar a preponderância de duas dimensões:

- *a dimensão da violação da liberdade de exercício de profissão*, consagrada no art. 47º da CRP; e

- *a dimensão da violação do princípio da proteção da confiança, ínsito do princípio do Estado de Direito*, genericamente formulado no art. 2º da CRP.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

IV. Deste modo, o presente Parecer apresenta a seguinte sequência de partes integrantes, cada uma delas esclarecendo os pontos que foram colocados na Consulta:

- **Parte I**: de definição temática do parecer e de justificação das diversas questões a analisar;

- **Parte II**: de apresentação das implicações da Lei nº 31/2009, de 3 de julho, no exercício da profissão de técnico de construção;

- **Parte III**: de fundamentação da inconstitucionalidade do regime transitório da Lei nº 31/2009 na perspetiva da violação da liberdade de profissão;

- **Parte IV**: de fundamentação da inconstitucionalidade do regime transitório da Lei nº 31/2009 na perspetiva da violação do princípio da proteção da confiança;

- **Parte V**: de enunciação das Conclusões obtidas ao longo do texto do parecer, dessa forma se sintetizando as opiniões expendidas em cada uma destas partes.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

II
O NOVO REGIME PROFISSIONAL DOS TÉCNICOS DE CONSTRUÇÃO CONSTANTE DA LEI Nº 31/2009, DE 3 DE JULHO

3. A Lei nº 31/2009, de 3 de Julho

I. A nova Lei nº 31/2009, de 3 de Julho, veio estabelecer novas exigências na habilitação profissional no tocante aos técnicos de construção.

Este diploma tem 29 artigos e apresenta a seguinte sistematização:

- Capítulo I – *Disposições gerais*
- Capítulo II – *Qualificações dos técnicos*
  - Secção I – *Equipa de projeto: autores de projeto e coordenador de projeto*
  - Secção II – *Diretor de obra e diretor de fiscalização de obra*
- Capítulo III – *Responsabilidade civil e garantias*
- Capítulo IV – *Disposições finais e transitórias*

II. O conteúdo da Lei nº 31/2009 integra um regime jurídico-normativo que fixa várias novas exigências profissionais: "A elaboração e subscrição de projetos e o exercício das funções de fiscalização de obra e direção de obra

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

apenas podem ser realizadas por técnicos que sejam titulares das habilitações e dos requisitos previstos nesta lei"[1].

O âmbito subjetivo dos destinatários da Lei nº 31/2009, tal como se depreende da sua própria epígrafe e se preceitua na sua disposição inicial, é o daquele regime conter "...a qualificação profissional exigível aos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projetos relativos a operações e obras previstas no artigo seguinte, pela fiscalização e pepa direção de obra pública e particular (...) e os deveres que lhes são, respetivamente, aplicáveis"[2].

III. Mas esse é assumidamente um novo regime geral, que não pretende revogar legislação especial que possa eventualmente estabelecer orientações distintas em certos núcleos profissionais mais restritos.

A vigência deste ato legislativo, paralelamente, determinou a *revogação do anterior regime, consagrado no Decreto nº 73/73, de 28 de Fevereiro*[3], diploma que até à data definia todo o feixe de qualificações e habilitações exigidos ao grupo profissional em causa.

IV. O sentido fundamental deste diploma consiste na imposição de novos requisitos em matéria de qualificações profissionais aos técnicos de construção:

- *elaboração de projetos*: "Os projetos são elaborados e subscritos, nos termos da presente lei, e na área das suas qualificações e especializações, por

[1] Art. 1º, nº 2, da Lei nº 31/2009, de 3 de julho.
[2] Art. 1º, nº 1, da Lei nº 31/2009.
[3] Cfr. o art. 28º da Lei nº 31/2009.

arquitetos, arquitetos paisagistas, engenheiros e engenheiros técnicos, com inscrição válida em associação profissional, sem prejuízo do disposto no artigo 11º"[4];

- *fiscalização de obra*: "A fiscalização de obra é assegurada por arquitetos, arquitetos paisagistas, engenheiros, engenheiros técnicos e agentes técnicos de arquitetura e engenharia com inscrição válida em organismo ou associação profissional, quando obrigatório, bem como por técnico com habilitação válida decorrente de certificado de aptidão profissional (CAP) de nível 4 ou curso de especialização tecnológica (CET) que confira qualificação profissional de nível 4, na área de condução de obra"[5];

- *direção de obra*: "A direção de obra é assegurada por engenheiros, ou engenheiros técnicos, com inscrição válida em associação profissional, tendo em conta as qualificações profissionais a definir nos termos do artigo 27.º, sem prejuízo no disposto no artigo 13.º da presente lei e do disposto no artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho"[6].

- *coordenação de projeto*: "A coordenação do projeto incumbe a arquiteto, arquiteto paisagista, engenheiro ou engenheiro técnico, que seja qualificado para a elaboração de qualquer projeto no tipo de obra em causa, considerando o disposto na presente lei e demais legislação aplicável"[7].

- *autoria de projetos*: "Os projetos relativos às operações e obras previstas no n.º 1 do artigo 2.º da presente lei são elaborados, em equipa de projeto, por

[4] Art. 4º, nº 1, da Lei nº 31/2009.
[5] Art. 4º, nº 3, da Lei nº 31/2009.
[6] Art. 4º, nº 4, da Lei nº 31/2009.
[7] Art. 8º, nº 2, da Lei nº 31/2009.

arquitetos, engenheiros, engenheiros técnicos e, sempre que necessário, arquitetos paisagistas, com qualificação adequada à natureza do projeto em causa, sem prejuízo de outros técnicos a quem seja reconhecida, por lei especial, habilitação para elaborar projetos[8]";

- *diretor de obra*: "Sem prejuízo do disposto no artigo 42.º do Decreto-Lei n.º 176/98, de 3 de Julho, e desde que observadas as qualificações profissionais específicas a definir nos termos do artigo 27.º, consideram-se qualificados para desempenhar a função de diretor de obra, de acordo com a natureza predominante da obra em causa e por referência ao valor das classes de habilitação do alvará previstas na portaria a que se refere o Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de Janeiro, os engenheiros ou engenheiros técnicos ou os técnicos que, nos termos da referida portaria, e até à classe 2 de habilitações do alvará, sejam admitidos como alternativa àqueles"[9].

4. A Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro

I. Mas a leitura da Lei nº 31/2009 não se afigura suficiente para se perceber integralmente o teor das qualificações e habilitações que passam a ser exigidas na preparação de projetos e na atividade de direção e fiscalização de obras, uma vez que meses depois seria publicada a Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro.

[8] Art. 10º, nº 1, da Lei nº 31/2009.
[9] Art. 13º da Lei nº 31/2009.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Trata-se de um regulamento governamental com 21 artigos e com a seguinte sistematização:

- Capítulo I – *Introdução*
- Capítulo II – *Projetos*
  - Secção I – *Elaboração e subscrição de projetos*
  - Secção II – *Arquitetura e paisagismo*
  - Secção III – *Engenharia*
- Capítulo III – *Direção de obra*
  - Secção I – *Classificação*
  - Secção II – *Edifícios*
  - Secção III – *Outras obras*
- Capítulo IV – *Fiscalização de obra*
  - Secção I – *Classificação*
  - Secção II – *Edifícios*
  - Secção III – *Outras obras*
- Capítulo V – *Disposições finais*

II. O propósito fundamental da Portaria nº 1379/2009 é o do estabelecimento de numerosas disposições destinadas a densificar as qualificações gerais estabelecidas na Lei nº 31/2009, quando não mesmo a acrescentar novos requisitos que não foram contemplados por aquele diploma legal.

Como se pode ler no respetivo preâmbulo, "Pela presente portaria é, pois, aprovada a definição das qualificações específicas mínimas adequadas à

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

elaboração de projetos, à direção de obras e à fiscalização de obras, no âmbito dos projetos e obras compreendidos no artigo 2.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, nos termos das definições estabelecidas pelo artigo 3.º deste diploma e com respeito pelas pertinentes disposições do mesmo, nomeadamente as contidas no respetivo artigo 4.º"[10].

III. Quer isto dizer que a Lei nº 31/2009, desenvolvida e aditada pela normação desta Portaria nº 1379/2009, tem dois regimes jurídicos parcialmente distintos, tomando em consideração as exigências próprias da sucessão de leis:

- *o novo regime (legal e regulamentar) aplicável doravante aos profissionais que venham a obter as suas qualificações e habilitações na pendência da vigência da Lei nº 31/2009 e da Portaria nº 1379/2009*; e

- *um regime transitório aplicável aos profissionais existentes à data da vigência desta nova lei que não tenham as novas qualificações e habilitações requeridas.*

IV. Tendo em atenção o facto de a consulta deste parecer se direcionar especificamente para a situação dos técnicos de construção segundo o regime anteriormente existente, importa apresentar mais especificamente as *regras do regime de transição*, tomando por referência o novo regime legal, para depois se observar os termos da fundamentação da sua inconstitucionalidade.

5. O regime transitório aplicável aos profissionais de construção anteriormente habilitados

[10] Parágrafo 3º do preâmbulo da Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro.

I. Tema diretamente relevante para o presente parecer é o do regime aplicável àqueles que, já sendo técnicos de construção habilitados ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 31/2009, veem agora a sua situação jurídica acentuadamente degradada em duas perspetivas:

- por um lado, pela possibilidade de exercer essa profissão durante o período transitório, muito curto, que foi estabelecido;

- por outro lado, pela necessidade de entretanto obterem novas qualificações e competências para poderem manter a mesma profissão após findo o período transitório.

II. O cerne do regime transitório em apreciação está fixado nos artigos 25º e 26 da Lei nº 31/2009, com dois prazos distintos:

- *num primeiro prazo de cinco anos*, os técnicos podem elaborar projetos, desde que o tenham feito nos cinco anos anteriores[11], só podendo intervir após esgotado este período de cinco anos em projetos de alteração de projetos em que tenham participado[12], o mesmo regime se aplicando à função de diretor de fiscalização em obra pública e particular[13];

- *num prazo de dois anos*, "O exercício de funções de elaboração de projeto e de fiscalização de obra, em sede de contratação pública ou de atuação em obra pública, pode também ser desempenhado pelos técnicos e pessoas integrados nos quadros do dono da obra pública, que, não reunindo as qualificações

[11] Cfr. o art. 25º, nº 1, da Lei nº 31/2009.
[12] Cfr. o art. 25º, nº 2, da Lei nº 31/2009.
[13] Cfr. o art. 25º, nº 3, da Lei nº 31/2009.

previstas na presente lei, demonstrem ter desempenhado, nos últimos dois anos, essas funções, sendo que o prazo transitório de exercício dessas funções é de dois anos, contados da data de entrada em vigor da presente lei"[14].

III. Findo o período transitório, a Lei nº 31/2009 é terminante na proibição do exercício da profissão, a não ser que os anteriores técnicos tenham obtido as qualificações requeridas:

> "Após o decurso do período transitório, os técnicos referidos nos números anteriores podem ainda prosseguir a sua atividade, nos dois anos seguintes, desde que façam prova, mediante certidão emitida pela instituição de ensino superior em que se encontram matriculados, de que completaram, até ao final daquele período, pelo menos, 180 créditos ou 3 anos curriculares de trabalho"[15].

[14] Art. 26º, nº 1, da Lei nº 31/2009.
[15] Art. 25º, nº 4, da Lei nº 31/2009.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

III
A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO REGIME TRANSITÓRIO POR VIOLAÇÃO DA LIBERDADE DE PROFISSÃO

6. Razão de ordem

I. A fundamentação da inconstitucionalidade do regime transitório da Lei nº 31/2009 por violação da liberdade de profissão implica que previamente se explicite o sentido fundamental que os direitos fundamentais ocupam no Direito Constitucional como estalão supremo da Ordem Jurídica.

É assim que se justifica uma rápida digressão pelo sistema português de direitos fundamentais, para depois no mesmo a liberdade de profissão ser devidamente inserida como tipo de direito, liberdade e garantia, a partir do regime reforçado que está destinado a esta classe de direitos fundamentais, no qual sobressai com interesse para o nosso estudo o específico regime da restrição de direitos, liberdades e garantias.

II. Apresentando sumariamente esse percurso, importa ver separadamente os seguintes aspetos:

- a importância dos direitos fundamentais como categoria jurídico-constitucional, considerando conceito, classificações, definição material, fonte normativo-constitucional e respetiva formalização;

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

- a centralidade da distinção entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais, tomando por referência o regime particularmente protetor a que se submetem os direitos, liberdades e garantias, realçando-se o regime restritivo das restrições legislativas aos mesmos;

- a explicitação do conteúdo normativo da liberdade de profissão e os termos da sua violação por parte do regime transitório fixado na Lei nº 31/2009 e na Portaria nº 1379/2009, partindo do pressuposto de que está aqui em causa um direito, liberdade e garantia pessoal.

7. A configuração conceptual dos direitos fundamentais

I. O *conceito de direitos fundamentais* implicou que ao Direito Constitucional, como cume da Ordem Jurídica Nacional, se entregasse a incumbência singular de proteção da pessoa humana[16].

Assim, *os direitos fundamentais são as posições jurídicas ativas das pessoas integradas no Estado-Sociedade, exercidas por contraposição ao Estado-Poder, positivadas no texto constitucional*, daqui se descortinando três elementos constitutivos:

- *um elemento subjetivo*: as pessoas integradas no Estado-Sociedade, os titulares dos direitos, que podem ser exercidos em contraponto ao Estado-Poder;

[16] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, II, 4ª ed., Coimbra, 2011, pp. 1031 e ss.

- *um elemento objetivo*: a cobertura de um conjunto de vantagens inerentes aos objetos e aos conteúdos protegidos por cada direito fundamental;
- *um elemento formal*: a consagração dessas posições de vantagem ao nível da Constituição, o estalão supremo do Ordenamento Jurídico.

II. O *elemento subjetivo* prende-se com as pessoas jurídicas a quem os direitos fundamentais respeitam, no contexto da titularidade dos mesmos, sendo certo que são posições subjetivas insuscetíveis de titularidade por parte de todo e qualquer indiferenciado sujeito jurídico.

A fronteira que se deve estabelecer – e que também dá a necessária consistência aos direitos fundamentais no Estado Constitucional – repousa no facto de os direitos fundamentais ganharem sentido a benefício de quem pretende enfrentar o poder estadual, ou qualquer outro poder público.

Os direitos fundamentais, na sua génese, evolução e função, não se explicam senão num contexto dicotómico entre o Poder e a Sociedade, devendo por isso somente ser titulados por pessoas que se integram na Sociedade e que em relação ao Poder se possam contrapor.

Assim sendo, é de afastar os direitos fundamentais que estejam na titularidade das estruturas dotadas de poder público, não fazendo sentido que entre estas se exerçam espaços de autonomia, já que não se vê como seja logicamente possível que alguém no poder se defenda do próprio poder.

III. O *elemento objetivo* explicita a existência de vantagens, patrimoniais e não patrimoniais, em favor do titular dos direitos fundamentais, inscrevendo-se num conjunto das situações jurídicas ativas porque portadoras de benefícios.

Não é possível ser mais rigoroso, numa ótica juscivilística, a respeito do recorte dessas situações de vantagem: elas são de muitas diversas índoles, não tendo necessariamente de respeitar o conceito específico de direito subjetivo, podendo oferecer outros contornos.

Os efeitos jurídicos que traduzem a situação de vantagem projetam-se sobre as realidades materiais que afetam, em favor do titular do direito, bens jurídicos que se tornam, por essa via, constitucionalmente relevantes.

A apreciação do objeto dos direitos fundamentais permite individualizar diferentes conceções, desde prestações a outros tipos de vantagens atribuídas ao titular do direito fundamental.

IV. O *elemento formal* dá-nos conta da necessidade de os direitos fundamentais se consagrarem no nível máximo da Ordem Jurídico-Estadual Positiva, que é o nível jurídico-constitucional.

A Ordem Jurídica não dispõe de um só nível e, pelo contrário, espraia-se por diversos patamares, em correspondência à importância das matérias versadas, mas também de harmonia com a lógica funcional das autoridades que as produzem.

Os direitos fundamentais, neste contexto, vêm a ocupar a posição cimeira da pirâmide da Ordem Jurídico-Estadual, em obediência, de resto, ao respetivo conteúdo no seio dos valores que o Direito Constitucional transporta.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

8. Classificações dos direitos fundamentais

I. Os direitos fundamentais podem ser igualmente perspetivados segundo diversas *classificações*, em aplicação de outros tantos critérios, sendo de dissociar os seguintes grupos classificatórios[17]:

- as *classificações subjetivas*;
- as *classificações materiais*;
- as *classificações formais*; e
- as *classificações regimentais*.

II. As *classificações subjetivas* dizem respeito ao modo como os direitos fundamentais se relacionam com os respetivos titulares, variando em razão da sua contextura:

- *os direitos fundamentais individuais e os direitos fundamentais institucionais*, consoante os direitos sejam titulados por pessoas físicas e por pessoas coletivas, ainda podendo dar-se o caso de direitos fundamentais simultaneamente individuais e institucionais;
- *os direitos fundamentais comuns e os direitos fundamentais particulares*, consoante os direitos sejam pertinentes a todas as pessoas ou

[17] Realçando algumas classificações de direitos fundamentais, Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*, Braga, 1979, pp. 170 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, IV, 4ª ed., Coimbra, 2008, pp. 77 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, 2003, pp. 393 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, 2009, pp. 172 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 1033 e ss.

respeitem a certas categorias de sujeitos, em função de várias situações, como a cidadania.

III. As *classificações materiais* implicam a consideração dos seus objeto e conteúdo, sendo de dividir entre as seguintes modalidades:

- *os direitos fundamentais gerais e os direitos fundamentais especiais*, consoante a possibilidade de os mesmos se mostrarem pertinentes em qualquer circunstância da vida, sendo de certa sorte "direitos permanentes ou constantes" de cada pessoa, ou no caso de serem pertinentes em situações limitadas ou mesmo pontuais, direitos que nem sempre são automaticamente inerentes à pessoa humana, variando conforme múltiplos critérios de idade, condição corporal ou inserção social;
- *os direitos fundamentais pessoais, os direitos fundamentais políticos, os direitos fundamentais laborais e os direitos fundamentais sociais*, consoante o âmbito de vida relevante, em nome de valores pessoais, de trabalho, de participação política ou de inserção na sociedade.

IV. As *classificações formais* relacionam-se com traços que peculiarmente definem os direitos fundamentais no tocante à sua estrutura formal, sendo de destrinçar entre:

- *os direitos, as liberdades e as garantias*, conforme as posições subjetivas tenham a estrutura de direito subjetivo, correspondam ao aproveitamento de um espaço de autonomia ou surjam

equacionadas num contexto de proteção de outro direito fundamental principal, mostrando-se acessoriamente ligados aos mesmos;

- o *status negativus* (liberdades negativas), o *status activus* (liberdades positivas), o *status positivus* (direitos a prestações) e o *status activae processualis* (direitos procedimentais), classificação celebrizada por GEORG JELLINEK e que dá conta da relação da pessoa com o Estado e com o tipo de exigência que ao mesmo se impõe.

V. As *classificações regimentais* procedem à separação das categorias de direitos fundamentais pela aplicação de diversas regras do respetivo regime, sendo de distinguir, entre dois grupos que cortam simetricamente o respetivo universo:

- *os direitos, liberdades e garantias*, com um regime reforçado; e
- *os direitos económicos, sociais e culturais*, com um regime enfraquecido.

Em contrapartida, não parece que faça sentido apreciar os direitos fundamentais em função da sua pertença ou não à Constituição, uma vez que lhes é fundamental a sua inserção constitucional e, assim sendo, ficando dotados de força constitucional.

9. A conceção pluralista dos direitos fundamentais

I. Numa *lógica material*, coloca-se o problema de saber qual *o critério unificador dos direitos fundamentais, assim se encontrando a chave que permita identificar um*

denominador comum dentro de toda uma variedade de posições jurídicas, válido como critério hermenêutico, mas igualmente válido como critério legiferante[18].

Este é um problema que não suscita peculiares dúvidas no plano da Teoria do Direito Constitucional, sendo certo que aí é possível acomodar um conceito de direito fundamental que se apresente minimamente adaptável à evolução de dois séculos de Constitucionalismo, em que muito aconteceu e muito se diversificou, bastando pensar nas gerações de direitos fundamentais que se foram sucedendo.

Mas já no plano da Dogmática do Direito Constitucional se levanta um problema adicional, que é o de, perante um dado texto constitucional, se visualizar um conceito comum e, sobretudo, explicativo de todos os tipos de direitos fundamentais que se possam apresentar.

É assim que surge a ideia de que o texto constitucional não chamou "direitos fundamentais" a quaisquer posições subjetivas de um modo arbitrário, antes o determinou com base num critério racional, que explica as escolhas feitas e justifica outras que não foram feitas.

A relevância deste problema igualmente se coloca no plano da extensão do catálogo de direitos fundamentais, sendo certo que o texto constitucional português obedece a mecanismos de abertura que se fundam nesse mesmo critério.

II. Este não é, porém, um tema de agora e tem-se desenvolvido ao sabor do aparecimento de teorias que se vão afirmando explicativas das tipologias de

[18] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual*..., II, pp. 1049 e ss.

direitos fundamentais, paralelamente ao ritmo das gerações que se foram cumulando.

O Constitucionalismo Liberal fez vingar a *teoria liberal*, caracterizada pelos direitos de liberdade e pelas liberdades públicas, todos dominados por uma ideia de abstenção do Estado em relação à Sociedade e à Economia, e todos radicados, no plano da fundamentação do Estado e do Poder, numa conceção jusnaturalista, eivada do espírito do jusracionalismo e do contratualismo da Ilustração do século XVIII, com as necessárias consequências da universalidade, inalienabilidade e imprescritibilidade dos direitos fundamentais[19].

Com o século XX, as teorias densificadoras dos direitos fundamentais multiplicaram-se, em resultado da diversificação dos problemas postos à governação, avançando também algumas conceções positivistas[20]:

- a *teoria socialista*, bem plasmada nos sistemas constitucionais de inspiração soviética, em que os direitos fundamentais, de cunho social e económico, se colocavam ao serviço de uma ideologia única e de uma ditadura coletivista de extrema esquerda;
- a *teoria fascista*, constante dos sistemas constitucionais fascistas, em que os direitos fundamentais assumiam uma relevância social-corporativa, indexados ao Estado segundo uma conceção organicista do poder político, com ausência de pluralismo

[19] Cfr. Reinhold Zippelius, *Teoria Geral do Estado*, 3ª ed., Lisboa, 1997, pp. 436 e 437.
[20] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Manual*..., II, pp. 1050 e 1051.

político, ainda que se consagrando direitos de natureza económica e social;

- a *teoria social*, em direta decorrência da Questão Social e do intervencionismo económico e social, defendendo a existência de direitos sociais, num contexto de sistema político democrático pluralista e de economia de mercado, se bem que socialmente limitado por diversos mecanismos de intervenção pública;
- a *teoria democrática*, fundada numa certa obsessão, na Alemanha do pós-guerra, com a preservação, por dentro, da democracia política, depois do trauma que o regime nacional-socialista infligiu na sociedade alemã.

III. Olhando para a CRP, o único índice que podemos encontrar é o reconhecimento da necessidade de um conceito material de direito fundamental, pois que é através dele que podemos operacionalizar a abertura do sistema constitucional de direitos fundamentais.

Simetricamente, o inverso tem razão de ser, ainda que se admita ter poucas consequências práticas: haver direitos fundamentais como tal qualificados pelo texto constitucional, mas que não possam adequar-se ao critério material que procede à respetiva definição.

Só que em vão o texto constitucional fornece a substanciação de tal critério, pelo que só resta lá chegar através da análise, nem sempre muito elucidativa, de diversos índices presentes, essencialmente a partir dos princípios

constitucionais, de entre eles os princípios da dignidade da pessoa humana e da Estado Democrático e Social.

IV. A indicação, por parte do texto constitucional, de uma categoria de direitos fundamentais pressupõe que a primeira opção se exerça no *conceito de direito fundamental* que cobre essa classe.

Assim se estabelece uma *summa divisio* com o restante grupo de figuras e instituições afins, abrangidas no articulado constitucional impregnado de direitos fundamentais[21].

Isso só se obterá, porém, através da respetiva formulação, podendo chegar-se ao resultado fornecido pelo conceito de direito fundamental, nos seus três elementos:

i) o *elemento subjetivo* – implicando a subjetivação nas pessoas e não segundo normas organizatórias e objetivas, pessoas essas integradas no Estado-Comunidade, por contraposição ao Estado-Poder, que atua através dos seus agentes e titulares de órgãos;

ii) o *elemento material* – retratando uma vantagem, não uma obrigação ou dever, relacionada com um valor ou um bem que se afigura constitucionalmente protegido;

---

[21] Sobre o conceito de direito fundamental em geral, v. João de Castro Mendes, *Direitos, liberdades e garantias – alguns aspetos*, in AAVV, *Estudos sobre a Constituição*, I, Lisboa, 1977, pp. 101 e 102; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 7 e ss. e pp. 48 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, Lisboa, 1995, pp. 113 e ss., e *Manual...*, II, pp. 1031 e ss.; Vitalino Canas, *Relação jurídico-pública*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, p. 226; Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 9ª ed., Porto Alegre, 2007, pp. 33 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 107 e ss.

iii) um *elemento formal* – ancorando essa posição no Direito Constitucional, com as características de supremacia e rigidez que definitivamente o individualizem no seio da Ordem Jurídica[22].

V. Dele se crê que devam ficar excluídas, regra geral, as *garantias fundamentais*, assim como todas as restantes figuras afins dos direitos fundamentais, numa tarefa que, no entanto, não se revela de grande precisão e, ao invés, sendo bem árdua.

Há desde logo preceitos que nem sequer corporizam quaisquer posições subjetivas. São preceitos que contêm princípios objetivos ou normas dirigidas ao Estado, impondo-lhe deveres relacionados com o cumprimento dos direitos fundamentais conexos.

Há também preceitos que, embora consagrem posições subjetivas, não preenchem o conceito constitucionalmente relevante de direito fundamental: apesar de raras, são situações em que o legislador constitucionalizou posições subjetivas que não respeitam os restantes elementos constitutivos do conceito de direito fundamental.

Contudo, importa anotar com uma exceção: na medida em que, no texto constitucional, nos deparamos com inúmeras categorias de garantias jurídicas, parece que podem ser pertinentes ao universo dos direitos fundamentais aquelas que se submetam a uma *função subjetivante*, isto é, as que cumpram uma missão adjuvante na proteção de um direito subjetivo fundamental, numa relação de acessoriedade em relação aos mesmos.

---

[22] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 113.

Em termos gerais, são as garantias diretamente vinculadas aos direitos fundamentais, bem como as institucionais que se afirmem numa relação de acessoriedade relativamente a estes, relação que permite, do mesmo modo, proteger um conjunto de bens jurídicos essenciais.

VI. Da nossa parte, *importa preliminarmente reconhecer que hoje – na CRP como em qualquer texto constitucional – nenhuma teoria pode ter a pretensão de explicar, como deve ser, a totalidade de um sistema de direitos fundamentais.*

A multiplicidade dos aspetos subjacentes aos vários tipos desses direitos é de tal ordem que não permite qualquer esforço de unificação, isso bem se compreendendo pela evolução que os direitos fundamentais tiveram desde o século XIX[23].

Mais importante do que esclarecer se certas teorias tiveram ou não acolhimento constitucional, é encontrar a conceção própria de cada texto e não impor-lhe construções importadas de caráter manifestamente espúrio[24].

A nossa posição propende para considerar um *critério misto*, a *quatro tempos*, aparecendo como os dois elementos dominantes as *teorias liberal e social*, com um maior número de direitos fundamentais que se podem testar sob as respetivas óticas e, em plano lateral, as *teorias democrática e marxista*[25], estas presentes em alguns, poucos, direitos fundamentais mais sectorizados.

De um modo geral, os direitos fundamentais em Timor-Leste refletem vários equilíbrios e estão nitidamente filiados na herança cultural ocidental em

---

[23] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 407.
[24] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, p. 408.
[25] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 408 e ss.

matéria de direitos fundamentais, com o apelo conjunto àquelas diversas teorias[26].

São escassas as inovações que o texto constitucional timorense introduziu neste domínio, avultando os principais temas que têm caraterizado, no século XX, os textos constitucionais que se alinham, numa aceção mista, nas correntes do Estado Social de Direito.

10. As fontes normativas dos direitos fundamentais

I. Numa *lógica formal*, a proteção dos direitos fundamentais coloca o problema da sua *força jurídica* na constelação geral dos direitos subjetivos públicos.

Se são direitos fundamentais, de acordo com o conceito que os substancia, isso quer dizer que tais posições jurídicas oferecem uma relação singular com o texto constitucional: *uma relação de inserção na Constituição que estrutura cada Estado.*

Os direitos fundamentais ostentam, deste modo, *uma força jurídica constitucional*, que lhes é dada pelo caráter constitucional das fontes normativas que os consagram: na verdade, estamos perante posições jurídicas *ex lege*, porquanto derivam do Ordenamento Jurídico Objetivo.

O sentido profundo desta constitucionalização afere-se por um estatuto formalmente constitucional constante do articulado da CRP.

---

[26] Sobre as várias teorias acerca da fundamentação dos direitos fundamentais, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Ensinar Direito Constitucional*, Coimbra, 2003, pp. 417 e ss., e *Manual...*, II, pp. 1050 e 1051.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Macroscopicamente pensando, o sistema constitucional de direitos fundamentais realizou uma boa opção pela sua intensa constitucionalização ao nível do texto da CRP, este reservando-lhe uma parte específica, ainda que não se contestando a hipotética presença de mais direitos fundamentais noutras áreas do articulado constitucional.

II. Essa observação, no que respeita à posição normativa dos direitos fundamentais, não teria a mínima relevância se a Ordem Jurídica fosse constituída por um único estalão.

A verdade é que não o é. E até se têm multiplicado, por diversas razões, os níveis de diferenciação entre grupos de fontes e de normas dentro de uma Ordem Jurídica.

Ora, é aí que o nível constitucional se posiciona de um modo extremamente relevante por representar a cúpula do sistema jurídico, acima da qual não se reconhece a validade de qualquer outra fonte normativa de Direito Positivo.

Cabe à Constituição – e às fontes constitucionais em geral – este papel fundacional do sistema jurídico, aí se determinando as grandes diretrizes da respetiva estruturação, devendo as fontes que as contrariam ser fulminadas de inconstitucionalidade e, em decorrência disso, invalidadas.

III. O caráter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem proeminentemente localizados dentro do Ordenamento Jurídico,

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

comungando das características próprias das normas e dos princípios de natureza constitucional.

E qual é a importância deste facto? Ela é concernente a dois aspetos:

- *a supremacia hierárquica*;
- *a rigidez constitucional*.

A *supremacia hierárquica* implica que nenhuma outra norma ou princípio, que não tenha a mesma qualidade, possa contradizer o sentido normativo que deles se extrai.

A *rigidez constitucional* representa a circunstância de a respetiva alteração obedecer a mecanismos que tornam essa operação mais difícil, por força da existência de diversos limites à revisão constitucional.

O resultado mais visível desta colocação suprema no sistema jurídico liga-se ao caráter "couraçado" que passa a acompanhar os direitos fundamentais, conceptualmente sempre direitos constitucionais: a da inconstitucionalidade das normas e dos princípios que os ofendem.

Isso tem a consequência prática de poderem ser postos em ação diversos mecanismos com o fito de destruir essas normas e esses princípios, violadores dos direitos fundamentais, assim melhor se preservando essa parte da Ordem Constitucional.

IV. O facto de os direitos fundamentais, relativamente à sua fonte normativa, forçosamente se alcandorarem a uma posição normativo-constitucional cimeira não acarreta a impossibilidade de se estabelecer a sua

comunicação com outros estratos do sistema jurídico, sendo certo que este se apresenta multinivelado nos seus escalões hierárquicos.

É assim que muitas vezes os textos constitucionais aceitam a contribuição de outros planos do Ordenamento Jurídico – as leis ordinárias e as fontes internacionais – para completarem o elenco constitucional dos direitos fundamentais.

Estamos perante *um mecanismo de abertura dos direitos fundamentais que são positivados na Constituição aos outros níveis*, os quais podem ser relevantes no aparecimento de novas posições jurídicas com a mesma importância, ou até para completarem determinada configuração constitucional já alcançada por certo direito fundamental[27].

Esta *cláusula de abertura* do catálogo constitucional de direitos fundamentais pode, deste modo, assumir duas funções em relação a determinado subsistema constitucional de direitos fundamentais:

- de *integração* – na medida em que por essa cláusula podem chegar ao texto constitucional direitos fundamentais novos ou esquecidos no momento da expressão da vontade constituinte, assim se logrando obter o seu reconhecimento;

[27] Sobre este mecanismo de abertura, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss., e *Manual...*, II, pp. 1061 e ss.; Paulo Otero, *Direitos históricos e não tipicidade pretérita dos direitos fundamentais*, in AAVV, *75 Anos da Coimbra Editora*, Coimbra, 1998, pp. 1061 e ss.; Pedro Delgado Alves, *A cláusula aberta de direitos fundamentais e os limites materiais de revisão constitucional*, in AAVV, *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, III, Lisboa, 2006, pp. 627 e ss.; Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 162 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 73 e ss.

- de *aperfeiçoamento* – porquanto outras fontes podem apresentar contornos mais precisos dos direitos e frisar a existência de novas faculdades, até certo momento desconhecidas ou desconsideradas[28].

Aqui deparamos com um fenómeno de *receção constitucional*, através do qual se torna possível dar força constitucional a certas normas – as fontes dos direitos fundamentais – que até então apenas ostentavam um estatuto infraconstitucional, com todos os benefícios associados a essa constitucionalização[29].

V. É precisamente isso o que se verifica na CRP, a qual aceita que os direitos fundamentais não se reduzam àqueles que beneficiam de uma consagração no articulado constitucional documental porque outros direitos são admitidos, consagrados noutras fontes, os quais, deste modo, se alcandoram num idêntico plano constitucional mais elevado.

Isto é viável graças à presença de uma cláusula de abertura a direitos fundamentais atípicos: "Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de Direito Internacional[30].

---

[28] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 72 e ss.

[29] Defendendo esse estatuto constitucionalizado, Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 313 e ss.

Contra essa consequência da constitucionalização, a meu ver mal e erradamente, Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 168 e 169.

[30] Art. 16º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Em matéria de interpretação, regista-se ainda que a Declaração Universal dos Direitos do Homem serve de diapasão interpretativo comum[31], o que assume uma grande relevância na conformidade de tais direitos por alusão a um texto internacional – como é aquela Declaração Universal – simbolicamente muito representativo e que foi sobretudo precursor na consagração de novos direitos fundamentais, a partir de uma ótica internacionalista.

11. A consagração tipológica dos direitos fundamentais

I. O caráter constitucional dos direitos fundamentais, não obstante ser extremamente importante na consolidação da sua eficácia protetora, não é totalmente suficiente, dado que importa atender a outra nota que foi dando o tom à positivação dos direitos fundamentais desde que viram a luz do dia no Constitucionalismo Liberal[32]: o facto de os direitos fundamentais, logo bem desde o seu início, se terem apresentado segundo uma *técnica de tipificação na respetiva declaração formal dentro dos textos constitucionais*[33].

Ao lado da sua força normativo-constitucional, acrescenta-se outro traço, que é o do seu *matiz tipológico*, o que se diferencia bem na Metodologia do Direito como via específica de pensar e de formular os comandos normativos.

---

[31] Cfr. o art. 16º, nº 2, da CRP.

[32] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A afirmação dos direitos fundamentais no Estado Constitucional Contemporâneo*, in AAVV, *Direitos Humanos*, Coimbra, 2003, pp. 65 e ss.

[33] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 56 e ss.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

II. *A primeira dimensão do sentido tipológico dos direitos fundamentais* – os quais se mostram, por esta razão, verdadeiros tipos jurídicos – *reside na consequência de a respetiva formulação ser mais concisa do que seria se o texto constitucional recorresse apenas a conceitos gerais e classificatórios.*

Os direitos fundamentais não são, pois, consagrados por recurso a conceitos, que pudessem abranger amplamente uma dada realidade a submeter aos efeitos do Direito – são, antes, agrupados em realidades menos amplas, em torno, deste modo, de tipos jurídicos, por cujo intermédio melhor se capta o pormenor do objeto e do conteúdo de cada direito fundamental considerado.

A grande vantagem do recurso ao método da tipificação – por contraste com o método da conceptualização – consiste numa menor abstração, que traz consigo uma maior capacidade de retratação da realidade concreta a que respeita cada direito fundamental.

III. *Outra dimensão presente na tipificação dos direitos fundamentais nos textos constitucionais é concernente ao valor que os direitos fundamentais devem possuir se vistos no conjunto das tipologias que entre si formam.* É que a sua eficácia fica acrescida se se mostrarem plurais, apresentando-se em círculos que, como pudemos observar, se têm vindo a alargar.

O mais relevante desse valor coletivo dos direitos fundamentais, se observados como tipos jurídicos contextualizados em tipologias jurídicas, é porém a possibilidade de estas não serem tipologias fechadas e serem, ao invés, *abertas ou exemplificativas.*

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Nunca em cada momento os direitos fundamentais positivados num dado texto constitucional são únicos, havendo a possibilidade de recorrer ao conceito geral subjacente, para formular outros direitos fundamentais, assim denominados *direitos fundamentais atípicos*[34].

IV. Qualquer uma destas duas dimensões inerentes ao sentido tipológico dos direitos fundamentais se encontra em muitos dos textos constitucionais, do século XIX e do século XX.

Se analisarmos os textos constitucionais, no que toca à primeira dimensão, facilmente reparamos que há a preocupação de apresentar os direitos fundamentais através de um número razoável de tipos – e até com uma lógica mais ou menos diversificada em razão dos respetivos objetos e conteúdos específicos, cada um deles substanciando a construção de um ou de alguns dos tipos de direitos fundamentais consagrados.

O mesmo se pode dizer, embora talvez sem a mesma importância, de alguns textos constitucionais em matéria de abertura a outros direitos fundamentais – os direitos fundamentais atípicos – que não obtiveram uma consagração tipificada nos catálogos constitucionais, mas que por este mecanismo são detetados e invocados.

12. Os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais

[34] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 39 e ss.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

I. O tópico mais importante a analisar no sistema constitucional de direitos fundamentais alude à *intensidade* com que os direitos fundamentais são consagrados no texto constitucional.

A despeito do seu idêntico caráter constitucional, os direitos fundamentais não têm sempre a mesma intensidade normativa e é possível vislumbrar diferentes alcances no modo como os respetivos conteúdo e objeto condicionam os destinatários, públicos e privados, ou irradiam para o restante Ordenamento Jurídico e, por consequência, chegam à realidade constitucional.

Esta é uma dicotomia fundamental que, no plano constitucional, costuma ser referida pela existência conjunta dos *direitos, liberdades e garantias* e dos *direitos económicos, sociais e culturais*, embora não se afigure fácil descortinar a distinção rigorosa entre esses dois grupos de direitos fundamentais.

II. Em grande medida a arrumação sistemática que consta da CRP facilita a compreensão desse dualismo, dado que dentro da sua Parte I – dedicada aos "Direitos Fundamentais" – se opera a diferenciação entre o Título II (sobre "Direitos, liberdades e garantias) e o Título III (sobre Direitos e deveres económicos, sociais e culturais).

Ainda assim, nem todas as questões podem ficar resolvidas porque pode algum tipo de direito fundamental ter ficado situado num lugar correspondente a outra categoria classificatória de direito fundamental, o que até nem sequer se pode excluir por via de um resultado interpretativo.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

III. Daí que a leitura do texto constitucional não nos possa iludir quanto a uma resposta assim tão simplista, que está longe de corresponder à verdade, que é bem mais complexa.

O que a CRP faz, quanto à tipologia de direitos fundamentais que apresenta nos preceitos compreendidos no mencionado título II, é somente fornecer ao intérprete um *critério qualificativo*, segundo o qual considera que tudo o que se encontra nesse conjunto de artigos corresponde a tipos de direitos fundamentais pertencentes à espécie "direitos, liberdades e garantias".

Mas nunca se poderia cair no formalismo de pensar que a CRP, ao referir-se a direitos, liberdades e garantias, estaria certeiramente a agrupar todos os tipos de direitos fundamentais regulados nos preceitos constitucionais que nessa parcela do articulado constitucional se compreendem.

IV. O nosso pensamento tende a considerar que os direitos, liberdades e garantias se definem em razão da *norma atributiva dos mesmos, enquanto categoria mais restrita do que os direitos fundamentais em geral: são as posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas precetivas*[35].

Inversamente, as normas constitucionais que consagram os direitos económicos, sociais e culturais têm natureza programática, oferecendo uma menor vinculatividade em relação à força inerente às normas precetivas[36].

---

[35] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 437 e 438, *Objeção de consciência (direito fundamental à)*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 186, e *A irretroatividade da norma fiscal na Constituição Portuguesa*, in *Ciência e Técnica Fiscal*, nº 387, Lisboa, julho-setembro de 1997, p. 84.

[36] Para uma distinção entre normas precetivas e normas programáticas, v. Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pp. 73, 173 e 174, e *A*

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Numa palavra: *o critério de separação entre estes dois grupos de direitos fundamentais é normativo-formal*, não parecendo que os outros critérios forneçam condições operativas para levar por diante a sua missão porque o regime construído para os direitos, liberdades e garantias assenta no pressuposto da respetiva eficácia imediata.

V. Esta é uma distinção que depois floresce em múltiplos efeitos de natureza prática, devendo realçar-se a importância de duas matérias mais delicadas na intervenção dos poderes infraconstitucionais, dentro do contexto geral dos regimes que são específicos de cada uma daquelas classes de direitos fundamentais[37]:

- *a intervenção reguladora*; e
- *a intervenção restritiva.*

Em qualquer uma delas, *a força diretiva dos direitos fundamentais que sejam direitos, liberdades e garantias é inevitavelmente mais forte do que aquela que os direitos económicos, sociais e culturais ostentam.*

Constituição de 1976, Lisboa, 1978, pp. 135, 136, 346 e 347; Rogério Ehrhardt Soares, *Direito Público e Sociedade Técnica,* Coimbra, 1969, pp. 29 e 88 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional…*, pp. 96 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra, 1982, pp. 166 e ss., pp. 293 e ss., pp. 313 e ss., e pp. 317 e ss.; Roberto Bin, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1988, pp. 179 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, pp. 50 e 51; Raul Machado Horta, *Estrutura, natureza e expansividade das normas constitucionais*, in *O Direito*, ano 124º, I-II, janeiro-junho de 1992, pp. 89 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, I, 4ª ed., Coimbra, 2011, pp. 726 e ss.

[37] Sobre estas duas diferentes formas de legislativamente intervir nos direitos fundamentais, v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação e limites dos direitos fundamentais*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 2º suplemento, Lisboa, 2001, pp. 450 e ss.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Tanto a regulação quanto a restrição dos direitos, liberdades e garantias, comparativamente ao que sucede com os direitos económicos, sociais e culturais, se afiguram mais limitadas, quer ao nível material, quer ao nível organizatório:

- ao *nível material*, porquanto o caráter precetivo das respetivas normas atributivas apenas consente uma muito limitada restrição, sendo de levar em consideração um dado conjunto de princípios que a regulam – os princípios da prospetividade, da abstração, da generalidade, da proteção do conteúdo essencial e da autorização constitucional expressa;
- ao *nível organizatório*, dado que a intervenção deve ser feita sempre ao mais alto nível dos órgãos que dispõem do primado da competência legislativa, a partir de decisores de tipo parlamentar.

13. O sentido do regime especial dos direitos, liberdades e garantias

I. Para além das regras gerais que definem o regime dos direitos fundamentais, no objetivo de fundamentar a inconstitucionalidade do regime transitório da Lei nº 31/2009 por violação da liberdade de profissão, importa perceber *o regime especial que se aplica aos direitos, liberdades e garantias*[38], vista a

[38] Sobre o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, v. Jorge Miranda, *Manual*..., IV, pp. 311 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos*..., pp. 121 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 439 e 440, e *A irretroatividade da norma fiscal*..., pp. 84 e 85; José Manuel Sérvulo Correia e Jorge Bacelar Gouveia, *A*

importância da diferença que têm em relação aos direitos económicos, sociais e culturais, que se torna real ao nível da distinção de regimes que lhes são aplicáveis.

As dificuldades começam precisamente no que se considera compreendido no âmbito do regime dos direitos, liberdades e garantias, dele não dando o texto constitucional qualquer indicação.

II. O único ponto de referência é o que consta de um dos preceitos iniciais da Parte I da CRP, no qual se afirma que "O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga"[39].

Sabendo-se em que consistem os direitos, liberdades e garantias e os direitos fundamentais de natureza análoga, em grande medida recortadas em função de consequências regimentais, resta definir a amplitude desse regime, para que depois o mesmo possa ser parcelarmente explicitado.

III. A doutrina portuguesa tem alinhado na distinção entre três aceções de regime especial dos direitos, liberdades e garantias:

- *o regime material*, o qual incluiria normas de fundo;

---

inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 351/93, de 7 de Outubro – parecer, in AAVV, *Direito do Ordenamento do Território e Constituição*, Lisboa, 1998, pp. 120 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 437 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 184 e ss.

[39] Art. 17º da CRP.

- *o regime orgânico*, que abrangeria normas relativas à competência legislativa; e
- *o regime de limites materiais de revisão constitucional*, atinente à proteção concedida no seio dessa vicissitude constitucional.

A verdade é que esta não é a nossa posição, perante a inviabilidade de poder fazer uma distinção desta natureza entre três regimes, que não resiste a alguns testes, desde logo o facto de não ser possível distinguir o regime material e o regime organizatório, bastando pensar que nas restrições legislativas aos direitos, liberdades e garantias ambas as vertentes se encontram presentes.

IV. Daí que possamos propor outra arrumação do regime especial dos direitos, liberdades e garantias, de acordo com o seguinte esquema:

- a aplicabilidade;
- a vinculação;
- a restrição;
- a suspensão; e
- a defesa.

14. A restrição infraconstitucional

I. De todos os fenómenos que podem afetar a efetividade dos direitos, liberdades e garantias, é a restrição do seu alcance o que importa referir especificamente.

É certo que a disciplina dos direitos, liberdades e garantias, admitida pelo legislador constitucional, não oferece um panorama suficientemente completo do tipo de intervenção que a CRP houve por bem fazer atribuir à lei infraconstitucional.

Em razão do posicionamento da normação legislativa ordinária, ao lado de um sentido de *regulação*, como vimos, incumbe-lhe também um papel de *restrição*, comprimindo o sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias, numa lógica que pode genericamente valer para todos os direitos fundamentais consagrados[40].

Pensando nisso, a CRP inclui dois preceitos específicos para os direitos, liberdades e garantias, tendo bem presente o velho brocardo latino *Odiosa sunt restringenda*:

- "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"[41];

---

[40] Quanto ao regime das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias, v. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 337 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional...*, pp. 176 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos...*, pp. 133 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 858 e ss., e pp. 1356 e ss., e *Regulação...*, pp. 456 e ss.; Alexandre Sousa Pinheiro, *Restrições aos direitos, liberdades e garantias*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, pp. 281 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 450 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, pp. 279 e ss.

[41] Art. 18°, n° 2, da CRP.

- "As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais"[42].

II. A doutrina portuguesa tem unanimemente equacionado este problema como um fenómeno de restrição de direitos, liberdades e garantias, o qual se define do seguinte modo: *a diminuição do alcance permissivo das normas constitucionais que os garantem, de um modo permanente, em determinadas situações – restrições objetivas – ou para certas categorias de pessoas – restrições subjetivas.*

Partindo da ideia de que os direitos, liberdades e garantias não são ilimitados, ela justifica-se pela conveniência de proteger outros valores igualmente relevantes no plano constitucional. Em todo o caso, a restrição assume uma feição *parcial*, não atingindo a totalidade do direito fundamental alvo do respetivo efeito.

Pensando nos interesses em jogo, a restrição de direitos, liberdades e garantias funda-se na circunstância de os textos constitucionais reconhecerem que não seria possível a vida coletiva se não fossem previstos mecanismos de limitação material dos direitos fundamentais genericamente proclamados, com o intuito primordial de assegurar a própria efetividade da respetiva tipologia no seu conjunto.

---

[42] Art. 18º, nº 3, da CRP.

Essas restrições dos direitos, liberdades e garantias, o que também se pode aplicar à globalidade dos direitos fundamentais, inserem-se, pois, numa tríplice função[43]:

a) *uma função adequadora*;

b) *uma função dirimente*; e

c) *uma função comunitária*.

A *função adequadora* explica-se no seio da acomodação constitucional dos diversos tipos de direitos, liberdades e garantias consagrados. A restrição de um deles serve para permitir que outros direitos se exerçam sem sobreposições, todos assim tendo a maior eficácia possível, segundo um princípio de otimização dos respetivos conteúdo e exercício.

A *função dirimente* tem lugar no contexto específico da colisão entre direitos, liberdades e garantias, a qual representa o exercício conflituante por parte de dois ou mais titulares de direitos contrapostos. A restrição de alguns deles pode servir para evitar a repetição desses conflitos no futuro, resolvendo-os logo no plano da legislação, não sendo necessário recorrer a ulteriores intervenções administrativas ou jurisdicionais.

A *função comunitária* liga-se à conjugação entre os direitos, liberdades e garantias das pessoas e os bens ou interesses coletivos identicamente merecedores de tutela. O exercício de tais direitos, para lá do respeito imposto pelos outros direitos, liberdades e garantias com os quais podem entrar em choque, deve ainda surgir materialmente limitado pelo acatamento de valores comunitários que se lhes impõe de um modo geral. A restrição de direitos,

[43] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção*..., II, pp. 1357 e 1358.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

liberdades e garantias pode ainda ser um instrumento de garantia desses bens, limitando aqueles direitos nas situações em que os mesmos conflituariam com os interesses da coletividade que importa preservar.

III. As considerações que expendemos a propósito dos termos da intervenção legislativa não restritiva nos direitos, liberdades e garantias valem, *mutatis mutandis*, para as intervenções de caráter restritivo. De igual forma se regista a dicotomia, falando em termos gerais, entre a reserva relativa de competência legislativa parlamentar para os direitos, liberdades e garantias e a competência legislativa concorrencial da Assembleia da República e do Governo para os direitos económicos, sociais e culturais.

O legislador constitucional, na atribuição normativa deste poder legal de cariz restritivo dos direitos, liberdades e garantias, perante alguns dos tipos de direitos fundamentais, estipulou a possibilidade de o legislador ordinário efetuar a respetiva restrição, instituindo pontuais mandatos para o efeito.

Foi isso o que aconteceu com vários preceitos constitucionais, de que recordamos alguns[44]:

- o tempo e as condições que a lei determinar na restrição da liberdade física[45];

[44] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação*..., pp. 457 e 458.
[45] Cfr. o art. 27º, nº 3, da CRP.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

- os termos fixados por lei para quebrar a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das telecomunicações e da correspondência[46];
- as incapacidades que a lei geral deve prever para o exercício do direito de sufrágio[47];
- os limites estabelecidos pela lei, tendo em conta o interesse geral, à iniciativa económica[48].

Esta *restrição legal constitucionalmente autorizada para cada direito, liberdade e garantia que se pretenda comprimir* está, aliás, em direta consonância com um dos princípios que se pode extrair do mencionado preceito constitucional que cuida do regime geral, formal e material, a que se submetem as intervenções legais restritivas dos direitos, liberdades e garantias.

Esse princípio vem a ser *o princípio da autorização constitucional expressa*, que resume as preocupações de segurança que o legislador constitucional teve no sentido de evitar a fraude à Constituição e de, por conseguinte, impedir uma intervenção legal restritiva incontrolável.

Duas são, pois, as condições que daqui se inferem: por um lado, a necessidade de o preceito constitucional prever essa intervenção restritiva; por outro lado, a imposição de que essa autorização, para restringir, seja feita a título expresso[49].

---

[46] Cfr. o art. 34°, n^{os}. 2 e 4, da CRP.

[47] Cfr. o art. 49°, n° 1, da CRP.

[48] Cfr. o art. 61°, n° 1, da CRP.

[49] Como explicita J. J. Gomes Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria...*, p. 452), "Esta autorização de restrição expressa tem como objetivo obrigar o legislador a procurar sempre nas normas constitucionais o *fundamento concreto* para o exercício da sua competência de

O problema que tem sido posto na doutrina portuguesa é o de que, do ponto de vista prático, o respeito escrupuloso por aquele princípio bloquearia, de um modo excessivamente gravoso, a intervenção legislativa restritiva, não permitindo assim uma conveniente composição dos contrários e legítimos interesses em jogo.

É por isso que aquele princípio tem sido objeto de "suavização interpretativa", reconhecendo-se a existência de autorizações implícitas de restrição legal para certos direitos fundamentais: isso com base numa análise material de cada direito, liberdade e garantia, sopesando os valores em presença, de uma parte, os da proteção efetiva do direito e, da outra parte, os dos interesses na sua restrição.

Na prática, ao lado de autorizações explícitas específicas para restringir certos tipos de direitos, liberdades e garantias, tem-se admitido a existência de uma cláusula geral de restrição legal sobre todo e qualquer direito, liberdade e garantia, fundada em considerações materiais[50], ancorando-se a mesma na reserva relativa de competência legislativa da Assembleia da República, ao competir-lhe legislar sobre direitos, liberdades e garantias.

IV. As restrições constitucionalmente admissíveis aos direitos, liberdades e garantias – não já em termos organizatórios quanto em termos puramente

---

restrição de direitos, liberdades e garantias, e visa criar *segurança jurídica* nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva".

[50] Cfr. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 332 e 333.

materiais – não se apresentam livres ou em "branco", devendo essas intervenções constringentes mostrar-se materialmente justificadas.

A medida da intervenção restritiva de tipo legal é dada, no quadro do regime que a CRP oferece no tocante às restrições que prevê, por vários princípios fundamentais[51]:

- o princípio da proteção do núcleo essencial;
- o princípio da proporcionalidade;
- o princípio da generalidade;
- o princípio da abstração; e
- o princípio da prospetividade.

Vejamo-los separadamente, embora os dois primeiros com mais detença.

V. O princípio que se afigura mais intenso, mas também sendo aquele de mais difícil densificação, vem a ser *o princípio da proteção do núcleo essencial* dos direitos, liberdades e garantias a restringir.

Trata-se de uma preocupação de natureza material, que pretende evitar o esvaziamento dos direitos restringidos, eventualmente tudo se permitindo em nome do valor, direito ou interesse que pseudo-fundamentasse a restrição em questão. Isso implica que haja sempre um setor irremissível dos direitos, liberdades e garantias cuja visibilidade é a missão primordial deste princípio.

Só que por detrás desta linearidade de raciocínio se esconde, desde logo, a extensão da definição desse núcleo essencial, digladiando-se entre si neste

[51] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação*..., pp. 458 e ss.

ponto as teorias absolutas e as teorias relativas quanto ao recorte do mesmo: aquelas defendendo que existe, abstratamente determinável, um núcleo essencial que nunca é legítimo tolher; estas aceitando diferentes intensidades na delimitação desse núcleo, consoante as circunstâncias do caso concreto e com recurso aos parâmetros ditados pelo princípio da proporcionalidade.

Não se encontrando uma resposta literal no texto constitucional, pensamos que a autonomização deste princípio da proporcionalidade, por um lado, e o facto de o sistema português se fundar no valor integrador da dignidade da pessoa humana, por outro lado, são fortes argumentos que nos impelem para aceitar mais a teoria absoluta e não tanto a teoria relativa[52].

Do ponto de vista da conexão deste princípio enquadrador das restrições dos direitos, liberdades e garantias com os termos da respetiva positivação, suscita-se a dúvida de saber se ele visa a proteção de todo e cada direito, naquilo que se conceba mesmo na sua vertente subjetiva e individual, ou se o mesmo é compatível com uma visão menos exigente, em que se realçam apenas preocupações de caráter geral de equilíbrio do sistema de direitos, liberdades e garantias, ainda que isso possa sacrificar por completo alguns concretos e particulares tipos de direitos.

Neste aspeto, *a letra da CRP parece favorecer a ideia de que está em causa o preceito, preferindo-se um sentido objetivista contra um sentido subjetivista.* Mas é forçoso aceitar que para alguns direitos, de novo particularmente importantes por força

[52] Assim, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 430 e ss.; José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, p. 287.

do princípio da dignidade da pessoa humana, possa prevalecer uma conceção subjetivista[53].

VI. Outro princípio que orienta as opções do legislador que restringe direitos, liberdades e garantias tem que ver com a contenção do exercício desse poder ablativo em função de determinados ditames de ordem racional, segundo as três vertentes que são conhecidas do *princípio da proporcionalidade*, tal como tem sido desenhado na doutrina e na jurisprudência publicista do pós-guerra:

i) a *adequação* da restrição ao fim que se tem em vista;

ii) a *indispensabilidade* da restrição relativamente a esse fim, em comparação com outros instrumentos possíveis de atuação legislativa, de caráter menos agressivo;

iii) a *racionalidade* do teor da restrição imposta em função do balanço entre as vantagens e os custos que derivam da respetiva utilização.

VII. A importância dogmático-regulativa das restrições aos direitos, liberdades e garantias implica ainda o extremo cuidado que o legislador constitucional colocou noutras dimensões da intervenção legislativa sobre tais direitos:

- *o princípio da generalidade*, vedando-se a possibilidade de as respetivas normas visarem pessoas, identificáveis por si mesmo e não por categorias gerais;

[53] Neste sentido, J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 457 e 458.

- *o princípio da abstração*, pelo qual se impede que a estipulação da restrição atinja casos particulares, que se determinam em termos de espaço e de tempo;
- *o princípio da prospetividade*, por intermédio do qual se impede que os efeitos da restrição possam atingir situações da vida que se tenham produzido antes da respetiva entrada em vigor.

VIII. O texto constitucional assume como finalidade expressa das restrições dos direitos, liberdades e garantias a necessidade da salvaguarda dos outros direitos fundamentais[54].

Disso mesmo cura o emblemático preceito constitucional que versa o regime das restrições, afirmando que devem "...as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos"[55].

Essa não deixa de ser, contudo, uma alusão escassa sob a ótica da identificação desses valores em nome dos quais podem ser erguidas as restrições.

Mas é possível fazer a respetiva indiciação, assim se legitimando uma intervenção restritiva pela respetiva invocação, da qual se evidenciam os seguintes:

- a segurança do Estado e a segurança pública;
- a proteção do ambiente e do ordenamento do território;

---

[54] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação*..., pp. 460 e ss.
[55] Art. 18°, n° 2, *in fine*, da CRP.

- vários motivos de bem comum relativos ao consumo, à saúde e à propriedade privada; e
- a dignidade da pessoa humana.

IX. A explicitação dos fundamentos das restrições aos direitos, liberdades e garantias não pode, por fim, desprender-se das considerações de caráter geral que se extraem do primeiro dos princípios constitucionais que animam o Direito Constitucional Português – o *princípio da dignidade da pessoa humana*[56].

É tendo em conta esta sua vital importância que logo o artigo inicial do texto constitucional, não deixando dúvidas quanto à sua pertinência, o enuncia solenemente: "Portugal é uma República soberana, baseada na *dignidade da pessoa humana* e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária"[57].

Para além das múltiplas funções metafísicas e dogmático-positivas que hoje em dia pacificamente se lhe reconhecem, o princípio da dignidade da pessoa humana não somente explica a atribuição de direitos fundamentais aos cidadãos, no confronto que estes vivificam com o Estado-Poder.

Pode igualmente surgir como muito operacional e efetivo na justificação de certas restrições a esses mesmos direitos fundamentais. Isto bem comprova,

---

[56] Quanto à dignidade da pessoa humana na CRP, v. Jorge Bacelar Gouveia, *Os direitos fundamentais atípicos*, pp. 384 e ss., e *O estado de exceção*..., II, pp. 1463 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria*..., pp. 225 e 226; Jorge Miranda, *Manual*..., IV, pp. 180 e ss.

[57] Art. 1º da CRP.

de resto, o transversalismo deste princípio, que emerge como plenamente válido, dados os valores que nele se transportam, sem dependência do tipo de relação que esteja em questão, assim se assumindo objetivamente funcional: serve também para restringir certos direitos fundamentais na parte em que não traduzam diretamente os respetivos ditames.

É possível equacionar o recurso, em termos gerais, a este princípio fundamental do Direito Constitucional Português quando o teor das restrições que se pretendam cominar atinjam o respetivo âmbito de proteção, quer porque o mesmo sobressai na compressão do núcleo essencial do direito fundamental a restringir, quer porque é a sua defesa que legitima certas restrições de outros direitos.

Mesmo que não se lhe reconheça esta função restritiva de caráter geral de um modo expresso, o recurso a este princípio acaba por se afigurar necessário na compreensão da unidade de sentido do sistema constitucional que o mesmo protagoniza.

15. A liberdade de profissão como direito, liberdade e garantia

I. O enquadramento que se fez a respeito do sistema português de direitos fundamentais afigura-se ser um pressuposto fundamental da análise da liberdade de profissão, que está precisamente crise com o regime transitório aprovado pela Lei nº 31/2009.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Este é um direito fundamental consagrado no art. 47°, n° 1, da CRP, localizado no Capítulo II do Título II da Parte I da CRP, com a epígrafe "Direitos, liberdades e garantias pessoais".

A centralidade da formulação constitucional da liberdade de profissão justifica a transcrição da respetiva disposição, que tem como epígrafe "Liberdade de escolha de profissão":

> "Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade"[58].

II. Sendo evidente a qualificação deste tipo de direito fundamental como direito, liberdade e garantia, não apenas pela inserção sistemática como através de critérios de ordem substancial, tem relevância acrescida a densificação do respetivo conteúdo normativo.

Ao contrário do que a literalidade do preceito constitucional possa inculcar, não se trata apenas de impedir a imposição aos cidadãos de uma certa profissão, não lhes dando margem de escolha entre várias profissões possíveis, segundo a sua opção, profissão que se afigura essencial na livre realização da personalidade humana.

São também diretamente protegidos outros âmbitos da liberdade de profissão, como aspetos que se relacionam com o perfil habilitacional de cada profissão, a livre escolha das qualificações exigidas ou o modo de exercício da profissão, onde naturalmente igualmente se projeta a liberdade individual.

---

[58] Art. 47°, n° 1, da CRP.

Rua Carlos de Seixas, n° 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

III. Certamente que esta liberdade de profissão – quer na escolha, quer nas habilitações exigidas – não pode ser concebida sem limites, pelo que o próprio texto constitucional, ao mesmo tempo que formula este direito, liberdade e garantias, cuida de aceitar restrições que se imponham "…pelo interesse coletivo ou inerentes à sua própria capacidade".

Eis uma restrição diretamente formulada pela CRP, embora a efetivar pela via da normação infra-constitucional, que se compreende pela necessidade de haver critérios de qualidade e de igualdade no acesso às profissões, percebendo-se a prevalência de valores gerais em nome dos quais tais limitações se justificam.

Mas tais limitações não deixam de ser restrições – de resto, como tal, assim qualificadas pelo próprio texto constitucional – e por isso não deixam de se submeter a um regime particularmente severo, tal como houve oportunidade de enunciar.

16. A violação do regime restritivo das restrições aos direitos, liberdades e garantias por parte do regime transitório

I. O ponto central que agora se coloca é o de saber se o regime transitório estabelecido na Lei nº 31/2009 é materialmente inconstitucionalidade por violação do regime que limita o poder legislativo que restringe direitos, liberdades e garantias.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Não parece que valha a pena explicar a natureza restritiva do regime transitório da Lei nº 31/2009 quanto ao exercício da liberdade de profissão: a restrição parece mais do que evidente a partir do momento em que tal regime transitório – e o novo regime que se aplica integralmente findo o período de vigência do regime transitório – determina a proibição do exercício futuro de uma profissão até então absolutamente legítima.

O que agora importa é fundamentar tal conclusão de inconstitucionalidade material por referência aos princípios reguladores da restrição de direitos, liberdades e garantia, sendo de convocar aqui três desses princípios:

- o princípio da proporcionalidade;
- o princípio da generalidade e da abstração; e
- o princípio da reserva de lei.

II. A justificação da inconstitucionalidade em relação ao princípio da proporcionalidade assenta na ideia de que o regime transitório estabelecido veio fixar uma limitação desproporcionada – porque demasiado severa – em relação às profissões que até então podiam legitimamente exercer-se.

Está aqui em questão sobretudo a dimensão da indispensabilidade do regime transitório porque as limitações nele estabelecidas podiam ter sido ser substituídas por outras medidas ou providências menos gravosas para os profissionais de construção, apresentando-se as seguintes explicações:

- é desproporcionado porque a limitação é excessiva no tempo que dá para a requalificação dos profissionais, que é muito curto, e deveria ter sido

considerado um prazo mais longo, sendo certo que são profissionais legítimos e que exercem uma profissão assim estabelecida com base num regime fixado desde 1973;

- é desproporcionado porque nem sequer distingue na aplicação de tal prazo, que não é diferenciado, entre os profissionais que estão no início da carreira daqueles que estão no fim da mesma carreira, julgando-se que seria de não aplicar um mesmo regime transitório a quem está tão diferentemente localizado numa carreira profissional que se prolonga por uma vida de trabalho;

- é desproporcionado porque o aumento das exigências habilitacionais não tem correspondência com a realidade da atividade na medida em que se apresenta incompreensível que quem podia até certo momento praticar atos como técnico de construção de um momento para o outro o deixe de poder fazer, sem que tal atividade tivesse mudado radicalmente a ponto de requerer maiores qualificações profissionais.

III. A fundamentação da inconstitucionalidade em relação ao princípio da generalidade e abstração das restrições legais de direitos, liberdades e garantias impõe que essas limitações não sejam dirigidas a alguém em particular – mas a todos os destinatários sem qualquer individualização – e não visem situações particulares – mas aplicarem-se sem considerar qualquer particularismo circunstancial.

Ora, não é isso que se percebe ter acontecido com a aplicação do regime transitório, porquanto o mesmo se aplica a uma categoria de pessoas e situações

– os profissionais de construção anteriormente habilitados – sem respeito por aquela dimensão geral e abstrata da restrição de direitos, liberdades e garantias.

O facto de o regime transitório se aplicar a partir do passado logo identifica pessoas e situações em desrespeito por estes princípios constitucionais da generalidade e da abstração.

No rigor das coisas, a CRP até nem impede leis individuais e concretas. O problema é que neste caso isso sucede com uma regulação normativa legal de caráter restritivo das condições de exercício de uma dada profissão. Na verdade, isso é proibido pela CRP quando esta traça o regime das restrições de direitos, liberdades e garantias.

IV. A explicação da inconstitucionalidade por referência ao princípio da reserva de lei na restrição de direitos, liberdades e garantias prende-se com o facto de as restrições insertas no regime transitório da Lei nº 31/2009, ao contrário que possa parecer, não se encontrarem todas elas nesse mesmo diploma legal, aprovado pela Assembleia da República.

Extrai-se deste princípio de natureza organizatória que a produção da normação restritiva de direitos, liberdades e garantias se deve fazer solenemente através de ato legislativo, sendo essa forma penhor de uma credencial democrática.

Com o princípio da reserva de lei nas restrições de direitos, liberdades e garantias fica abolida a possibilidade da deslegalização ou, pior, a simples produção de normas restritivas abaixo do nível da função legislativa, seja pela função administrativa, seja pela função judicial.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Este princípio é claramente violado pela edição da Portaria nº 1379/2009 porque, sendo um regulamento administrativo, não está constitucionalmente autorizado a restringir direitos, liberdades e garantia, tarefa que só aos atos legislativos compete fazer: a restrição comprova-se por haver a aplicação de mais apertados critérios na qualificação dos técnicos de construção, quer em desenvolvimento de alguns vagos critérios estabelecidos na Lei nº 31/2009, quer em adição de requisitos que aquele ato legislativo parlamentar sequer menciona.

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

IV
A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO REGIME TRANSITÓRIO POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

17. Razão de ordem

I. O outro núcleo temático central do presente parecer prende-se com a justificação da inconstitucionalidade material do regime transitório da Lei nº 31/2009 por violação do princípio da proteção da confiança.

Mas a descrição do sentido ordenador do princípio da confiança não será bem-sucedida se antes não se fizer a sua inserção geral no omnicompreensivo princípio do Estado de Direito.

II. Assim sendo, impõe-se apresentar o seguinte percurso argumentativo para explicitar tal resultado de inconstitucionalidade:

- o impacto do princípio do Estado de Direito no Estado Constitucional e as suas projeções;

- a receção do princípio do Estado de Direito pelo Direito Constitucional Português;

- o âmbito específico do princípio da confiança na proteção das expectativas legítimas adquiridas;

- as razões determinantes para a violação radical dessas expectativas.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

18. O "super-princípio" do Estado de Direito e a sua irradiação

I. Na ótica do tipo histórico de Estado, *o princípio do Estado de Direito* surge como um dos principais resultados do Constitucionalismo e do Liberalismo, sendo a expressão firme da oposição ao sistema político precedente, com a preocupação essencial pela limitação do poder político, por isso também fundando o Estado Contemporâneo.

O Estado Absoluto, quer na sua fase primeira de fundamentação divina do poder, quer na sua fase última de poder inspirado na doutrina do Despotismo Esclarecido, de todo em todo atendia ao problema da limitação jurídica do poder estadual.

O poder público era criado e executado livremente pelo monarca, que em qualquer momento não só o transformava como inclusivamente em si concentrava os seus diversos momentos de criação, execução e controlo.

II. Este foi o ambiente propício para o aparecimento do princípio do Estado de Direito, mas numa primeira veste de uma simples *construção doutrinária*, no fito de reprimir a arbitrariedade do poder monárquico absoluto.

Tal mérito caberia ao autor germânico ROBERT VON MOHL[59], que na década de trinta do século XIX inovatoriamente o formularia, usando esse nome.

---

[59] Cfr. Eduardo L. Gregorini Clusellas, *Estado de sitio y la armonía en la relación individuo-Estado*, Buenos Aires, 1987, p. 6, nota nº 8.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

O conceito doutrinário de Estado de Direito *compreendia a limitação jurídica do poder público segundo um conjunto de regras que se impunham externamente ao próprio Estado.*

Foi contra aquele conjunto de situações – em que reinava o puro arbítrio, ainda que se pudessem admitir algumas, mas muito ténues, garantias – que o princípio do Estado de Direito se iria formar, através da sua progressiva densificação, até à respetiva ramificação, extensiva e intensiva, rapidamente saindo do meio germânico e atingindo as latitudes de outras experiências constitucionais.

III. Só que não é fácil, nos dias de hoje, e depois de dois séculos de luta pelo Estado de Direito[60], em que este passou de *Kriegsbegriff* a *Verteidigungsbegriff*, definir o seu significado jurídico-constitucional, tomando em consideração a complexificação que o mesmo foi absorvendo à medida que os sistemas constitucionais foram amadurecendo.

---

[60] Sobre o princípio do Estado de Direito em geral, numa perspetiva simultaneamente teorética e histórica, v. Jorge Miranda, *A Constituição de 1976*..., pp. 473 e ss., e *Manual*..., IV, pp. 195 e ss.; Marcelo Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional*..., pp. 297 e ss.; John Rawls, *Uma Teoria da Justiça*, Brasília, 1981, pp. 180 e ss.; Miguel Galvão Teles, *Estado de Direito*, in *Pólis*, II, Lisboa, 1984, pp. 1185 e ss.; Ulrich Battis e Christoph Gusy, *Einführung in das Staatsrecht*, 3ª ed., Heidelberg, 1991, pp. 191 e ss.; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos*..., pp. 82 e ss.; Ingo Von Münch, *Staatsrecht*, 5ª ed., 1, Stuttgart/Berlin/Köln, 1993, pp. 133 e ss.; Reinhold Zippelius, *Teoria*..., pp. 383 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção no Direito Constitucional*, I, Coimbra, 1998, pp. 96 e ss., e II, pp. 1463 e ss., e *Rule of Law in Constitutional State: main features and the experience of Portugal*, in AAVV, *Proceedings of International Academic Conference Commemorating the 61st Anniversary of the Korean Constitution*, Seoul, 2009, pp. 391 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria*..., pp. 93 e ss., e pp. 243 e ss.

Havia, porém, uma lógica de fundo que já permitia intuir bastante do sentido íntimo do princípio do Estado de Direito e que se mantém plenamente atual: *a ideia de que a atuação do Estado, ou do poder político em geral, longe de se desenvolver fora do Direito, se lhe devia submeter.*

Com isso se proscreveu, perentoriamente, *o arbítrio como critério de atuação do Estado, o mesmo se substituindo pela ideia de racionalidade decisória*, de acordo com a vertente organizatória que este princípio jurídico-constitucional obviamente comporta.

IV. Esta dimensão da limitação formal do Estado pelo Direito, embora já de si importante, mostrava-se, contudo, bastante insuficiente e sobretudo muito empobrecedora se vistas as potencialidades materiais que depois se extrairiam deste mesmo princípio.

Daí que rapidamente se tivesse caminhado rumo à consagração de uma *dimensão material do princípio do Estado de Direito*, pela qual se coloca igualmente em relevo um conjunto de limitações que internamente contêm o poder do Estado.

Assim se abriria o princípio do Estado de Direito ao Estado-Sociedade, para além da sua aplicação óbvia no domínio do Estado-Poder: a proteção dos direitos fundamentais, como as diversas limitações no modo de atuação do poder na sua relação com os cidadãos.

À dimensão material do princípio do Estado de Direito ainda se juntaria uma *dimensão normativa*, transparecendo o objetivo de enquadrar o poder público

no seio das novas exigências impostas pelo Constitucionalismo na construção do sistema jurídico em geral.

V. O estádio atual da evolução do princípio do Estado de Direito – para a qual têm contribuído, concorrentemente, a Doutrina e a Teoria do Direito Constitucional – assenta, pois, num *pluralismo de elementos* que concretizam a ideia geral de que o poder público está submetido a regras que disciplinam a sua atuação, não atrabiliária, mas limitada por padrões que não podem ser voluntaristicamente manipulados pelo próprio poder público.

Deste modo, se cristalizariam *três indesmentíveis facetas deste princípio*, a beneficiar, em razão de aceções específicas de cada Direito Constitucional Positivo, de diversos graus de desenvolvimento:

- uma dimensão *material*, transcendente ao poder público, que se lhe impõe segundo uma axiologia que o próprio poder público não controla e não elabora, antes lhe devendo obediência;
- uma dimensão *normativa*, que se revela num particular arranjo do Ordenamento Jurídico Estadual ao nível das fontes normativas, com uma função específica a atribuir à Constituição;
- uma dimensão *organizatória*, que exprime a necessidade de a limitação desse poder público agir através de uma sua específica distribuição pelos órgãos públicos, sobretudo realçando-se o papel da vertente do controlo da constitucionalidade do mesmo[61].

[61] Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção…*, I, p. 98.

É assim que os textos constitucionais, um pouco por todo o Mundo, mais ou menos generosamente, mais ou menos tecnicamente, vão consagrando não apenas as nomenclaturas do "Estado de Direito", nas respetivas partes introdutórias, como positivando, nos lugares próprios, diversos índices que assinalam o acolhimento do correspondente princípio.

No século XX, é justo ver na LF um excelso contributo no reconhecimento deste princípio, não apenas previsto na sua primeira parte, sendo também possível deparar com o mesmo princípio em vários outros pontos do respetivo texto.

Foi, na verdade, a partir deste texto constitucional, seguido de um inestimável desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, que irradiaria esta nova conceção do princípio do Estado de Direito, posteriormente acolhida noutras Constituições, tendo chegado a Portugal e sido incorporada na CRP.

Essa importância é expressivamente indiciada logo no preâmbulo do texto constitucional português, para ser depois confirmada na introdução e, a seguir, concretizada nas suas múltiplas disposições.

19. O princípio do Estado de Direito na Constituição Portuguesa

I. O princípio do Estado de Direito constitucionalmente relevante na CRP apresenta-se com *múltiplas facetas*, em grande parte mercê do desenvolvimento que o conceito foi beneficiando desde que surgiu, pela primeira vez, no século XIX, sendo hoje praticamente total a sua positivação.

A ideia básica da subordinação do Estado ao Direito, com exclusão do arbítrio, encontra-se expressa no preâmbulo e num dos preceitos constitucionais iniciais:

- *no preâmbulo*, ao dizer-se que "A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português (...) de assegurar o primado do Estado de Direito Democrático..."[62];
- *num dos preceitos iniciais*, com a precisa epígrafe de "Estado de Direito Democrático", ao estipular-se que "A República Portuguesa é um Estado de Direito Democrático..."[63].

Entrando pelo articulado constitucional adentro, há a oportunidade de melhor vivenciar cada uma daquelas dimensões do princípio do Estado de Direito, de certa sorte servindo de pórtico a cada uma das partes relevantes do Direito Constitucional Português, algumas delas merecendo, pela sua complexidade, um tratamento autonomizado[64].

II. Em termos substanciais, a consideração conjunta das diversas dimensões que o princípio do Estado de Direito foi integrando, no seu percurso ao longo de dois séculos de Constitucionalismo, e na passagem do Estado

---

[62] § 4°, primeira parte, do preâmbulo da CRP.
[63] Art. 2°, parte inicial, da CRP.
[64] Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 254 e ss.; Pedro Machete, *Estado de Direito Democrático e Administração Paritária*, Coimbra, 2007, pp. 382 e ss.

Liberal ao Estado Social, permite sintetizar os seguintes sub-princípios que melhor o densificam[65]:

- o *princípio da dignidade da pessoa humana*;
- o *princípio da juridicidade e da constitucionalidade*;
- o *princípio da separação de poderes*;
- o *princípio da segurança jurídica*;
- o *princípio da proteção da confiança*;
- o *princípio da igualdade*;
- o *princípio da proporcionalidade*.

20. O princípio da proteção da confiança como dimensão do Estado de Direito

I. O *princípio da proteção da confiança pretende instituir um clima de estabilidade entre o poder público e os cidadãos destinatários dos respetivos atos.*

Essa relação de confiança relaciona-se com o problema da aplicação prospetiva ou retroativa daqueles atos jurídico-públicos, numa questão que acaba por ser distinta da questão geral da aplicação no tempo das fontes constitucionais[66].

---

[65] Com diferentes densificações do princípio do Estado de Direito, v. Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção...*, II, pp. 1463 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 243 e ss.

[66] Sobre o princípio da proteção da confiança., v., por todos, Jorge Bacelar Gouveia, *Manual...*, II, pp. 825 e ss.

Do que se trata agora é de observar as orientações que o Direito Constitucional projeta nas outras fontes do Ordenamento Jurídico, com o objetivo de prosseguir este clima de confiança.

II. Tal como já sucedeu com a matéria das fontes do Direito em geral, também o Código Civil contém disposição sobre a matéria: "A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroativa, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular"[67].

Porém, trata-se de uma perspetiva errada – tanto metodológica como normativamente falando – porque em Estado de Direito a quem se comete tal função é ao texto constitucional, não a uma codificação civil, por mais perfeita e completa que seja, ainda por cima feita na vigência de uma outra Ordem Constitucional, a Constituição de 1933 do Estado Novo.

A função desta norma do Código Civil é, quando muito, interpretativa na dúvida acerca do sentido que se possa atribuir ao preciso momento da entrada em vigor de qualquer fonte em apreço[68]: só se a fonte infra-constitucional não estipular o alcance da sua vigência, pode daqui inferir-se um entendimento específico.

---

[67] Art. 12°, n° 1, do Código Civil.

[68] Sobre o alcance da aplicação no tempo das fontes normativas segundo o art. 12° do Código Civil, numa perspetiva que é sempre parcial, v. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra, 1983, pp. 231 e ss.

III. É assim que na CRP encontramos a solução para o problema, dado que o Código Civil não tem força constitucional e deve subordinar-se aos ditames que daquela derivam.

O princípio geral do Direito Constitucional Português é o de que se admite a aplicação retroativa dos atos de poder público, não havendo indicações genéricas no sentido dessa proibição, com isso se mostrando a ambivalência – prospetiva e retroativa – dos atos jurídico-públicos ou das fontes normativas em geral[69].

A razão de ser para se poder afirmar a existência deste princípio, ainda que escassamente reconhecido na doutrina, reside no facto de a atribuição de poder normativo às fontes de Direito que a CRP estabelece não ser feita com qualquer limitação de aplicação temporal, pressupondo-se que a concessão de um poder normativo – legislativo ou qualquer outro – sem qualquer restrição deste teor implica a concomitante concessão de uma liberdade de aplicação no plano da eficácia temporal dos respetivos atos jurídico-públicos.

IV. Unicamente encontramos algumas limitações parcelares quando estamos em face de realidades determinadas, as quais incluem os seguintes casos[70]:

---

[69] Referindo este princípio geral constitucional de retroação dos efeitos dos atos jurídico-públicos, Rita Amaral Cabral, *Retroatividade*, in *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VII, Lisboa, 1996, pp. 287 e 288; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção...*, II, p. 1013; José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Coimbra, 2005, pp. 552 e 553.

[70] Quanto a estas manifestações da relevância constitucional da irretroatividade, v. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito...*, pp. 227 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 375 e 376; Jorge Bacelar Gouveia, *A irretroatividade...*, pp. 67 e 68; José de Oliveira Ascensão, *O Direito...*, pp. 552 e 553.

- a *irretroatividade das leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias*: a qual se dirige diretamente aos atos legislativos e aos atos executórios desses atos legislativos, abrangendo os diversos graus possíveis de retroatividade, da máxima à mínima[71];
- a *irretroatividade da lei penal incriminadora*: expressamente reconhecida na CRP, com larga tradição depois do dealbar do Constitucionalismo, aplicando-se tanto à descrição dos factos típicos como à imposição das penas, a qual admite qualquer grau de retroatividade e tem como importante exceção a aplicação retroativa sistemática da lei penal mais favorável[72];
- *a irretroatividade da lei penal processual através do princípio do juiz legal*: intimamente conexo com o Direito Penal Substantivo, este princípio de Direito Processual Penal acolhe uma orientação de não retroatividade, determinando que a competência jurisdicional, nesta matéria, tenha de estar definida até ao momento do cometimento do delito[73];

---

[71] Cfr. o art. 18°, n° 3, segunda parte, da CRP. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria*..., p. 375; Jorge Miranda, *Manual*..., IV, p. 339.

[72] Cfr. o art. 29°, n^{os}. 1 e 3, da CRP. Cfr. J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito*..., pp. 228 e ss.; Paulo Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional*, Lisboa, 1993, pp. 51 e 52; Américo A. Taipa de Carvalho, *Sucessão de leis penais*, 2ª ed., Coimbra, 1997, pp. 65 e ss.; Jorge Bacelar Gouveia, *O estado de exceção*..., II, pp. 922 e ss.; J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria*..., p. 375.

[73] Cfr. o art. 32°, n° 9, da CRP. Cfr. Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, I, Lisboa/São Paulo, 1993, pp. 50 e ss.

- a *irretroatividade da lei fiscal de tributação positiva*: com a revisão constitucional de 1997[74], o Direito Constitucional Fiscal contou com a novidade, de inequívoco reforço da posição dos contribuintes, da proibição da retroatividade da lei fiscal[75];
- a *irretroatividade dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade com a formação do caso julgado*: a destruição de um ato jurídico por inconstitucionalidade, em aplicação deste princípio, fica limitada à salvaguarda do caso julgado, admitindo-se, no entanto, algumas exceções ligadas a normas mais favoráveis dentro de certo condicionalismo[76].

---

[74] Cfr. o art. 103º, nº 3, segunda parte, da CRP. Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *A irretroatividade...*, pp. 64 e ss.

[75] No plano da jurisprudência do Tribunal Constitucional, esta questão ganhou uma acuidade especial em 1983, altura em que foi criado um imposto extraordinário pelo Decreto-Lei nº 37/83, de 21 de Outubro.

O Tribunal Constitucional não se decidiria pela inconstitucionalidade: o Acórdão nº 11/83 do Tribunal Constitucional, de 12 de Outubro de 1983 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1º vol., Lisboa, 1983, pp. 11 e ss.).

Esse sentido seria retomado, mais tarde, pelos acórdãos nº 66/84 e nº 141/85 do Tribunal Constitucional, respetivamente, de 3 de Julho de 1984 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 4º vol., Lisboa, 1984, pp. 35 e ss.) e de 25 de Julho de 1985 (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 6º vol., Lisboa, 1985, pp. 39 e ss).

Em geral, nunca se considerou que se tivesse posto em causa, de um modo intolerável, o subprincípio da confiança inserto no princípio do Estado de Direito.

Cfr. a resenha mais geral e também elogiosa dessa jurisprudência de José Manuel M. Cardoso da Costa, *O enquadramento constitucional do Direito dos impostos em Portugal: a jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in AAVV, *Perspetivas Constitucionais*, II, Coimbra, 1997, pp. 414 e ss. Cfr. também Jorge Bacelar Gouveia, *A irretroatividade...*, pp. 56 e ss.

[76] Cfr. o art. 282º, nº 3, da CRP. Cfr. Rui Carlos Pereira, *A relevância da lei penal inconstitucional de conteúdo mais favorável ao arguido*, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano I, nº 1, Janeiro-Março de 1991, pp. 55 e ss.; Paulo Otero, *Ensaio...*, pp. 47 e ss.

Em contrapartida, casos há em que a CRP impõe a aplicação retroativa de fontes normativas, em atenção a especiais características, como sucede no caso da lei penal posterior mais favorável em relação a factos regulados por lei penal anterior mais gravosa: diz a CRP que "Ninguém pode sofrer pena ou medida de segurança mais graves do que as previstas no momento da correspondente conduta ou da verificação dos respetivos pressupostos, aplicando-se retroativamente as leis penais de conteúdo mais favorável ao arguido"[77].

V. Além destas indicações particulares de tipo impositivo, o princípio do Estado de Direito tem sido diretamente invocado, fora daqueles casos, quando fica em causa a proteção da confiança, com base na aplicação retroativa de fontes normativas, alargando os âmbitos proibitivos que dali resultam.

A aplicação deste princípio da proteção da confiança tem-se apoiado em dois requisitos fundamentais:

- por um lado, *a frustração de legítimas expectativas criadas*, que se traduz na mudança de regimes jurídicos previamente estabelecidos, em conexão direta com o recorte das posições jurídicas dos cidadãos;
- por outro lado, *a necessidade de essa mudança ser legítima em função de um forte interesse público que a justifique*, não podendo ser o produto de uma

[77] Art. 29°, n° 4, da CRP.

vontade arbitrária, discricionária ou mesmo caprichosa, apresentando-se neste caso como excessiva[78].

Nesta vertente, *o princípio do Estado de Direito tem uma óbvia implicação com a aplicação das leis no tempo, impondo limitações à sua aplicação retroativa.*

Por força deste princípio, *certas aplicações retroativas – e não todas elas – ficam sendo ilegítimas, proscrevendo-se a modificação das legítimas expectativas dos cidadãos.*

Em que condições? Precisamente quando configurem hipóteses de prepotência ou arbítrio do poder público, surgindo aos olhos da comunidade como caprichosas e desprovidas de justificação material bastante.

VI. Este tem sido um princípio constitucional por diversas vezes já densificado pelo Tribunal Constitucional Português[79], tendo o caso mais relevante certamente sido o do imposto retroativo de 1983 e, em geral, a questão da retroatividade da lei fiscal.

Na versão do texto constitucional de então, nenhuma regra existia – cenário que hoje é totalmente distinto, havendo norma direta sobre o assunto – estabelecendo a proibição da aplicação retroativa de normas fiscais.

Não se tendo considerado aplicável o regime das restrições de direitos, liberdades e garantias, dada a dúvida sobre o caráter restritivo dos impostos, que simultaneamente configuravam um dever fundamental, os juízes

---

[78] Cfr. o art. 2º da CRP. Reduzindo a questão apenas ao momento liberal, de reacção contra o Estado Absoluto, no qual o "...poder político absoluto representava uma justificação suficiente para o reexame de eventos passados", Rita Amaral Cabral, *Retroactividade*, p. 287.

[79] Para uma extensa resenha desta importante jurisprudência, v. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, pp. 204 e 204, e J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, pp. 260 e ss.

constitucionais chamaram à colação o princípio do Estado de Direito, tendo concluído pela ausência da respetiva violação:

- a Comissão Constitucional escreveu que "…a Constituição não garante a irretroatividade da lei fiscal, de uma forma global e genérica, acontecendo, porém, que a retroatividade pode ser constitucionalmente ilegítima, em certos casos, nos termos ditos, sobretudo naqueles casos em que a retroatividade se mostre manifestamente ofensiva das exigências da proteção da confiança do contribuinte, exigências que o Estado de Direito democrático postula"[80];
- o Tribunal Constitucional referiu que "...se o princípio da proteção da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito Democrático, não exclui em absoluto a possibilidade de leis fiscais retroativas, exclui-a seguramente quando se esteja perante uma retroatividade *intolerável*, que afete de forma *inadmissível e arbitrária* os direitos e expectativas legitimamente fundados dos cidadãos contribuintes"[81].

VII. Mais recentemente, o entendimento do Tribunal Constitucional, considerando outras questões, tem estabilizado no sentido de a retroatividade

[80] Parecer nº 14/82 da Comissão Constitucional, de 22 de Abril, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 19º vol., Lisboa, 1984, p. 197.

[81] Acórdão nº 11/83 do Tribunal Constitucional, de 12 de Outubro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1º vol., Lisboa, 1983, p. 25.

ser intolerável quando em face destas duas situações típicas, tal como se escreve no Acórdão nº 287/90 do Tribunal Constitucional[82]:

- "a afetação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível quando constitua uma mutação da Ordem Jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas delas constantes não possam contar";
- "quando não for aditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalecentes...".

Neste mesmo aresto, noutra fórmula lapidar, o Tribunal Constitucional referiu-se mesmo ao arrendamento, admitindo a sua modificação retroativa: "Não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou a manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime do casamento, do arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos pendentes. Cabe saber se se justifica ou não na hipótese da parte dos sujeitos de direito ou dos agentes um «investimento na confiança» na manutenção do regime legal – para usar uma expressão da jurisprudência constitucional alemã atrás referida. Valem aqui, por maioria de razão, as considerações que a jurisprudência deste Tribunal, atrás referida, tem feito ao negar uma proibição genérica de retroatividade".

---

[82] Segundo a fórmula sintética do Acórdão nº 287/90 do Tribunal Constitucional, de 30 de Outubro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17º vol., Lisboa, 1990, p. 176. Cfr. Jorge Miranda, *Manual...*, IV, p. 205.

E o Tribunal Constitucional ainda acrescentaria: "Tal é particularmente claro quando o sacrifício das expectativas anteriores resulta de uma imprevisível alteração das circunstâncias: como na doutrina privatística da base negocial, não há então lugar à manutenção das expectativas. Assim, por exemplo, medidas legislativas de política económica conjuntural poderão ser alteradas, com frustração de expectativas, se a conjuntura económica mudar ou se, mesmo sem essa mudança, mudar a orientação geral da política económica em consequência de mudança de Governo, constitucionalmente previsível. Nada dispensa a ponderação na hipótese do interesse público na alteração da lei em confronto com as expectativas sacrificadas"[83].

21. A frustração das legítimas expectativas dos técnicos de construção por parte do regime transitório

I. Feito o enquadramento teórico do princípio da proteção da confiança, princípio constitucional que tem sido reconduzido ao princípio geral do Estado de Direito, é tempo de se explicitar o porquê da violação desse princípio parte do regime transitório da Lei nº 31/2009.

Naturalmente que importa desde já afastar interpretações fundamentalistas do princípio da proteção da confiança, segundo as quais o legislador ordinário estaria impedido de mudar o que quer que fosse num certo regime profissional.

---

[83] Acórdão nº 287/90 do Tribunal Constitucional, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17º vol., Lisboa, 1990, pp. 176 e 177.

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

Isso seria abstruso porque o poder legislativo deve possuir a legitimidade democrática para em cada momento conformar a vida coletiva adequando o respetivo quadro normativo às mutações económico-sociais.

É por isso que o poder legislativo se deve exercer sempre tendo presente novas necessidades de intervenção normativa em função do objetivo de permanentemente estabelecer apurados critérios de justiça e segurança, objetivos fundamentais da Ordem Jurídica de que cada sociedade humana carece.

II. Contudo, o princípio da proteção da confiança vem precisamente temperar uma excessiva amplitude do poder legislativo, fixando limites a uma pretensão total modificabilidade das normas jurídicas, tomando por referência posições jurídicas anteriormente constituídas e que merecem a tutela do Direito – e sobretudo a tutela da Constituição – no sentido de poderem permanecer estáveis.

Ora, entendemos que a tutela da posição profissional dos técnicos de construção não foi acautelada pelo regime transitório fixado pela Lei nº 31/2009.

III. Sendo a sua profissão regulada ao abrigo do Decreto nº 73/73, não se afigura tolerável que em pouco anos a estabilidade de uma careira profissional há tanto tempo construída possa ser desfeita.

O regime transitório – com o consequente novo regime integralmente aplicável findo o período do regime transitório – trai a confiança que os técnicos

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

de construção depositaram na permanência da identidade e até na possibilidade da sua profissão ao alterar normas fundamentais da regulação da mesma porque chegando ao ponto de a tornar uma profissão proibida.

Não se trata de um regime transitório que venha a proceder a alterações pontuais na exigência dos requisitos profissionais para o exercício de uma dada profissão: trata-se de modificações estruturais ou essenciais que acarretam a drástica consequência de tornar a profissão no futuro pura e simplesmente abolida.

E a fé na estabilidade dessa carreira não era algo que não pudesse ser considerado pelo Direito: *eis uma dimensão essencial à vida da pessoa humana, neste caso a sua dimensão profissional, sem a qual se frustra a obtenção de meios de subsistência, além de outras possibilidades de realização pessoal.*

JORGE BACELAR GOUVEIA
Professor Catedrático da Faculdade de Direito
da Universidade Nova de Lisboa
Doutor em Direito

V
CONCLUSÕES

22. Enunciado das Conclusões

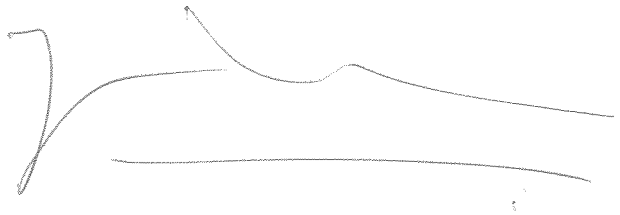
Do exposto, conclui-se o seguinte:

a) A Lei nº 31/2009, de 3 de Julho, ao estabelecer um novo regime de qualificação dos profissionais de construção, igualmente adotou um regime transitório, no que foi adjuvado pela Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro, com a pretensão de acautelar posições anteriormente adquiridas, mas fê-lo de um modo inconstitucional;
b) Este regime transitório é materialmente inconstitucional, por um lado, por violação dos limites que se impõem às restrições de direitos, liberdades e garantias, de que é um tipo a liberdade de profissão, consagrado no art. 47º, nº 1, da CRP, violação protagonizada pelo regime da Lei nº 31/2009 e da Portaria nº 1379/2009 pela preterição dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da generalidade e da abstração e da reserva de lei;
c) Este regime transitório é materialmente inconstitucional, por outro lado, por violação do princípio da proteção da confiança, ínsito no princípio do Estado de Direito, consagrado no art. 2º da CRP, na medida em que subitamente põe em causa as legítimas expectativas

Rua Carlos de Seixas, nº 25 – 1700-103 Lisboa – Portugal | Email: jbg@fd.unl.pt
Telefone: +351.217.960.036 | Website: www.jorgebacelargouveia.com

adquiridas pelos profissionais de acreditarem na estabilidade do regime jurídico da sua profissão, uma vez que agora são forçados a uma requalificação profissional depois de uma carreira estável e num prazo excessivamente curto, o que para muitos tem a consequência prática de uma proibição antecipada e forçada de exercício da sua profissão e na qual tinham legitimamente ingressado.

Este é, salvo melhor, o parecer de



Prof. Doutor Jorge Bacelar Gouveia

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
e da Universidade Autónoma de Lisboa

Lisboa, 16 de setembro de 2013.