



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
Divisão de Apoio às Comissões
CSST
Nº Único <u>476963</u>
Entrada/Série nº <u>608</u> Data <u>17/10/2013</u>

Exmo. Senhor
Presidente da Comissão Parlamentar da
Segurança Social e do Trabalho
Assembleia da República
Palácio de São Bento
1249-068 Lisboa

N/Ref. 94/PD/13

Data: 15 de Outubro de 2013

Assunto: A inconstitucionalidade da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho (regime de qualificação dos técnicos da Construção) e a calamidade social gerada na classe dos Agentes Técnicos de Arquitetura e Engenharia

Exmo. Senhor,

A flagrante inconstitucionalidade da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, que veio reformular o regime de qualificação dos Técnicos da Construção nas áreas de elaboração de Projeto de Construção e de exercício de funções de Diretor de Obra e de Diretor de Fiscalização de Obra, mereceu já exposição da parte desta Associação junto dessa Comissão Parlamentar, sem que, contudo, daí tenha resultado qualquer iniciativa concreta de revisão do normativo em causa. Em tal exposição explicámos o enquadramento geral das graves questões decorrentes desta Lei, tais como: i) A ignorância que lhe é subjacente quanto à origem e evolução histórica do enquadramento profissional dos atuais Agentes Técnicos de Arquitetura e Engenharia (as suas qualificações académicas e a sucessiva legislação reguladora das suas competências no setor da Construção); ii) O impacto desta nova Lei ao retirar de forma substancial, ilegal e abusiva as competências que pelo Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro, estavam atribuídas a estes Técnicos na área da elaboração de projeto de Construção Civil, bem como nos domínios da direção de obra e de fiscalização de obra; iii) A flagrante contradição com o regime legal estabelecido e ainda vigente para o regime de alvarás dos Empreiteiros de Construção Civil quanto ao enquadramento destes Profissionais no seu quadro técnico mínimo.

Provámos, ainda, a inconstitucionalidade daquela Lei através de Pareceres de dois reputados constitucionalistas, o **Professor Doutor GOMES CANOTILHO**, da Universidade



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

de Coimbra e o **Professor doutor JOÃO CAUPERS** da Universidade Técnica de Lisboa, a que, agora, juntámos um terceiro da autoria do **Professor Doutor BACELAR GOUVEIA** (da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa).

Sucedee, ainda, que esta inconstitucionalidade não se resume a mera questão de doutrina jurídica, antes implicando consequências económicas e sociais substanciais e afetando drasticamente os Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia em direitos elementares diversos e, entre eles, o direito ao exercício de profissão e a própria capacidade de obtenção de rendimentos de trabalho necessários à sua sobrevivência.

Por tudo isto, estranhámos não ter tido dessa Comissão, até ao presente, qualquer reacção posterior a todas estas nossas diligências e, assim sendo, vimos, solicitar a V. Exa. uma reunião com carácter de urgência no sentido de clarificar a situação dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia.

Alexandre da Silva Carlos



Presidente da Direção

Junta-se:

- Parecer Jurídico do Professor Doutor Gomes Canotilho, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- Parecer Jurídico do Professor Doutor João Caupers, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Parecer Jurídico do Professor Doutor Bacelar Gouveia, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e da Universidade Autónoma de Lisboa.

José Joaquim Gomes Canotilho

1/1/2009

Consulta

Consulta-nos a Associação dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia, através do seu Advogado, que analisemos a legitimidade jurídico-constitucional da Lei n.º 31/2009, de Julho, e da Portaria regulamentadora (Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro), na parte em que estabelecem, para aqueles profissionais, novos requisitos de qualificação e de manutenção nas respectivas carreiras profissionais.

Consulta-nos ainda sobre os possíveis meios processuais de que pode (ou podem) fazer uso para avançar com uma eventual acção contenciosa.

Parecer

1. A problemática da aplicação da lei no tempo em geral

1.1. A solução do Código Civil

Dado que a questão colocada na Consulta suscita, de forma directa, um problema de sucessão de leis no tempo, afigura-se conveniente averiguar, ainda que de forma sintética, qual a solução que o Código Civil fornece ao intérprete e aos aplicadores do direito, a qual, como se verá, também se revela especialmente importante no caso concreto da Consulta, por possibilitar, desde logo, um indicação normativa para a correcta compreensão da problemática em causa.

E, a este propósito, ensina a experiência que, com a entrada em vigor de uma lei, não ocorre um corte radical na vida social, havendo factos e situações que, tendo-se verificado antes da entrada em vigor daquela nova regulamentação, tendem a prolongar-se no futuro. Tal poderá configurar um *conflito de leis no tempo*, a resolver antes de se proceder à determinação dos factos a abranger nas hipóteses normativas, isto é, estamos perante um problema de normas de segundo grau (normas sobre normas), no domínio da teoria geral da lei, e não directamente diante de uma questão de aplicação de normas.

Em tempos de intensa actividade legislativa, com constantes e numerosas alterações de disciplinas jurídicas diversas, a importância prática do problema da aplicação da lei no tempo assume um redobrado protagonismo, apelando, por isso, a um especial cuidado na resolução dos problemas que aquela aplicação inevitavelmente suscita.

Um desses problemas – provavelmente o que revela maior dificuldade – traduz-se precisamente na retroactividade no contexto de sucessão de leis no tempo.

Para a sua resolução, o Código Civil aponta para a adopção escolha de um critério ponderado ou equilibrado, não elegendo a doutrina dos direitos adquiridos como critério decisivo, o que se compreende na medida em que, por exigências práticas da vida, nem todas as situações jurídicas se podem manter indefinidamente sob a mesma disciplina jurídica.

Daí que o Código Civil tenha estabelecido o princípio (um “princípio geral”, cfr. artigo 12.º) de que a lei nova só dispõe para o futuro, entendendo-se, na sequência da doutrina de Ennecerus, que se aplica às situações jurídicas já constituídas que subsistam à data da sua entrada em vigor (situações de trato sucessivo), desde que disponha directamente sobre o respectivo conteúdo, abstraindo dos factos que lhe deram origem.

Contudo, o Código Civil apenas pretendeu estabelecer as regras supletivas sobre a aplicação das leis no tempo ou, mais precisamente, um princípio geral para a resolução dos problemas que só se colocam quando a lei nova nada preveja sobre a sua aplicação ou quando não venha munida de disposições transitórias.

Nestes termos, quando a lei nova determine expressamente os termos da sua aplicação são essas disposições normativas que têm de valer. Isto, naturalmente, caso tais disposições, pelo concreto regime transitório que estabelecem, sejam, de *per si*, sancionáveis, em virtude de a retroactividade que permitam ou de a manutenção de situações que assegurem as tornar juridicamente insustentáveis, por ofensa a valores substanciais do ordenamento jurídico.

Ou seja, o Código Civil acolheu, na matéria, um princípio geral que pretende estabelecer um equilíbrio entre a preservação ou a salvaguarda das situações jurídicas constituídas ao abrigo da lei antiga com as necessidades ou exigências de regulamentação impostas pela dinâmica das circunstâncias da vida, mas não impedindo inclusivamente que seja a lei nova a estabelecer, com maior ou menor extensão e quando tal se justifique em função das concretas situações,

a salvaguarda destas mesmas situações. E justificar-se-á que assim se proceda quando os efeitos produzidos ao abrigo da lei antiga não se possam produzir de acordo com a nova lei¹.

Efectivamente, em determinadas situações, como se verá ao longo do texto, a salvaguarda ou a protecção de situações anteriormente constituídas pode até ser obrigatória para o legislador, exigindo-se uma ressalva ou uma regulação transitória², sob pena de incorrer inconstitucionalidade, por violação de direitos, liberdades e garantias ou dos princípios da segurança e da protecção da confiança legítima, enquanto sub-princípios do Estado de Direito.

1. 2. O princípio da não retroactividade

O que se disse no ponto anterior, a questão da Consulta tem como epicentro a problemática da retroactividade das leis ou de uma certa modalidade dela. Por isso, impõe-se avançar mais um pouco no seu tratamento.

É entendimento geral da doutrina, que, no cumprimento da sua função social, cabe ao direito, por um lado, garantir a continuidade da vida social e os direitos e expectativas legítimas das pessoas, e, por outro, ajustar e promover a evolução social, no contexto de um sistema jurídico aberto e dinâmico.

Enquadrando o problema da sucessão das leis no tempo no âmbito da filosofia política e jurídica, afirma Baptista Machado que “Ainda hoje se pode afirmar que os legisladores de inspiração conservadora pendem a adoptar um sistema de normas que permita preservar a estabilidade e a segurança das situações adquiridas, ao passo que os legisladores reformistas propendem para a fixação de disposições transitórias que fomentem a mais rápida aplicação possível da LN [lei nova] a todas as situações em curso, por isso que são mais sensíveis à necessidade de mudança e a LN [lei nova] é considerada melhor ou

¹ No sentido do texto, AFONSO QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, 1976, p. 522 e s.

² Lembre-se que, de resto, o próprio decreto-lei que aprovou o Código Civil contém diversas normas especiais sobre aplicação no tempo do novo código (artigo 5.º e ss).

mais justa que a LA [lei antiga]. Os legisladores revolucionários, esses têm tanta pressa de pôr a funcionar uma ordem nova que raro se preocupam com os inconvenientes e injustiças da aplicação generalizada das leis novas.”³

Ora, a tarefa primordial do direito é a de assegurar o respeito da estabilidade das situações jurídicas, salvaguardando a confiança e as expectativas legítimas das pessoas, as quais se fundam num dado quadro jurídico em vigor e na ideia de que todo e qualquer outro preceito de direito só vale para o futuro.

Por outras palavras: a função estabilizadora do direito implica, em regra, um *princípio da não retroactividade*, o qual, na esteira de Savigny, constitui um verdadeiro *princípio universal de direito*, que decorre da própria essência da lei.^{4/5}

1.3. O princípio da não retroactividade e a Constituição da República Portuguesa (CRP)

À semelhança da maioria das constituições modernas, *o princípio da não retroactividade não se encontra consagrado como princípio constitucional geral*, sendo assim *permitido ao legislador ordinário conferir retroactividade às leis que emite, salvo se esta implicar a violação de direitos fundamentais constitucionalmente tutelados ou de princípios ou garantias assegurados na Lei*

³ Cfr. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. 225.

⁴ *Idem*.

⁵ Em certas áreas, porém, o critério geral da não retroactividade é substituído por critérios especiais (v.g. no Direito Penal negativo, onde se aplica a lei mais favorável ao arguido – princípio da retroactividade *in mitius* ou *leges favorabiles*, ou no direito processual, aplicando-se imediatamente a lei nova com base na presunção de que contém critérios mais perfeitos). *Vide Santos Justo, Introdução ao estudo do Direito*, Coimbra Editora, 2001, págs. 373-374.

No caso do Direito processual, como ensina Alberto dos Reis, a aplicação imediata da nova lei assenta na “própria natureza das leis de processo e justifica-se por elas se referirem em última análise ao exercício duma das funções do Estado - a função jurisdicional ou judiciária; quando se publica uma lei nova, isso significa que o Estado considera a lei anterior imperfeita e defeituosa para a administração da justiça ou para o regular funcionamento do poder judicial. Tanto basta para que a lei nova deva aplicar-se imediatamente.” *Vide Alberto dos Reis, Processo ordinário e sumário*, 1º volume, 2ª edição, 1928, pág. 32.

*Fundamental que se sobreponham aos interesses públicos visados com a opção pela aplicação retroactiva de disposições jurídicas*⁶.

Excepcionalmente, porém, verifica-se, entre nós, uma proibição constitucional de retroactividade em três domínios:

- 1) leis penais (artigos 29º, nºs 1, 2 e 3, e 4º, da CRP): é proibida a aplicação retroactiva da lei penal que crie novos crimes ou medidas de segurança ou agrave as penas ou medidas de segurança anteriores;
- 2) leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (artigo 18º, nº 3, da CRP);
- 3) leis fiscais (artigo 103º, nº 3, da CRP): é proibida a aplicação retroactiva da lei que crie impostos.⁷

Nestas áreas, uma lei retroactiva é, em regra, inconstitucional; mas tal não significa que onde inexista proibição constitucional de retroactividade uma lei retroactiva seja (necessariamente) constitucional, porquanto pode bolir *desproporcionadamente* com princípios constitucionais suficientemente densos e expressamente vazados na Lei Fundamental (v.g. princípios da segurança jurídica e da confiança, enquanto princípios densificadores do princípio do Estado de direito).

Na verdade, a orientação normativo-constitucional não significa que o problema da retroactividade deva ser visualizado apenas com base em regras constitucionais. Uma lei retroactiva pode ser inconstitucional quando um

⁶ Vide Oliveira Ascensão, “A violação da garantia constitucional da propriedade por disposição retroactiva”, in *Revista dos Tribunais*, Porto, 1974.

⁷ Mais desenvolvidamente, vide Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 150-152 e 191-192.

princípio constitucional, positivamente plasmado e com suficiente densidade, isso justifique.⁸

1.4. Direito transitório

Como se referiu, os problemas de sucessão de leis no tempo suscitados pela entrada em vigor de lei nova podem, pelo menos parcialmente, ser resolvidos por esta, mediante *disposições transitórias*.

E, neste âmbito, como resulta da teoria geral, pode distinguir-se: *(i)* entre direito transitório formal, quando o legislador se limita a escolher, de entre as leis potencialmente aplicáveis, as que devem regular, no todo ou em parte, as situações que se coloquem na fronteira entre as leis antiga e nova; *(ii)* e direito transitório material, quando essas situações recebem disciplina própria, isto é, quando as hipóteses a que se referem as sucessivas leis são submetidas a uma terceira solução.⁹

Na grande maioria dos casos, porém, a lei nada estabelece quanto à sua aplicação no tempo, vigorando então o já referido princípio geral de direito da não retroactividade, nos termos do artigo 12.º do Código Civil¹⁰, preceito aplicável às próprias normas constitucionais¹¹.

1.5. Retroactividade e Constituição

⁸ Cfr. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 260.

⁹ Cfr. Oliveira Ascensão, *O Direito. Introdução e Teoria Geral*, 13ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 547-548.

¹⁰ Dispõe o artigo 12º do Código Civil:

“1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

2. Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.”

¹¹ Vide Baptista Machado, *Ob. cit.*, pág. 231.

1.5.1. Modalidades de retroactividade

No domínio da teoria da retroactividade das normas jurídicas, podemos ter dois tipos fundamentais de retroactividade¹²:

i) *Retroactividade autêntica*: quando uma norma pretende ter efeitos sobre o passado (eficácia *ex tunc*), ao decretar a sua validade e vigência a partir de data anterior à data da sua entrada em vigor (*retroactividade em sentido restrito*) ou ligando os seus efeitos jurídicos a situações de facto existentes antes da sua entrada em vigor (*conexão retroactiva quanto a efeitos jurídicos*);

ii) *Retroactividade inautêntica* (ou *retrospectividade*): nos casos em que uma lei, pretendendo vigorar para o futuro (eficácia *ex nunc*), acaba por incidir sobre situações ou relações jurídicas desenvolvidas no passado mas ainda existentes¹³.

Embora não haja um verdadeiro problema de retroactividade que afecte um direito, nos casos de *retroactividade inautêntica*, *retrospectiva*, os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, que enformam o princípio do Estado de Direito (cfr. artigo 2.º da CRP), impõem limites (constitucionais) que o legislador ordinário tem de respeitar.

Dito de outro modo: nos casos em que a lei se aplica para o futuro, mas tocando em situações de facto e relações jurídicas não terminadas, tem de se realizar uma adequada ponderação entre a protecção da confiança na manutenção

¹² Cfr. Gomes Canotilho, *Ob. cit.*, págs. 261-262.

¹³ O Tribunal Constitucional português já declarou não “aceitar (...) esta denominação [de ‘retroactividade inautêntica’], que induz reconhecidamente em erro, por não haver então retroactividade (senão relativamente a expectativas).” (parêntesis nossos). Cfr. Acórdão nº 287/90, do Tribunal Constitucional, Processo nº 309/88, pág. 9, in www.tribunalconstitucional.pt.

de um certo regime jurídico e os interesses públicos subjacentes à opção legislativa.

1.5.2. Retrospectividade e princípio do Estado de Direito

Dispõe o artigo 2º da CRP que “A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado ... no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais...”

Na sua vertente de **Estado de direito**, o princípio do Estado de direito democrático, mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos pelo texto constitucional, que densificam a ideia de *sujeição do poder a princípios e regras jurídicas*, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança¹⁴.

Contudo, não obstante a função aglutinadora e sintetizadora do princípio do Estado de Direito democrático, não está à partida excluída a possibilidade de colher dele normas que não tenham expressão directa em qualquer outro dispositivo constitucional, desde que elas se apresentem como consequência imediata e irrecusável daquilo que constitui o cerne do Estado de Direito democrático, a saber, a *protecção dos cidadãos contra a prepotência, o arbítrio e a injustiça* (especialmente por parte do Estado).¹⁵

Mutatis mutandis: para além de abranger múltiplos princípios e regras constitucionais (v.g. artigo 18.º da CRP), o princípio do Estado de Direito democrático produz, de *per se*, eficácia jurídico-normativa, nomeadamente quando a normação positiva constituir afronta intolerável, arbitrária ou

¹⁴ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra editora, 2007, pág. 205.

¹⁵ *Idem*, pág. 206.

(demasiadamente) opressiva dos mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o Direito têm de respeitar.

No entanto, admite-se, como tem vindo a alertar o Tribunal Constitucional em variada jurisprudência, que o princípio do Estado de Direito democrático se apresenta com contornos fluidos, variando no tempo e segundo as épocas e lugares, tendo um conteúdo relativamente indeterminado quando não acha directo apoio noutros preceitos constitucionais. Por isso, tais características sempre inspirarão prudência ao intérprete e convidá-lo-ão a não multiplicar, com apoio nesse princípio, as ilações de inconstitucionalidade.¹⁶

Feito este enquadramento, quer ao nível do direito civil, quer no âmbito jurídico-constitucional, estamos agora em condições de analisar o problema concreto que nos é apresentado pela Associação dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia (AATAE).

2. A nova legislação de qualificação dos técnicos de construção na classe dos agentes técnicos de arquitectura e engenharia (ATAE's) e o princípio do Estado de Direito democrático

2.1. – Síntese da(s) mudança(s) legislativa(s): do Decreto n° 73/73 à Lei n° 31/2009

Ao abrigo do Decreto n° 73/73, de 28 de Fevereiro, os ATAÉ's dispunham de competências nas áreas de elaboração e subscrição de projectos de construção, de direcção técnica de obra, de fiscalização de obra, podendo ainda integrar o corpo técnico de empresas de construção civil para efeitos de obtenção de alvará (de classe inferior à classe 5)¹⁷ por parte destas.

¹⁶ Cfr. Acórdão n° 93/84, do Tribunal Constitucional, in *www.tribunalconstitucional.pt*.

¹⁷ Cfr. Portaria 16/2004, de 10 de Janeiro, n° 4.

No âmbito do novo regime de qualificação na construção¹⁸, os ATAE's, profissionais com longa história de competência e sucesso neste sector económico, vêem a sua capacidade de intervenção severamente limitada, podendo resultar na extinção de postos de trabalho ou mesmo do próprio ofício.

Na verdade, a competência dos ATAE's em matéria de elaboração de projecto é praticamente eliminada, porquanto a intervenção permitida é residual, consistindo apenas na possibilidade de “elaborar as peças escritas e desenhadas respeitantes a obras de conservação ou de alteração no interior de edifícios sujeitas a um regime de isenção de procedimento de controlo prévio, referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 6.º do RJUE.” (cfr. artigo 11.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho)

Por outro lado, em sede de direcção técnica de obra, os ATAE's, que têm vindo a desenvolver a tarefa incondicionadamente, com o novo quadro jurídico, ficam sujeitos a severas limitações, só mantendo competências em obras de edifícios (artigos 13.º e 14.º da Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro) e até ao valor máximo da classe 2 do alvará dos empreiteiros (cfr. artigo 13.º da Lei n.º 31/2009).

Relativamente à fiscalização de obra particular, actividade exercida frequentemente e de modo ilimitado pelos ATAE's, verifica-se igualmente restrição patente desta competência, porquanto as obras (particulares) em que estes profissionais passam a poder intervir raramente carecem de contratação de fiscalização.

Por fim, quanto à fiscalização de obra pública, as novas restrições legais, no respeitante ao valor (valor máximo da classe 2 do alvará) e à tipologia de obras (obras de edifícios), colocam em risco o emprego dos ATAE's, *maxime* os quadros de municípios.

¹⁸ Cfr. Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, e Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro.

2.2. – As competências profissionais dos ATAE's no quadro do novo regime de qualificação na construção e os princípios da confiança e da segurança jurídica

As normas modificadoras dos pressupostos de exercício de uma profissão acabadas de expor, não pretendendo substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, acabam por atingir posições jurídicas do passado e relativamente às quais os cidadãos/ATAE's têm a legítima expectativa de não serem perturbados pela emergência de nova regulação jurídica.

Trata-se de um típico problema de retrospectividade, importando, *in casu*, aferir da conformidade constitucional da nova norma, designadamente em termos de salvaguarda dos princípios da confiança e da segurança jurídica, averiguando, em especial da *justeza, adequação e proporcionalidade do direito transitório* previsto.¹⁹

2.2.1. Direito transitório: elaboração de projecto

Quanto à elaboração de projecto, dispõe o artigo 25º, nº 1, da Lei nº 31/2009:

“Os técnicos qualificados para a elaboração de projecto nos termos dos artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro, podem, durante o período de cinco anos contados da data de entrada em vigor da presente lei, elaborar os projectos especificamente neles previstos desde que comprovem que, nos cinco anos anteriores, já tinham elaborado e subscrito projecto no âmbito daqueles artigos, que tenha merecido aprovação municipal, ficando, no entanto, sujeitos ao cumprimento dos deveres consagrados na presente lei e, quando aplicável, à sua comprovação perante as entidades administrativas.”

Desta disposição, cumpre destacar duas notas:

¹⁹ Cfr. Gomes Canotilho, *Ob. cit.*, págs. 262-263.

1) ATAE's que não tenham subscrito, mesmo com razão atendível (saúde, ausência no estrangeiro, falta de encomendas, etc.), projectos com aprovação municipal entre 1 de Novembro de 2004 e 31 de Outubro de 2009, não poderão mais exercer a sua actividade;

2) A nova lei não contempla sequer a eventual experiência em projectos dispensados de licença camarária.

Por outra banda, estabelece o artigo 26.º, nº 1, da Lei n.º 31/2009, que “O exercício de funções de elaboração de projecto e de fiscalização de obra, em sede de contratação pública ou de actuação em obra pública, pode também ser desempenhado pelos técnicos e pessoas integrados nos quadros do dono da obra pública, que, não reunindo as qualificações 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.”

Deste preceito resulta a inibição imediata de os ATAE's apresentarem projectos em obras sujeitas a contratação pública de qualquer tipo e de exercerem tal actividade nos quadros de donos de obra pública, caso não possam comprovar o exercício de funções dessa natureza entre 1 de Novembro de 2007 e 31 de Outubro de 2009.

Pelo exposto, julgamos que os preceitos de direito transitório transcritos *supra* não acautelam justa, adequada e proporcionalmente as expectativas legitimamente fundadas dos ATAE's.

Na verdade, para muitos ATAE's, trata-se de uma afectação de expectativas inadmissível, porquanto se verifica uma mudança jurídica com que, razoavelmente, atendendo a que se trata de ofício histórico e com larga tradição

no sector da construção em Portugal, não podiam contar, sendo, por isso, inexoravelmente arrastados para a impossibilidade de trabalhar.

Mais, não consideramos que a salvaguarda dos interesses públicos subjacentes às novas exigências em matéria de qualificação profissional dos técnicos responsáveis pela elaboração e subscrição de projectos se devam considerar prevalecentes face ao sacrifício dos interesses individuais dos ATAE's.

Noutros termos: os interesses gerais (estéticos, de segurança, urbanísticos, ambientais, etc) que parecem ter presidido à mudança de regime legal prevaleceram arbitrariamente, a nosso ver, sobre a previsibilidade do comércio jurídico e sobre as expectativas dos ATAE's, as quais foram frustradas de modo excessivo e indevidamente cuidadas pelas disposições transitórias.

2.2.2. Direito transitório: fiscalização de obra

Dispõe o artigo 25.º, n.º 3, da Lei n.º 31/2009, que “Os técnicos referidos no n.º 1, ficam ainda, durante o período de cinco anos contados da data de entrada em vigor desta lei, habilitados para desempenhar a função de director de fiscalização em obra pública e particular, quanto às obras que eram, nos termos dos artigos 2.º, 3.º, 4.º e 5.º do Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro, qualificados para projectar, desde que comprovem que, nos cinco anos anteriores, já tinham elaborado e subscrito projecto ou fiscalizado obra, no âmbito daqueles artigos, que tenha merecido aprovação municipal, ficando, no entanto, sujeitos ao cumprimento dos deveres consagrados na presente lei e, quando aplicável, à sua comprovação perante as entidades administrativas.”

Os reparos feitos quanto ao artigo 25.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009, em matéria de elaboração e subscrição de projecto, são plenamente aplicáveis ao conteúdo da disposição acabada de transcrever, *não nos parecendo também aqui*

que o legislador tenha tido o cuidado de prever uma disciplina transitória justa para as situações em causa.

A direcção de fiscalização de obra (particular e pública) era actividade não regulada legalmente, mas exercida com bastante frequência pelos ATAE's, reconhecidamente competentes na tarefa; como referimos *supra*, com as limitações em termos de valor e tipologia de obras em que passam a poder intervir²⁰, os ATAE's vêem as suas oportunidades de trabalho na área da fiscalização reduzidas de modo extremamente significativo.

Trata-se de normação retrospectiva, em nosso juízo, constitucionalmente ilegítima, porquanto, ao longo dos tempos, houve um *investimento na confiança* na manutenção do *status quo* pré-existente por parte dos ATAE's, surgindo as (novas) restrições legais como *violação demasiado acentuada, diríamos mesmo opressiva, das expectativas* destes profissionais da construção.

Numa palavra: ao nível da fiscalização de obra, os interesses públicos (segurança, estética, urbanísticos) subjacentes à nova normação não devem prevalecer sobre a confiança depositada pelos ATAE's na não alteração das circunstâncias; julgamos verificar-se, assim, uma violação do princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de Direito, inexistindo disciplina transitória adequada e proporcionada aos problemas resultantes das situações em análise.

2.2.3. Direito transitório: direcção técnica de obra

No domínio da direcção técnica de obra, como tivemos ocasião de afirmar acima, o impacto dos artigos 13.º e 14.º da Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro, e do artigo 13.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, parece-nos demasiadamente oneroso para a posição dos ATAE's, sobretudo tendo em conta a inexistência de direito transitório, o qual se nos afigura neste âmbito como necessário.

²⁰ Cfr. artigos 8º, nº 4, alíneas a) a h), e 15º, nº 4, da Lei nº 31/2009, de 3 de Julho.

Deste modo, a aplicação imediata dos dispositivos legais acabados de referir não nos parece configurar para os ATAE's um mero risco normal ou ordinário que a aplicação de direito novo sempre co-envolve, antes constitui uma afectação arbitrária de direitos e expectativas legitimamente fundados destes profissionais, contrariamente ao postulado pelos princípios do Estado de Direito democrático, da confiança e da segurança.

Com isto não pretendemos defender a manutenção *ad eternum* do regime legal em situações jurídicas duradouras ou um qualquer direito à não-frustração de expectativas jurídicas dos ATAE's, mas consideramos inadmissível, na falta de uma imprevisível alteração de circunstâncias (que não descortinamos...), a formulação legislativa de consequências jurídicas tão desfavoráveis, efeitos com que os ATAE's não podiam e não deviam contar.

Resumindo: os artigos 13.º e 14.º da Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro, e o artigo 13.º da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho são, em nossa opinião, desconformes com os princípios do Estado de Direito democrático, da segurança e da confiança, mostrando-se violado o artigo 2.º da CRP, em especial porque era indispensável a previsão de (adequadas) disposições transitórias que, na esfera de competências em análise, não existem.

3. A nova legislação de qualificação dos ATAE's e o artigo 18.º da CRP

3.1. O artigo 18.º da CRP: breve caracterização

No artigo 18.º da CRP, determina-se que:

“1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. 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.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.”

O artigo citado integra o essencial do regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias: no n.º 1, acentua-se a aplicabilidade directa e a vinculação de entidades públicas e privadas como dimensões fundamentais da *força normativa* dos direitos, liberdades e garantias; nos n.ºs 2 e 3, estabelece-se o *estatuto global das leis restritivas*.

Deste modo, as restrições legais ao exercício dos direitos, liberdades e garantias, não sendo proibidas, são condicionadas à verificação (cumulativa) de requisitos materiais e formais.

Constituem pressupostos materiais de validade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias:

- a) Admissão expressa da restrição pela Constituição;
- b) Que a restrição vise salvaguardar outro direito ou interesse constitucionalmente protegido;
- c) Verificação do princípio da proporcionalidade;
- d) Não diminuição da extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Formalmente, para que a restrição de direitos, liberdades e garantias seja legítima têm de se verificar os três seguintes requisitos:

- a) Carácter geral e abstracto da lei restritiva;
- b) Ausência de efeito retroactivo da lei;
- c) A lei restritiva ser uma lei parlamentar ou, pelo menos, um decreto-lei autorizado.

3.2. – Nova legislação de qualificação dos ATAE's e direito (fundamental) de exercício da profissão

Em face do exposto anteriormente, podemos considerar que a nova legislação de qualificação dos ATAE's viola a *liberdade de trabalho*, que, embora não sendo explicitada abertamente na Lei Fundamental, decorre do princípio do Estado de Direito democrático²¹. Mas, como quer que seja, sempre estaria em causa a liberdade ou o direito fundamental de exercício da profissão.

Sobre esta liberdade, dispõe o artigo 47.º da CRP, que:

“1. Todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade.

2. Todos os cidadãos têm o direito de acesso à função pública, em condições de igualdade e liberdade, em regra por via de concurso.”

²¹ Cfr. Acórdãos n.ºs 328/94 e 187/01, do Tribunal Constitucional, *in* www.tribunalconstitucional.pt.

A liberdade de escolha de profissão é um direito fundamental complexo, que comporta várias componentes²²:

- a) Obtenção das habilitações necessárias ao exercício da profissão;
- b) Ingresso na profissão;
- c) Exercício da profissão;**
- d) Progresso na carreira profissional.

O exercício desta liberdade – liberdade de profissão - implica, necessariamente, o não impedimento de escolher e *exercer* qualquer profissão para a qual se tenham os necessários requisitos.

3.3. Liberdade de (exercício da) profissão e artigo 18.º da CRP

3.3.1. Os limites à liberdade constitutiva do legislador

O legislador – a Assembleia da República e também o Governo - goza de uma ampla liberdade de conformação – uma liberdade de conformação das situações e relações jurídicas que é atribuída e garantida pela Constituição. Pelo que o juízo sobre a conformidade de uma norma legislativa com a Constituição há-de ter sempre em consideração essa liberdade, designadamente no contexto da divisão dos poderes, *maxime* nas relações entre o poder legislativo e o poder judicial.

Efectivamente, se é certo que todas as normas constitucionais têm um conteúdo preceptivo mínimo, a verdade é que nem todas apresentam o mesmo grau de determinação ou pelo menos nem sempre apresentam um conteúdo imediatamente determinado ou determinável a nível constitucional em termos de imporem uma vinculação total das decisões legislativas.

²² No sentido do texto, Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, págs. 653-654.

Significa isto que tem de reconhecer-se que o legislador, não obstante estar em todos os casos vinculado pelas normas constitucionais, nem sempre se encontra vinculado a estas normas com o mesmo grau ou com a mesma intensidade. Para além disso, a própria Constituição deixa intencionalmente para a decisão legislativa espaços de decisão que devem ser constitucionalmente entendidos como uma responsabilidade própria do legislador, gozando, na sua qualidade de órgão democraticamente legitimado, do poder de escolha entre várias soluções possíveis.

Nestes termos, os tribunais, em especial o Tribunal Constitucional, devem, no controlo da constitucionalidade das leis, adoptar uma “postura” metódica funcionalmente adequada, de molde a respeitar aquele espaço de responsabilidade (constitucional) própria do legislador, desde que – é claro – não esteja apenas em causa um mero exercício legislativo de estrita execução da Constituição.

Contudo, se aquele espaço de responsabilidade própria do legislador apela a uma autocontenção judicial na função de fiscalização da constitucionalidade das leis, não menos verdade é o facto de ele não dever ou poder servir de argumento “inibidor” do juízo de inconstitucionalidade quando se verifique a violação de regras ou de princípios constitucionais.

Significa isto que a referida liberdade de conformação do legislador está sujeita a limites; limites imediatamente impostos pela Constituição, mas a que devem adicionar-se outros padrões ou parâmetros jurídico-normativos da actividade legislativa, em especial as normas de direito internacional.

A superioridade normativa da Constituição manifesta-se no respeito, quer pelas regras ou disposições constitucionais, formais ou substanciais, que definem pressupostos ou condições dos actos legislativos, quer pelos princípios

constitucionais, em especial pelos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, designadamente em matérias que envolvam direitos fundamentais dos cidadãos.

Entre aqueles princípios surgem, a par de outros, o princípio da igualdade, enquanto proibição de discriminação e proibição do arbítrio, o princípio da proporcionalidade, enquanto proibição do excesso, especialmente relevante em sede de restrições de direitos, liberdades e garantias, o princípio da protecção da confiança legítima, a que podem adicionar-se os princípios da boa fé e da proibição de abuso de poder no exercício da actividade legislativa.

À luz destes parâmetros limitadores da actividade legislativa, não apenas se admite, como se impõe ou exige a fiscalização judicial da actividade legislativa, com vista a verificar a sua conformidade com aqueles princípios jurídico-constitucionais.

Conforme decorre da parte final do n.º 1 do artigo 47.º da CRP, atrás citado, a liberdade de profissão é um dos casos expressamente previstos de restrições legais de direitos, liberdades e garantias (cfr. artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, da Lei Fundamental).

Em nome do interesse público, a lei pode estabelecer restrições à liberdade de profissão – a de escolha e a de exercício -, desde que não se frustrate “o conteúdo essencial da liberdade de profissão no âmbito de uma sociedade democrática (cfr. artigo 29.º, n.º 2, da Declaração Universal), impondo a alguém certa profissão contra a sua vontade ou **impedindo arbitrariamente alguém de vir a exercer ou de continuar a exercer a sua profissão.**”²³ (negrito nosso)

Desta sorte, leis restritivas do exercício da profissão, como a Lei n.º 31/2009, só podem ser justificadas em nome de interesses públicos compatíveis com a Lei Fundamental e se necessárias e proporcionadas; não podendo, por

²³ Cfr. Jorge Miranda/Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra editora, 2005, págs. 476-477.

exemplo, estabelecer-se requisitos académicos (graus ou formações) que não sejam essenciais ao exercício da profissão.²⁴

Neste sentido, entendemos ser inevitável o juízo de inconstitucionalidade das exigências prescritas no artigo 25.º, n.º 4, da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, no qual se dispõe que “Após o decurso do período transitório, os técnicos referidos nos números anteriores podem ainda prosseguir a sua actividade, 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.”

Na verdade, não nos parece defensável²⁵ ter por adequada e necessária a obrigatoriedade de ATAE's, profissão de larga tradição e experiência na construção em Portugal, disporem de licenciatura em certas áreas (v.g. arquitectura, engenharia) para continuar a exercer a actividade que há anos desenvolvem com reconhecida competência. E, igualmente, não pode ter-se por razoável tal exigência, nem proporcionada face aos valores comunitários (segurança, interesses urbanísticos, ambiente, etc) que se procuram garantir.

Por fim, na linha do que já salientou acima, disposições como os artigos 26.º, n.º1, e 13.º, da Lei n.º 31/2009, na medida em que parecem traduzir-se na inevitabilidade de despedimentos de vários ATAE's integrados nos quadros das Câmaras Municipais (ou de outros donos de obra pública) ou num impacte restritivo desproporcionado nas oportunidades de trabalho destes profissionais (e dos profissionais detentores de curso de especialização tecnológica), tem de concluir-se pela sua inconstitucionalidade por implicarem uma violação/restricção

²⁴ Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *ob. cit.*, pág. 657.

²⁵ Sobre o critério de defensabilidade que há-de nortear o controlo da proporcionalidade das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, *vide* Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pág.s. 233-234.

(injustificada) da liberdade de exercício de profissão e uma afronta intolerável do princípio da confiança.

O mesmo juízo resulta da sujeição de tais normas ao teste do princípio da proporcionalidade, concretizado nos seus três subprincípios constitutivos:

i) O princípio da conformidade ou **adequação**, a impor que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes;

ii) O princípio da exigibilidade ou da **necessidade**, a exigir sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão;

iii) O princípio da **proporcionalidade em sentido estrito**, entendido como princípio da “justa medida”, sendo meios e fins colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objectivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.

No crivo destes subprincípios, a determinação do regime citado significa, do ponto de vista jurídico-constitucional, uma medida legislativa restritiva da liberdade de profissão prevista no artigo 47.º da CRP, enquanto componente da liberdade de trabalho, abrangendo, como um dos seus conteúdos, a liberdade de escolha de profissão e de a ela aceder, e também de a exercer ou de não a exercer²⁶.

²⁶ Sobre os diferentes conteúdos da liberdade de profissão e acentuando a sua relação com a liberdade de trabalho, v., por todos, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª ed. revista, 2007, págs. 652 e segs.

A liberdade de profissão tem, como se disse, a natureza de direito, liberdade e garantia, gozando do regime especial dos artigos 17.º e 18.º da Constituição, e, nessa qualidade, comporta, para além de uma dimensão positiva, uma **dimensão negativa**, que exprime a sua (clássica) vertente de direito de defesa, envolvendo, quer a faculdade de não ser impedido de escolher a profissão para a qual se tenham os necessários requisitos, quer a faculdade de não ser impedido de a exercer²⁷ – dimensão que impõe um **dever de abstenção e respeito** aos poderes públicos, desde logo ao legislador, mas também à Administração, e abrange todas as possíveis actuações lesivas destes poderes - sejam actuações jurídicas, normativas (por via legislativa e regulamentar) ou individuais e concretas (actos administrativos), sejam actuações materiais, traduzidas na adopção de condutas, comportamentos e operações materiais.

Por isso, o direito de os ATAE's exercerem as funções profissionais a que acederam ao abrigo de um certo regime constitui uma liberdade e não uma competência.

Através do preenchimento de diversos requisitos legais e da sujeição a actos jurídico-públicos, os ATAE's, no pleno exercício da liberdade de profissão, adquiriram um novo estatuto jurídico-profissional – estatuto que lhes foi conferido por acto público (acto administrativo de aquisição/certificação de habilitações, licença/obtenção de carteira profissional, nomeação, sob prévio concurso público, para uma carreira profissional pública, etc.), investindo-os num complexo de deveres funcionais, mas também de direitos.

Nestes termos, encontra-se o legislador ordinário jurídico-constitucionalmente impedido de ignorar ou negar a situação jurídica daqueles profissionais, que, no uso da liberdade de profissão, optaram por desempenhar as actividades para as quais adquiriram as exigidas habilitações e credenciações legais e adquiriram, nos termos da lei, o direito de as exercerem.

²⁷ Sobre as diversas dimensões (e conteúdos) dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 4ª ed., 2009, especialmente as págs. 167 e segs.

Ora, como vimos, o acesso a tais actividades profissionais desenvolveu-se na vigência de um regime legal e estatutário que permitia o livre exercício daquelas funções.

Por outras palavras, os ATAE's actuaram no exercício da liberdade de profissão e da liberdade de trabalho, sendo consensual na doutrina e jurisprudência – repetimos - que aquelas liberdades constituem, na sua dimensão subjectiva, faculdades jusfundamentais com a natureza de direitos, liberdades e garantias, e, enquanto tais, sujeitas ao regime especial dos artigos 17.º e 18.º da Constituição²⁸.

Significa isto, como também já referimos, que o legislador que aprovou a Lei n.º 31/2009 estava constitucionalmente vinculado a não restringir aquelas liberdades a não ser no respeito pelos princípios da proporcionalidade – isto é, na medida em que essa restrição fosse adequada, necessária para a realização de um valor comunitário que jurídico-constitucionalmente a justificasse e não fosse desrazoável ou desproporcionada.

O regime da Lei n.º 31/2009 apenas seria jurídico-constitucionalmente tolerado se, na sua fixação, tivessem sido respeitados os princípios que regem as restrições legislativas dos direitos, liberdades e garantias, através do estabelecimento de disposições transitórias que ressaltassem, expressa e claramente, as situações jurídico-profissionais legalmente constituídas ao abrigo do direito anterior.

Para o efeito, era essencial fazer valer aquele regime apenas para o futuro, não afectando, consequentemente, a faculdade de exercício da profissão pelos ATAE's à qual acederam ao abrigo do regime legal anterior, e respeitando, portanto, o estatuto jurídico que, a coberto do seu exercício, se constituiu na esfera jurídica de cada um dos ATAE's.

²⁸ Para além da sua irredutível dimensão objectiva enquanto valores constitucionais, à luz do princípio do Estado de Direito – salientando as dimensões objectivas dos direitos fundamentais, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais ...*, págs. 107-111.

Este desvio relativamente à regra geral de aplicação das leis no tempo constante do artigo 12.º do Código Civil resulta de uma exigência jurídico-constitucional, o qual, aliás, não deixa de fazer cada vez mais sentido no actual contexto histórico, em que se assiste a uma crescente complexidade e abundância legislativa, que põe em causa a segurança jurídica, a previsibilidade e a confiança legítima que os cidadãos depositam nas leis em vigor – em especial quando está em causa a restrição ao exercício de liberdades fundamentais²⁹.

Por outro lado, nesta matéria é ainda decisivo para a determinação do sentido das disposições legais a observância do **dever de interpretação e aplicação das leis em conformidade com os direitos fundamentais** – postulado que resulta da superioridade normativa da Constituição e, em especial, da aplicabilidade directa dos preceitos que consagram direitos, liberdades e garantias.

O cumprimento daquele dever implica desde logo, como vimos, a inadmissibilidade da retroactividade das leis ou da interpretação que delas se faça aos casos concretos.

Ora, também já o salientámos, uma norma não é retroactiva apenas quando visa produzir efeitos a partir de uma data anterior à sua entrada em vigor, mas também nas situações em que a lei nova, não obstante pretender apenas aplicar-se para o futuro, liga os seus efeitos a situações de facto existentes antes da sua entrada em vigor, afectando ou incidindo sobre direitos, situações, posições e relações jurídicas constituídas e existentes nessa data. Nestes casos, a nova disciplina não pretende substituir retroactivamente a disciplina jurídica anterior, mas, pelo regime que estabelece e do modo como o estabelece, atinge as situações jurídicas geradas e garantidas por aquele direito.

²⁹ Sobre o problema a que se alude no texto, v. José Luis Palma Fernández, *La seguridad jurídica ante la abundancia de normas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Cuadernos y Debates, 68, 1997, e Constantin Yannakopoulos, *La Notion de Droits Acquis en Droit Administratif Français*, L.G.D.J, 1997.

Estamos ante a comumente designada **retroactividade inautêntica ou retrospectividade.**

No que respeita à matéria de direitos fundamentais, também a jurisprudência que o Tribunal Constitucional tem vindo a sufragar desde há bastante tempo determina que o princípio do Estado de Direito postula “uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”, conduzindo à consideração de que “a normação que, por natureza, obvie de forma *intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva* àqueles mínimos de certeza e segurança jurídica que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar, como dimensões essenciais do Estado e direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica”³⁰.

E tratando especificamente a retroactividade inautêntica ou retrospectividade, no Acórdão n.º 287/90, entre outros, o Tribunal Constitucional, para efeitos de tutela do princípio da segurança jurídica na vertente material da protecção da confiança, definiu a ideia de **arbitrariedade ou excessiva onerosidade** com base no critério da afectação de expectativas, em sentido desfavorável, que será inadmissível quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar e, ainda, quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevacentes, devendo recorrer-se, neste caso, ao **princípio da proporcionalidade.**

Numa consensual interpretação doutrinal, definem-se como pressupostos da lesão da confiança, que os poderes públicos tenham actuado no sentido de gerar nos cidadãos **expectativas de continuidade**, que os cidadãos tenham feito

³⁰ Cfr., entre outros, o Acórdão n.º 303/90, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17.º vol., pág. 65.

planos de vida com fundamento nessas expectativas, que tais expectativas sejam **legítimas** e que não haja um interesse público que tenha necessariamente de prevalecer sobre essas expectativas.

Verifica-se, assim, uma opção clara da jurisprudência constitucional pela **afirmação do princípio da protecção da confiança** nas situações em que haja lugar a uma mudança legislativa que afecte legítimas expectativas de determinadas pessoas, que há-de ser especialmente forte quando esteja em causa uma limitação de direitos, liberdades e garantias.

É igualmente esta a orientação seguida na generalidade dos países europeus, afirmando-se que na protecção da confiança dos cidadãos deve ter-se em conta a ponderação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da boa fé.

Na verdade, é consensualmente aceite que a garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito constituem dimensões objectivamente inerentes a uma ordem jurídica constitucionalmente concebida e estruturada pelo princípio do Estado de Direito.

Do mesmo modo, numa perspectiva subjectiva daqueles princípios, impõe-se a uma ordem de Direito salvaguardar e garantir que os cidadãos possam, com segurança, calcular e prever os efeitos jurídicos dos seus actos. Ou por outras palavras, os cidadãos têm o direito de poder confiar que aos seus actos, praticados com base em normas jurídicas vigentes e válidas num certo momento histórico, são atribuídos determinados efeitos – os efeitos prescritos pelo ordenamento jurídico – e que estes efeitos também são garantidos e protegidos pelo mesmo ordenamento. De igual forma, têm o direito de poder confiar que às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações jurídicas ou com base nas quais exerceram (e exercem) os seus direitos, programaram, alicerçaram e estabilizaram os seus projectos de vida, se ligam os efeitos que, para as mesmas, prescreve o ordenamento jurídico.

Estas refrações materiais do princípio do Estado de Direito constituem dimensões inerentes à condição da existência humana, na medida em que o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida³¹.

Tomando mais uma vez em consideração o caso concreto, à luz deste entendimento constitucional, verifica-se que, sob a vigência de um certo quadro jurídico, vários cidadãos acederam ao exercício de certas profissões, às quais correspondia um determinado conteúdo funcional, adquirindo por acto público um estatuto jurídico-profissional.

Esses cidadãos, no exercício da liberdade de profissão e no cumprimento das regras estabelecidas por lei, fizeram o seu investimento profissional e pessoal, tendo planeado e programado as suas actividades confiando, com segurança, que as poderiam exercer de forma estável e duradoura – tratando-se de opções relativas ao exercício de certa actividade profissional e económica, que são, segundo as regras normais, tomadas por tempo indeterminado.

Parecem, assim, perfazer-se os pressupostos acima referidos quanto ao **investimento de confiança** feito por particulares ao abrigo de expectativas legítimas de continuidade decorrentes da actuação dos poderes públicos (ao nível legislativo e administrativo).

Pelo que restaria, então, saber se, não havendo um direito à inalterabilidade do Direito, há, no caso, uma mudança legislativa que implique a prevalência necessária do interesse público em termos de excluir essas legítimas expectativas de continuidade. E, sob este aspecto, vimos já que os interesses invocados não podem ter-se como justificadores das medidas aniquiladoras adoptadas, tomando em conta especialmente que, no caso – aliás, à semelhança da prática já seguida para diversas classes profissionais -, o legislador dispunha (e dispõe) de um quadro de alternativas que lhe permitem a prossecução do

³¹ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 6ª ed., pág. 257.

desiderato pretendido pela Lei n.º 31/2009, sem que, para o efeito, tenha de sacrificar liberdades fundamentais dos profissionais em causa.

Em síntese: a definição de um quadro jurídico ao abrigo do qual as actividades profissionais e económicas podem ser exercidas e desenvolvidas não está imune a mutações políticas e a novas condicionantes normativas, eventualmente limitadoras da liberdade de profissão, que podem até traduzir exigências constitucionais de restrição legislativa; a excepção diz respeito à protecção de situações que foram legitimamente constituídas e consolidadas sob um certo parâmetro legislativo e que, de forma radical e abrupta, se veriam aniquiladas por intervenções públicas supervenientes, especialmente, como é o caso, quando estão em causa direitos, liberdades e garantias³².

Nestes termos, concluímos, pois, que a Lei n.º 31/2009, pelo concreto regime que determina - ou por aquele que não estabeleceu e devia ter estabelecido - é inconstitucional por não ressaltar os efeitos de situações legitimamente constituídas ao abrigo de um certo regime legal e cuja manutenção não tem de ser necessariamente sacrificada pelas novas opções político-legislativas.

5. A Delegação da função legislativa

³² Em sentido próximo, Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2004, págs. 263, 264 e 267, quando, em tese geral, afirma que os particulares têm, não apenas o direito a saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como, também, o direito a não verem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal.

Dispõe o n.º 7 do artigo 27.º da Lei n.º 31/2009, que “Caso não tenham sido celebrados os protocolos referidos no presente artigo, no prazo de definido no número anterior, a definição das qualificações específicas adequadas à elaboração de projecto, direcção de obra e fiscalização de obra é aprovada nos dois meses subsequentes, por portaria conjunta dos membros do Governo que tutelam as áreas das obras públicas e do ensino superior”.

Sobre esta disposição impõe-se também um esclarecimento. É o que se fará de seguida.

Para além da atípica situação de uma lei da Assembleia da República ser objecto de regulamentação por acto normativo de natureza regulamentar, verifica-se ainda que a Lei n.º 31/2009, através daquela disposição, procede à deslegalização da função legislativa.

A este propósito dispõe o artigo 112.º, n.º 5, da CRP, que “Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos.”

Ora, no caso concreto o específico enquadramento do regime em causa, a Lei n.º 31/2009, ao remeter para portaria a definição de qualificações específicas que não-de permitir ou negar o acesso ao exercício de certas actividades, tal significa uma remissão em branco para a função administrativa do poder de estabelecer uma disciplina inovadora, incluindo de natureza restritiva, numa matéria constitucionalmente reservada ao Parlamento, salvo autorização ao Governo, através de decreto-lei autorizado. Aquelas qualificações viriam a ser estabelecidas na Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro.

Consequentemente, a Lei n.º 31/2009 é ainda inconstitucional por violação do citado artigo 112.º da CRP.

5. Como proceder

Em termos procedimentais/processuais, para além do direito de queixa ao Provedor de Justiça e de um eventual pedido de audiência à Comissão de Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República, pode adiantar-se o caminho a seguir descrito.

A associação representativa ou os profissionais (ou apenas um) podem requerer, por exemplo, ao presidente de uma câmara municipal competente que os autorize a praticar todos os actos e a desenvolver todas as funções como habitualmente, dispensando-os concomitantemente do cumprimento das exigências legais e administrativas, impostas, respectivamente, pela Lei n.º 31/2009 e Portaria n.º 1379/2009, de 30 de Outubro

O presidente da câmara muito provavelmente indeferirá o pedido. Este acto é, formal e materialmente, um acto administrativo, susceptível de impugnação directa nos tribunais administrativos, através de uma acção especial de impugnação. Nesta acção deve ser desde logo alegada a inconstitucionalidade da Lei n.º 31/2009 e da respectiva Portaria regulamentadora.

Uma outra via poderá passar pela impugnação directa da Portaria referida, na medida em que é produtora de efeitos directa e imediatamente operativos, através de uma acção especial de impugnação de normas. Nesta acção deve igualmente ser alegada a inconstitucionalidade da Lei n.º 31/2009 e da Portaria regulamentadora.

6. Conclusões

1.^a Em tempos de intensa actividade legislativa, com constantes e numerosas alterações de disciplinas jurídicas diversas, a importância prática do problema da *aplicação da lei no tempo* assume cada vez mais protagonismo, assumindo também cada vez mais acuidade a tarefa de proteger a estabilidade das situações jurídicas constituídas dos cidadãos.

2.^a A função estabilizadora do direito implica, em regra, um princípio da não retroactividade, o qual constitui um verdadeiro princípio universal de direito, que decorre da própria essência do Direito.

3.^a À semelhança da maioria das constituições modernas, o princípio da não retroactividade não se encontra consagrado entre nós como princípio constitucional geral, sendo assim permitido ao legislador ordinário conferir retroactividade às leis que emite, salvo se esta implicar a violação de direitos fundamentais constitucionalmente tutelados ou de princípios ou garantias assegurados na Lei Fundamental que se sobreponham aos interesses públicos visados com a opção pela aplicação retroactiva de disposições jurídicas.

4.^a Embora não haja um verdadeiro problema de retroactividade que afecte um direito, nos casos de *retroactividade inautêntica ou retrospectiva*, os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança, que enformam o princípio do Estado de Direito (cfr. artigo 2º da CRP), impõem limites (constitucionais) que o legislador ordinário tem de respeitar.

5.^a Para além de abranger múltiplos princípios e regras constitucionais, o *princípio do Estado de Direito democrático* produz, de *per se*, eficácia jurídico-normativa, nomeadamente quando a normação positiva constituir afronta

intolerável, arbitrária ou (demasiadamente) opressiva dos mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o Direito têm de respeitar.

6.^a As normas modificadoras dos pressupostos de exercício de uma profissão, não pretendendo substituir *ex tunc* a disciplina normativa existente, acabam por atingir posições jurídicas do passado e relativamente às quais os cidadãos têm a legítima expectativa de não serem perturbados pela emergência de nova regulação jurídica.

7.^a Os interesses gerais (estéticos, de segurança, urbanísticos, ambientais, etc.) que parecem ter presidido à mudança de regime legal de qualificação dos técnicos da construção prevaleceram *arbitrariamente* sobre a *previsibilidade* do comércio jurídico e sobre as *expectativas* dos agentes técnicos de arquitectura e engenharia (ATAE's), as quais foram *frustradas de modo excessivo e indevidamente cuidadas pelas disposições transitórias* da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho.

8.^a Não é igualmente defensável ter por *adequada e necessária* a obrigatoriedade de ATAE's, profissão de larga tradição e experiência na construção em Portugal, disporem de licenciatura em certas áreas (v.g. arquitectura, engenharia) para continuar a exercer a actividade que, muitas vezes, há anos desenvolvem com assinalável competência, não se considerando também *razoável* tal exigência, nem *proporcionada* face aos valores comunitários (segurança, interesses urbanísticos, ambiente, etc) que se procuram garantir.

9.º Por isso, entendemos que é inevitável o juízo de *inconstitucionalidade das exigências prescritas no artigo 25.º, n.º 4*, da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho.

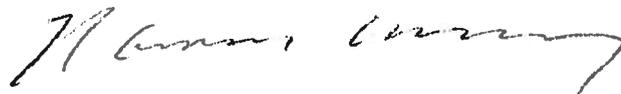
José Joaquim Gomes Canotilho

10.^a *Disposições como os artigos 26º, nº1, e 13º da Lei nº 31/2009, na medida em que parecem traduzir-se na inevitabilidade de despedimentos de vários ATAE's integrados nos quadros das Câmaras Municipais (ou de outros donos de obras públicas) ou num impacte restritivo desproporcionado nas oportunidades de trabalho destes profissionais (e dos profissionais detentores de curso de especialização tecnológica), são inconstitucionais, por violação (injustificada) da liberdade de exercício de profissão e afronta intolerável do princípio da confiança.*

11.º A Lei n.º 31/2009 é ainda inconstitucional por proceder à deslegalização da função legislativa contra o disposto no artigo 112.º, n.º 5, da Constituição.

Este é, salvo melhor, o nosso parecer.

Faculdade de Direito de Coimbra, 27 de Dezembro de 2010



(José Joaquim Gomes Canotilho)
(Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra)

parecer

João Caupers

Consulta

A Associação dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia (AATAE) pretende obter o meu parecer sobre a (in)constitucionalidade do regime legal consignado na Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, que veio regular a actividade dos profissionais representados por aquela associação, nomeadamente no plano das qualificações indispensáveis à continuação do respectivo exercício pelos profissionais habilitados nos termos da legislação anterior.

Parecer

I – Antecedentes e contexto

1. A designação *agente técnico de arquitectura e engenharia* aplica-se hoje a profissionais que já tiveram outras designações, a última das quais *construtor civil diplomado*. A derradeira alteração de nomenclatura teve por objectivo principal pôr termo aos equívocos que a designação *construtor civil* comportava, nomeadamente por também ser aplicada a industriais de construção civil.

No quadro legal e regulamentar imediatamente anterior ao da Lei n.º 31/2009 – cuja peça essencial era o Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro – estes profissionais encontravam-se qualificados para desempenhar diversas funções no âmbito da actividade de construção civil. Simplificando:

- a) Podiam subscrever projectos de edificios até certos limites de complexidade e de área edificável, bem como projectos de alteração a edificios já existentes;
- b) Podiam assumir a direcção técnica e a fiscalização de certas obras;
- c) Podiam ainda ser responsáveis técnicos por obras, no quadro de empresas de construção titulares de alvará de classe inferior à classe 5.

Estas qualificações profissionais inseriam-se na tradição da classe, tradição que remontava aos profissionais habilitados com os antigos cursos de Construtores de Obras Públicas, de Mestres de Obras de Construções Civas e Obras Públicas, de Mestrança de Construção Civil e com, os mais recentes, Curso Técnico-Profissional de Edificações e Obras e Curso Técnico-Profissional de Especialização de Construtor Civil.

2. A recente Lei n.º 31/2009 veio alterar profundamente este panorama, pondo um termo inesperado a uma história que vinha sendo marcada pelo crescente reforço da

qualificação destes profissionais. Nela se estabelecem novas regras, designadamente de qualificação profissional para a subscrição de projectos, para a direcção técnica de obra e para a respectiva fiscalização.

Do actual regime legal resulta, também simplificando, que as qualificações dos agentes técnicos de arquitectura e engenharia ficam limitadas:

a) À subscrição de projectos de obras sujeitas a regime de isenção de procedimento de controlo prévio (fundamentalmente, obras de conservação e alteração de interiores);

b) À direcção e fiscalização de obras em edifícios com estimativa de custo até ao valor limite da classe 2 de alvarás (desde que sejam titulares de certificado de aptidão profissional de nível IV ou curso de especialização tecnológica).

Para se ter uma ideia aproximada do efeito que o novo regime legal terá nos profissionais que exercem actualmente a actividade, bastará dizer que os agentes técnicos de arquitectura e engenharia perderão totalmente (salvo aspectos residuais) a capacidade para subscrever projectos, estimando-se em 70% a redução na capacidade de direcção de obras, em 60% a redução na capacidade de fiscalização de obras particulares e em 80% a de fiscalização de obras públicas.

3. Uma alteração do regime legal tão substancial – e drástica, pois limita as possibilidades de trabalho dos profissionais em causa a uma parte insignificante daquelas que hoje ainda possuem – conduziu o legislador a estabelecer um regime transitório.

Simplificando uma vez mais, tal regime engloba duas etapas, que se sucedem no tempo: a primeira tem a duração de cinco anos e esgotar-se-á em 31 de Outubro de 2014; a segunda prolongar-se-á por mais dois anos, terminando em 31 de Outubro de 2016.

Durante o quinquénio que já decorre os agentes técnicos de arquitectura e engenharia que comprovem que, entre 1 de Novembro de 2004 e 1 de Novembro de



2009, já tinham visto aprovado pelas autoridades municipais projectos por si elaborados e subscritos nos termos admitidos pelo regime legal anterior (a) podem continuar a fazê-lo; e (b) mantém capacidade para fiscalizar as obras para cujos projectos se encontravam qualificados nos termos daquele regime.

No biénio subsequente aqueles técnicos ainda podem continuar o seu trabalho nos mesmos termos, desde que comprovem estar matriculados em instituição de ensino superior e terem completado, até ao final do quinquénio anterior, 180 créditos ou três anos curriculares.

4. Fantasiemos um pouco.

Imaginemos que era publicada uma lei determinando que o exercício da advocacia passava a exigir como qualificação académica o mestrado em direito; e que tal exigência também se aplicava aos actuais advogados; e que aqueles de entre estes que apenas tivessem como qualificação a licenciatura em direito (a esmagadora maioria!) teriam um período de alguns anos para obter o grau de mestre em direito, período durante o qual poderiam continuar a advogar; terminado este, os que o não conseguissem deixariam, pura e simplesmente, de poder exercer a profissão.

Hipótese mirabolante, absurda, que, no mínimo, causaria uma grave convulsão política (basta pensar que a advocacia é a profissão mais representada entre os deputados da Assembleia da República!).

Bem vistas as coisas, porém, foi isto mesmo que aconteceu aos agentes técnicos de arquitectura e engenharia – ou irá acontecer, se a lei não vier a ser alterada: aqueles que não puderem obter a necessária qualificação académica – e pense-se em profissionais de cinquenta e tantos anos de idade, com trinta de exercício profissional devidamente habilitado – serão proibidos de fazer o que sempre fizeram, caso já não se sintam com coragem ou paciência para voltar à escola.



Um velho e sábio professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa ensinou-me que, quando chegamos a uma solução para um problema jurídico que repugna à nossa consciência, trata-se, as mais das vezes, de uma solução errada.

As consequências da lei cuja apreciação me foi pedida não podem deixar de impressionar, considerado o violento impacto que terão na vida de alguns milhares de pessoas.

Serão essas consequências necessárias? Terão elas uma fundamentação técnica bastante? Serão compatíveis com os imperativos constitucionais?

São estas as questões que importa esclarecer.

II – Enquadramento jurídico

5. A questão essencial colocada na presente consulta é uma questão de constitucionalidade: trata-se de apreciar a conformidade constitucional de uma lei. A constitucionalidade material, esclareça-se, pois que o que há que analisar é a compatibilidade das normas de um diploma legal com os imperativos constitucionais relativos à *substância* do regime legal em causa.

Essa substância é aquilo que a Constituição designa, no n.º 1 do artigo 47.º, *liberdade de escolha de profissão*. Isto determina que o estudo do problema deva começar pela aferição da conformidade do novo regime legal do exercício da profissão de agente técnico de arquitectura e engenharia com o preceito da lei fundamental.

O preceito constitucional estabelece que *todos têm o direito de escolher livremente a profissão ou o género de trabalho, salvas as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua própria capacidade*.

Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que a liberdade de escolha de profissão apresenta duas dimensões, uma negativa e outra positiva. A primeira consubstancia-se na liberdade de não ser forçado, nem impedido, de escolher e exercer



uma certa profissão; a segunda engloba o direito de obter os requisitos legalmente exigidos para o exercício de determinada profissão e o direito de aceder a esta em condições de igualdade¹.

Já para Jorge Miranda e Rui Medeiros a liberdade de escolha de profissão decompõe-se nos direitos de escolher livremente a profissão, de aceder à formação escolar adequada, de obter a formação técnica e a prática profissional exigidas, de preencher os requisitos necessários à promoção na carreira profissional, de escolher uma especialidade profissional e conseguir as correspondentes habilitações e de mudar de profissão².

Esta decomposição do preceito do constitucional, esclarecendo embora o conteúdo da liberdade de escolha de profissão, não resolve o nosso problema, que não incide sobre os requisitos, abstractamente considerados, de acesso a uma actividade profissional, mas sobre a aplicabilidade dos novos requisitos de acesso àqueles que já a vêm exercendo, podendo de tal aplicação resultar uma espécie de «inabilitação superveniente» para esse exercício. A verdade é que nenhum dos respeitadores constitucionalistas citados se ocupa de um *direito à continuação do exercício de uma determinada profissão* – talvez porque a questão nunca se tenha posto entre nós.

6. Note-se que a circunstância de a lei estabelecer condições que limitam o acesso a uma actividade profissional, em si, não contende com o imperativo constitucional. Na verdade, é a própria lei fundamental que admite, no mesmo n.º1 do artigo 47.º, que esta liberdade sofra *as restrições legais impostas pelo interesse colectivo ou inerentes à sua* (dos visados pelas restrições) *própria capacidade*.

Note-se que tais restrições têm de ser *legais*, encontrando-se, pois, esta liberdade sujeita a reserva de lei restritiva.

¹ Cfr. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª edição, Coimbra, 2007, p.653.

² Cfr. *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra, 2005, p.475.

Tais restrições podem ter duas razões de ser distintas: (a) a capacidade daqueles a quem se aplicam ou (b) imposições de interesse colectivo.

No caso que nos ocupa, não parece relevante a primeira razão de ser: tratando-se de pessoas que exerceram a actividade durante décadas, seria extraordinário que as restrições agora impostas resultassem de dúvidas supervenientes quanto à respectiva capacidade!

Resta, pois, a hipótese de as restrições em causa resultarem de uma reavaliação do interesse colectivo.

É, porém, necessário ter em conta que nem todas as restrições legais ao exercício de uma actividade profissional são aceitáveis: *os limites relativos aos pressupostos subjectivos (qualificação pessoal, capacidade, habilitações) são admissíveis desde que, como é óbvio, sejam teleologicamente vinculados (interesse público) e não violem o princípio da proibição do excesso (necessidade, exigibilidade e proporcionalidade)*³.
Adiante se voltará este ponto.

Jorge Miranda e Rui Medeiros são ainda mais explícitos quanto aos limites destas restrições:

*Todavia, não é apenas por haver lei a estabelecer restrições que elas se tornam admissíveis: é mister, sob pena de desvio de poder legislativo, estear a decisão legislativa num fundamento razoável. E não basta a alegação do interesse colectivo: é mister fazê-lo patente, tem de ser um interesse compatível com os valores constitucionais e ele só pode projectar-se sobre a liberdade de profissão na medida do necessário*⁴.

Torna-se, pois, imprescindível analisar a restrição introduzida na nova lei: os interesses prosseguidos com ela, os seus fundamentos, a sua compatibilidade com outros valores constitucionalmente relevantes, enfim, a sua medida.

³ Cfr. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *op. cit.*, p.657.

⁴ *Op. cit.*, p.476.

Naturalmente que os interesses prosseguidos com uma medida tão drasticamente limitadora do exercício profissional deveriam ser evidentes (*patentes*, nas palavras de Jorge Miranda e Rui Medeiros). Deveriam, pelo menos, inserir-se num contexto explícito de melhoria da qualidade técnica do exercício das actividades de projectista e de director e fiscal de obras. Deveriam, no mínimo, assentar em avaliações rigorosas de deficiências apontadas ao exercício profissional daqueles que agora se pretende excluir deste. Deveriam, sobretudo, demonstrar a sua compatibilidade com valores constitucionais muito importantes, nomeadamente a protecção da confiança, evidenciando que a prossecução dos interesses colectivos considerados impunha, sem alternativa possível, a interdição do exercício profissional a todos quantos não quisessem ou não pudessem obter as qualificações profissionais exigidas pela lei nova.

7. Convocada que está a ideia de *protecção da confiança*, é conveniente clarificá-la, explicitando também a sua relevância no caso.

Vimos já que não é possível dirigir qualquer censura ao diploma legal em apreço apenas com base no artigo 47.º da Constituição. O que não admira, na medida em que o aspecto mais controverso do diploma não consiste, como dissemos, na determinação das condições de acesso à profissão de agente técnico de arquitectura e engenharia – que, em si mesmas, não justificam, como se disse, controvérsia constitucional –, mas, sim, a circunstância de tais condições se aplicarem, com um termo inicial suspensivo de cinco anos, aos profissionais que se encontravam habilitados a exercer a profissão à data da publicação da lei e a vinham exercendo efectivamente, nalguns casos há décadas.

É esta “expulsão” do exercício da actividade de profissionais até então – e ainda hoje – habilitados a exercê-la, que suscita um segundo plano de análise da conformidade constitucional. Ao jurista familiarizado com o texto da lei fundamental vêm à memória as ideias, em que reconhece relevância constitucional, de «segurança jurídica», de «protecção da confiança» ou de «lei retroactiva». Vale a pena ver de onde surgem, como se insinuam, tais ideias.

Muito embora existam variações semânticas, vamos assentar em que a ideia de protecção da confiança engloba duas vertentes.

A primeira, de natureza objectiva, remete para a estabilidade do ordenamento jurídico: alterações rápidas e significativas das normas reguladoras de um determinado instituto jurídico afectariam negativamente a própria ideia de Estado de direito.

A segunda, de natureza subjectiva, reclama um certo respeito pelas expectativas que as normas jurídicas criam nos cidadãos, fundando decisões que estes tomam na convicção de que os efeitos daquelas normas perdurariam no tempo (nalgum tempo) ⁵.

Alguna doutrina utiliza a expressão *segurança jurídica* para designar a vertente objectiva, reservando a expressão *protecção da confiança* ou *protecção da confiança legítima* para nomear a vertente subjectiva. No caso em apreço, parece claro que é a vertente subjectiva, a protecção da confiança, em sentido estrito, que nos interessa.

8. A jurisprudência constitucional portuguesa não tem dúvidas em sustentar que o princípio da protecção confiança se encontra ínsito no artigo 2.º da Constituição, disposição que estabelece que *a República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa*⁶.

⁵ Cfr. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, 6.ª edição, Coimbra, 2002, p.257; Federico A. CASTILLO BLANCO, *La Protección de Confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1988, p.61.

⁶ Cfr., por todos os numerosos arrestos, a transcrição constante do quinto parágrafo da página 13 do Acórdão 556/2003, proferido no Processo n.º 188/03, consultável na base de dados de jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Na verdade, a protecção da confiança é absolutamente essencial à garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais: nenhuma liberdade, nenhum direito fundamental, pode ser assegurado sem a expectativa de uma dimensão temporal mínima. Num universo em que o tempo flui – ou parece fluir, pelo menos – as normas não podem ter apenas presente – têm de ter algum futuro, sob pena de não possuírem qualquer utilidade regulatória. É isso que Castillo Blanco quer certamente dizer quando escreve:

Aparece assim o princípio da confiança legítima dotado de um conteúdo tendente a sobrepor a segurança jurídica às alterações súbitas da legislação que não assegurem garantias suficientes de transitoriedade e previsibilidade⁷.

9. Imagino que o leitor esteja a pensar: pois sim, deve ser protegida, nalguma medida, a expectativa dos destinatários das normas na sua estabilidade, ao menos quando investidos por estas em situações favoráveis. Mas que quer isso dizer precisamente: que as normas jurídicas são imutáveis?

A resposta é, evidentemente, negativa: claro que as normas jurídicas podem ser – e em muitos casos devem ser – alteradas. Naturalmente que *o legislador não está impedido de alterar o sistema legal afectando relações jurídicas já constituídas e que ainda subsistam no momento em que é emitida a nova regulamentação, sendo essa uma decorrência da autorevisibilidade das leis*. A questão está em determinar *qual a medida em que essa confiança deve ser protegida ou, nas palavras do Tribunal Constitucional, se poderá haver por parte dos sujeitos de direito um investimento de confiança na manutenção do regime legal⁸*.

⁷ *Op. cit.*, p.99 (a tradução é da minha responsabilidade). Cfr. também sobre esta exigência de previsibilidade, Carlos BLANCO DE MORAIS, *Segurança Jurídica e Justiça Constitucional*, «in» *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XLI, n.º 2, 2000, p.625.

⁸ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 188/2009, proferido no Processo n.º 505/08, p.11, consultável na base de dados de jurisprudência do Tribunal Constitucional.

Significa isto que as expectativas na manutenção das normas não se encontram protegidas por qualquer cláusula de imunidade perante alterações da ordem jurídica. Elas podem ser afectadas. Mas não o podem ser ilimitadamente ou, como prefere o Tribunal Constitucional, de forma *inadmissível*. E sê-lo-ão, quando constituam *uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar* e ainda quando não forem ditadas *pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes*⁹.

10. Disse já que uma norma legal tem de ter um futuro – algum futuro. Aliás, o n.º 1 do artigo 12.º do nosso Código Civil estabelece que *a lei só dispõe para o futuro*. Os agentes técnicos de arquitectura e engenharia têm, face à nova lei, um futuro profissional curto: cinco a sete anos. O que significa que a nova lei afectou as suas expectativas de exercício profissional que, no domínio da lei anterior, se prolongavam até à morte, à incapacidade ou à idade de reforma.

Será este encurtamento do futuro, esta afectação das expectativas, *admissível*? Poderiam aqueles profissionais *contar com ela*? Foi ela ditada *pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevalentes*?

Já se intuiu que desembocámos na questão da retroactividade.

⁹ Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 99/1999, proferido no Processo n.º90/98, consultável na base de dados de jurisprudência do Tribunal Constitucional. No Acórdão n.º 556/2003, já referenciado, o mesmo tribunal veio sustentar que *um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrente do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador*, obsta a que, *ocorrendo mudança de regulação pela lei nova*, esta implique *nas relações jurídicas já anteriormente constituídas, uma alteração inadmissível, intolerável, arbitrária, demasiado onerosa e inconsistente, alteração com a qual os cidadãos e a comunidade não poderiam contar, expectantes que estavam, razoável e fundamentadamente, na manutenção do ordenamento jurídico que regia a constituição daquelas relações e situações* (p.14).



Como todos os juristas nacionais sabem, a questão da chamada *eficácia retroactiva* das leis encontra-se regulada pelo já mencionado artigo 12.º do Código Civil. Aí, após determinar que a lei apenas dispõe para o futuro, o legislador acrescenta que *ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.*

Este troço da norma seria posto em causa se, por absurdo, a lei viesse dizer que se consideravam não aprovados os projectos já aprovados e executados (no domínio da lei antiga) subscritos por pessoas que, em face da lei nova, deixassem de reunir qualificações para os subscrever.

Mas o artigo 12.º tem um n.º 2, que nos interessa mais:

Quando a lei dispõe sobre as condições de validade substancial ou formal de quaisquer factos ou sobre os seus efeitos, entende-se, em caso de dúvida, que só visa os factos novos; mas, quando dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-á que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor.

É este n.º 2 que mais dificuldades de interpretação apresenta: o que é exactamente dispor directamente sobre o conteúdo de relações jurídicas com abstracção dos factos que lhes deram origem?

11. A doutrina costuma fazer uma distinção a este propósito: se a lei nova atinge factos passados, reavaliando o seu significado e efeitos jurídicos, fala-se em *retroactividade própria* ou *autêntica*, que é absolutamente excepcional, por contrária ao princípio da segurança jurídica (excepcional e, mesmo, proibida em absoluto nalgumas áreas, como nas normas penais incriminadoras, nas normas restritivas de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e nas normas tributárias que fixam os parâmetros da

obrigação de imposto). É esta verdadeira ficção de aplicação da norma ao passado que está na origem da expressão *efeitos retroactivos*¹⁰.

Se, porém, a lei nova atinge as situações jurídicas já existentes – produto de factos passados – mas apenas relativamente aos efeitos destes que ainda não se produziram, fala-se em retroactividade *imprópria* (*de grau fraco*, expressão de Meneses Cordeiro¹¹, ou *inauténtica*, expressão de Gomes Canotilho¹²). É esta forma de retroactividade que se considera incluída no troço final do n.º 2 do artigo 12.º do Código Civil: ao redefinir as qualificações necessárias para a subscrição de projectos e para a direcção e fiscalização de obras, a lei aplica-se não só aos profissionais que vierem a obter a sua qualificação para o exercício da actividade após a sua entrada em vigor, mas também àqueles que já a exercem hoje. Mas apenas, evidentemente, à sua actividade profissional futura.

É precisamente a este propósito que Gomes Canotilho refere o exemplo das *normas modificadoras dos pressupostos do exercício de uma profissão...Nestes casos, a nova regulação jurídica não pretende substituir ex tunc a disciplina normativa existente, mas ela acaba por atingir situações, posições jurídicas e garantias «geradas» no passado e relativamente às quais os cidadãos têm a legítima expectativa de não serem perturbados pelos novos preceitos jurídicos*¹³.

12. Não sendo esta forma de retroactividade, em princípio, proibida, como sabemos se, num caso concreto, é constitucionalmente admissível?

¹⁰ Cfr. GOMES CANOTILHO, *cit.*, p.262.

¹¹ Cfr. *Da aplicação da lei no tempo e das disposições transitórias*, «in» *Legislação. Cadernos de Ciência da Legislação*, n.º 7, Abril – Junho 1993, p.25.

¹² Cfr. *op. cit.*, p.262.

¹³ Cfr. *op. cit.*, p.262.

Se entendemos que tal *retroactividade imprópria* é abstractamente possível e conforme à Constituição, mas não está *sempre* de acordo com a lei fundamental, em que se irá fundar uma resposta, positiva nuns casos, negativa noutros?

A conclusão somente pode ser uma: tudo dependerá da *ponderação dos interesses* envolvidos.

No seu escrito já referenciado, Castillo Blanco transcreve um passo de uma sentença do Tribunal Superior de Justiça da Andaluzia em que este se pronunciou sobre o problema:

*... No segundo caso – retroactividade imprópria – a sua eficácia (estava em causa uma norma tributária) dependeria de uma ponderação de bens levada a cabo tendo em conta, por um lado, a segurança jurídica, por outro, os diversos imperativos que podem conduzir a uma modificação do ordenamento jurídico tributário*¹⁴.

A resposta de Gomes Canotilho a esta questão é clara e vai no mesmo sentido: tudo dependerá de *saber se a nova normação jurídica tocou desproporcionada, desadequada e desnecessariamente dimensões importantes dos direitos fundamentais*¹⁵. Por outras palavras: se atingiu de forma inadmissível bens e valores constitucionais muito relevantes.

Gomes Canotilho, num passo que parece escrito propositadamente para o caso em apreço, escreve que *o princípio da protecção da confiança justificará que o Tribunal Constitucional controle a conformidade constitucional de uma lei, analisando se era ou não necessária e indispensável uma disciplina transitória, se esta regulou, de forma justa, adequada e proporcionada, os problemas resultantes da conexão de efeitos jurídicos da lei nova a pressupostos – posições, relações, situações – anteriores e subsistentes no momento da sua entrada em vigor*¹⁶.

¹⁴ Sentença de 5 de Abril de 1993, citada a pp.84 da obra (a responsabilidade pela tradução é minha).

¹⁵ Cfr. *op. cit.*, p.262.

¹⁶ Cfr. *op. cit.*, p.263 (os sublinhados são meus).

13. Desembocámos assim no princípio da proporcionalidade, instrumento essencial da ponderação de interesses que terá de ser feita.

A incursão pelo princípio da protecção da confiança não produziu, até este ponto, resultados suficientes para projectar sobre a nova lei a sombra da inconstitucionalidade material. Na verdade, uma vez que a protecção da confiança não torna esta absolutamente intocável, ainda não foi possível demonstrar a desconformidade constitucional daquela lei.

Mas a indagação não termina aqui.

É certo que a confiança dos cidadãos não é um valor absoluto, susceptível de protecção contra toda e qualquer medida legal susceptível de a pôr em causa. Mas é igualmente certo, como se demonstrou, que não é um valor irrelevante, indiferente ao Estado de direito democrático. A confiança, estando em causa a restrição de um direito fundamental, há-de ser protegida *nalguma medida*¹⁷. E é para determinação dessa medida que se faz apelo ao princípio da proporcionalidade.

14. O princípio da proporcionalidade tem sido objecto de elaboração entre nós sobretudo a propósito da actividade administrativa pública. No âmbito desta, não se encontrava consagrado, como princípio geral, na versão original da Constituição de 1976, que o explicitava relativamente às medidas de polícia. Somente na segunda revisão constitucional (1989) obteve reconhecimento como princípio fundamental da administração pública (artigo 266.º, n.º 2).

¹⁷ Cfr. Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República n.º 95/2003, publicado no *Diário da República*, 2.ª Série, de 4 de Março de 2004, conclusão 10.º: *Os direitos, liberdades e garantias só podem ser restringidos nos casos expressamente admitidos pela Constituição, sendo que qualquer intervenção restritiva nesse domínio, mesmo que constitucionalmente autorizada, apenas será legítima se justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse constitucionalmente protegido, devendo respeitar as exigências do princípio da proporcionalidade e não podendo afectar o conteúdo essencial dos direitos.*

Mas não é apenas a administração pública que se encontra vinculada ao princípio: o mesmo acontece ao legislador, designadamente em matéria de direitos fundamentais. Na verdade, a nossa lei fundamental, no n.º 2 do artigo 18.º, estabelece que *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*. Esta referência ao mínimo das restrições é, evidentemente, uma projecção do princípio da proporcionalidade¹⁸.

Não existe controvérsia relativamente às influências dominantes na consagração do princípio da proporcionalidade na nossa Constituição: foram alemãs e oriundas da Lei Fundamental de Bonn. Para a jurisprudência constitucional germânica, o processo de controlo do respeito pelo legislador do princípio da proporcionalidade envolve três etapas lógicas:

- a) Verificação da aptidão da medida legislativa restritiva para prosseguir o interesse público em causa;
- b) Verificação da adequação da medida à prossecução daquele interesse;
- c) Verificação da existência de uma relação custos – benefícios aceitável nos efeitos da medida legislativa restritiva¹⁹.

Caso alguma das etapas produza um resultado negativo, a consequência é a ofensa do princípio da proporcionalidade pela medida legislativa em causa.

¹⁸ Cfr., Acórdão n.º 187/01, proferido no Processo n.º 120/95, consultável na base de dados de jurisprudência do Tribunal Constitucional: *Não pode contestar-se que o princípio da proporcionalidade, mesmo que originariamente relevante sobretudo no domínio do controlo da actividade administrativa, se aplica igualmente ao legislador. Dir-se-á mesmo – como o comprova a própria jurisprudência deste Tribunal – que o princípio da proporcionalidade cobra no controlo da actividade do legislador um dos seus significados mais importantes.*

¹⁹ Cfr. Donald KOMMERS, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2.ª edição, Londres, 1997, p.46. Note-se que uma parte da doutrina constitucional portuguesa propende para uma concepção restrita da proporcionalidade, que a identifica com a terceira etapa referida – cfr. JORGE NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas na Constituição*, Coimbra, 2003, p.753.

Entre nós, Vitalino Canas escreveu que a medida legislativa restritiva de direitos fundamentais tem de ser:

- 1.º Idónea, isto é, capaz de obter o resultado pretendido;
- 2.º Necessária, por menos lesiva do que as alternativas com que pode ser comparada;
- 3.º Valorada como envolvendo um sacrifício razoável do bem lesado, relativamente ao bem prosseguido²⁰.

15. Aplicada ao caso concreto, esta metodologia de análise consubstancia-se no seguinte:

a) As normas da Lei n.º 31/2009 que têm como efeito a impossibilidade de continuação, no nível de complexidade e responsabilidade actual, do exercício das actividades de projectista e de director e fiscal de obras pelos actuais agentes técnicos de arquitectura e engenharia que não obtenham a qualificação académica agora exigida no prazo máximo de sete anos são susceptíveis de atingir o objectivo que se propõem?

b) Admitindo que sim, existiria algum outro meio também capaz de atingir esse objectivo com uma menor lesão das expectativas daqueles profissionais?

c) Supondo que não, o regime transitório constante da nova lei sacrifica os interesses dos profissionais afectados de forma razoável, considerados os objectivos prosseguidos?

16. A primeira dificuldade para aplicação desta metodologia está na determinação dos objectivos que a Lei n.º31/2009 quis prosseguir com as normas restritivas que adoptou. Não tendo as leis preâmbulo que esclareça as motivações do legislador, é legítimo supor que a lei pretendeu melhorar as condições técnicas do exercício das actividades de projectista e de director e fiscal de obras, tornando mais

²⁰ Cfr. *Proporcionalidade (Princípio da)*, «in» *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, Volume VI, 1994, pp.32 a 41.

exigentes as qualificações dos profissionais envolvidos. Com o objectivo final, naturalmente, de conseguir que as novas edificações sejam mais bem construídas, mais seguras e esteticamente mais agradáveis.

A ser assim, como deverá ter sido, podem admitir-se, em abstracto, duas hipóteses.

Na primeira hipótese, o legislador teria razões para considerar que a prossecução daquele objectivo reclamava uma solução restritiva drástica. Suponhamos que tinha conhecimento de prejuízos sérios causados pela verificação de erros em projectos elaborados por aqueles profissionais e por defeitos em obras construídas sob sua direcção ou fiscalização.

Nestas circunstâncias, impor-se-ia uma solução radical: pôr termo à habilitação dos actuais profissionais o mais rapidamente possível, para salvaguarda dos interesses de pessoas e bens ameaçados e potencialmente afectados.

Na segunda hipótese, o legislador não teria qualquer tipo de informação que indiciasse um deficiente exercício da actividade por parte dos profissionais em causa.

Neste caso, a lei poderia, por opção do legislador ou em cumprimento de obrigação comunitária, determinar a aplicação das novas e mais rigorosas exigências de qualificação técnica àqueles que começassem a exercer a actividade após a respectiva entrada em vigor. Nesta hipótese, porém, seria lógico e expectável que autorizasse o exercício pelos profissionais existentes nas condições estabelecidas na lei antiga, até que o tempo e o curso da vida os tivessem afastado, já que nenhuma outra razão impunham tal afastamento.

Na verdade, se não existissem razões para questionar a qualidade do exercício profissional, a proibição deste num futuro demasiado próximo impor uma restrição muito séria à liberdade de fundamental de escolha – e exercício – da profissão, restrição essa que não poderia ser fundada na prossecução de qualquer outro bem constitucional relevante.

17. É interessante chamar aqui um caso passado no Brasil e narrado por Susana de Toledo Barros²¹.

Em causa estava o artigo 187.º do Estatuto do Ministério Público da União, datado de 20 de Maio de 1993. Determinava esta disposição legal que se poderiam inscrever no concurso para o Ministério Público *bacharéis em direito, há pelo menos dois anos, de comprovada idoneidade moral*.

Dirimindo o pleito introduzido por um candidato excluído por se ter graduado há menos de dois anos, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, decidindo a seu favor, entendeu que *caprichosamente, impõe a norma uma quarentena desarrazoada em relação aos bancos académicos, limitando por um critério vazio de sentido os candidatos ao concurso...* E, acentuando a inidoneidade (que no Brasil se designa «desrazoabilidade») da exigência legal, o tribunal sublinhou que *não se trata de exigência de prática forense, que seria razoável, mas de dilação, de prazo carencial entre a formação e a inscrição ao concurso, o que poderá ser até nocivo, e não apenas inócuo, pois muitos o terão passado, sem exercício da profissão, distanciando-se dos conhecimentos hauridos no bacharelato*.

O interesse deste caso está em que ele evidencia a necessidade de efectuar um juízo sobre a capacidade da norma restritiva para atingir o objectivo da lei: no caso, ela era não só incapaz de atingir o objectivo de assegurar a competência técnica dos juristas admitidos para o Ministério Público brasileiro, como até poderia prejudicar tal objectivo²².

18. Regressemos a Portugal.

²¹ Cfr. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 1996, pp.118-119.

²² A propósito das limitações ao exercício de uma actividade profissional e da sua admissibilidade enquanto restrições a um direito fundamental, à luz do princípio da proporcionalidade, vale a pena ler os n.ºs 421 a 423 da obra *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, de KONRAD HESSE (tradução brasileira de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, 1998, pp.323 a 324).

Como dissemos e agora repetimos, inexistindo razões para questionar a qualidade do exercício profissional, a proibição deste num futuro demasiado próximo impõe uma restrição à liberdade fundamental de escolha – e exercício – da profissão, restrição que não pode ser fundada na prossecução de qualquer outro bem constitucional relevante.

O mesmo vale por dizer que o regime transitório estabelecido se revela inidóneo para alcançar os objectivos que a Lei n.º31/2009 terá querido prosseguir.

Mas admitamos, sem conceder, que o regime transitório em causa era idóneo para prosseguir tais objectivos.

Nesta hipótese, e supondo sempre – porque jamais foram, tanto quanto sabemos, referidas – que não se verificavam as circunstâncias acima mencionadas (erros em projectos e defeitos em obras da responsabilidade dos profissionais atingidos), então teríamos de concluir que existia um meio alternativo para atingir o objectivo de melhoria das condições técnicas do exercício das actividades de projectista e de director e fiscal de obras muito menos lesivo das expectativas dos actuais profissionais: permitir que estes continuassem a exercer a sua actividade nas condições da lei antiga até ao termo da sua vida activa, limitando a aplicação das exigências de qualificação acrescida da lei nova àqueles que pretendessem iniciá-la.

Uma tal solução equilibraria adequadamente os bens constitucionais relativos à habitação e urbanismo (cfr. n.º 1 do artigo 65.º da lei fundamental) e ao ambiente [(cfr. artigo 66.º, n.º 2, alínea e)] com a liberdade fundamental de escolha e exercício de uma profissão.

Quer isto dizer que, mesmo que o regime transitório consubstanciasse uma restrição idónea à liberdade fundamental de escolha e exercício de uma profissão, isto é, capaz de servir de instrumento para a promoção daqueles bens constitucionais, ainda assim ele não seria conforme à Constituição, na medida em que estes bens poderiam ser também promovidos com restrições àquela liberdade muito menos lesivas desta para os destinatários da restrição.

Perante esta conclusão, já não vale a pena responder à questão de saber se o regime transitório constante da nova lei sacrifica os interesses dos profissionais afectados de forma razoável, uma vez que está prejudicada pela resposta afirmativa à questão de saber se existiria algum outro meio capaz de atingir o objectivo da lei com uma menor lesão das expectativas dos agentes técnicos de arquitectura e engenharia.

Conclusões

19. À luz de quanto ficou dito, julgo possível estabelecer as seguintes conclusões:

a) Para ajuizar uma restrição legal a um direito fundamental é mister analisar os interesses prosseguidos com ela, os seus fundamentos, a sua compatibilidade com outros valores constitucionalmente relevantes, enfim, a sua medida;

b) A chamada *retroactividade imprópria* não é proibida pela Constituição, mas apenas estará de acordo com a lei fundamental se a norma legal sobreviver a um juízo de ponderação dos interesses envolvidos;

c) A confiança dos cidadãos não é um valor absoluto, susceptível de protecção contra toda e qualquer medida legal susceptível de a pôr em causa; todavia, tratando-se de restrição a um direito fundamental, há-de ser protegida nalguma medida, medida esta que é determinada com base no princípio da proporcionalidade;

d) O regime transitório estabelecido na Lei n.º31/2009 não é idóneo para prosseguir os objectivos que ela terá querido alcançar;

e) Mesmo que tal regime transitório consubstanciasse uma restrição idónea à liberdade fundamental de escolha e exercício de uma profissão idónea, ainda assim ele não seria conforme à Constituição, na medida em que estes bens poderiam ser também

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

promovidos com restrições àquela liberdade muito menos lesivas desta para os destinatários da restrição.

Este é, salvo melhor opinião, o parecer de

Lisboa, 18 de Fevereiro de 2010



*Professor Catedrático da
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*

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

1

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

PARECER DE DIREITO

LISBOA
2013

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

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

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 n.º 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 perspectiva 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. Ex.^a, 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.



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

normas especiais que porventura aqui se apliquem, sem ainda esquecer o papel da Portaria n.º 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 25.º, 26.º e 27.º da Lei n.º 31/2009; e

- 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 n.º 31/2009, que condensa todas essas exigências, além das normas estabelecidas na Portaria n.º 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. 47.º da CRP; e

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

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 n° 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 n° 31/2009 na perspetiva da violação da liberdade de profissão;

- **Parte IV:** de fundamentação da inconstitucionalidade do regime transitório da Lei n° 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.



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

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 n° 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 pela 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 n° 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, n° 2, da Lei n° 31/2009, de 3 de julho.

² Art. 1º, n° 1, da Lei n° 31/2009.

³ Cfr. o art. 28º da Lei n° 31/2009.

arquitetos, arquitetos paisagistas, engenheiros e engenheiros técnicos, com inscrição válida em associação profissional, sem prejuízo do disposto no artigo 11^o;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 do 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 projetos⁸;

- *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 n.º 1379/2009, de 30 de Outubro

I. Mas a leitura da Lei n.º 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 n.º 1379/2009, de 30 de Outubro.

⁸ Art. 10.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009.

⁹ Art. 13.º da Lei n.º 31/2009.

2

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 n° 1379/2009 é o do estabelecimento de numerosas disposições destinadas a densificar as qualificações gerais estabelecidas na Lei n° 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

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.º¹⁰.

III. Quer isto dizer que a Lei n.º 31/2009, desenvolvida e aditada pela normaçaõ desta Portaria n.º 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 n.º 31/2009 e da Portaria n.º 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 n.º 1379/2009, de 30 de Outubro.

R

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 n.º 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 n.º 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 anteriores¹¹, só podendo intervir após esgotado este período de cinco anos em projetos de alteração de projetos em que tenham participado¹², o mesmo regime se aplicando à função de diretor de fiscalização em obra pública e particular¹³;

- *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, n.º 1, da Lei n.º 31/2009.

¹² Cfr. o art. 25º, n.º 2, da Lei n.º 31/2009.

¹³ Cfr. o art. 25º, n.º 3, da Lei n.º 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 n.º 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. 26.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009.

¹⁵ Art. 25.º, n.º 4, da Lei n.º 31/2009.

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 explicita 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;

- 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 humana¹⁶.

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, espalha-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.

2

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 classificatórios¹⁷:

- 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 distinguir 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 legiferante¹⁸.

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 fundamentais¹⁹.

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 positivistas²⁰:

- 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

12

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 fundamentais²¹.

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 Jurídica²².

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.

12

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 XIX²³.

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 carácter manifestamente espúrio²⁴.

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 teorias²⁶.

São escassas as inovações que o texto constitucional timorense introduziu neste domínio, avultando os principais temas que têm caracterizado, 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 carácter 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.

12

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 carácter constitucional dos direitos fundamentais implica que estes se apresentem proeminentemente localizados dentro do Ordenamento Jurídico,

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 carácter “courageado” 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 fundamental²⁷.

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 desconsideradas²⁸.

Aqui deparamos com um fenómeno de *recepção 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 constitucionalização²⁹.

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 Internacional³⁰.”

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).



Em matéria de interpretação, regista-se ainda que a Declaração Universal dos Direitos do Homem serve de diapasão interpretativo comum³¹, 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 carácter 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 Liberal³²: 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 *matis 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.

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.*



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.

V

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.

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 certamente 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 precativas*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 precativas³⁶.

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 precativas e normas programáticas, v. Jorge Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, Lisboa, 1968, pp. 73, 173 e 174, e *A*

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 fundamentais³⁷:

- *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.

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 carácter precativo 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 prospectividade, 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 n.º 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*

VA . .

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 normaçoão legislativa ordinária, ao lado de um sentido de *regulaçoão*, como vimos, incumbe-lhe também um papel de *restricçoão*, comprimindo o sentido constitucional dos direitos, liberdades e garantias, numa lógica que pode genericamente valer para todos os direitos fundamentais consagrados⁴⁰.

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 restriçoões 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 exceçoão no Direito Constitucional*, II, Coimbra, 1998, pp. 858 e ss., e pp. 1356 e ss., e *Regulaçoão...*, pp. 456 e ss.; Alexandre Sousa Pinheiro, *Restriçoões 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. 18º, nº 2, da CRP.

- “As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter 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 função⁴³:

- 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.

10

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 carácter 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 concorrential 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 alguns⁴⁴:

- o tempo e as condições que a lei determinar na restrição da liberdade física⁴⁵;

⁴⁴ Cfr. Jorge Bacelar Gouveia, *Regulação...*, pp. 457 e 458.

⁴⁵ Cfr. o art. 27º, nº 3, da CRP.

- os termos fixados por lei para quebrar a inviolabilidade do domicílio e o sigilo das telecomunicações e da correspondência⁴⁶;
- as incapacidades que a lei geral deve prever para o exercício do direito de sufrágio⁴⁷;
- os limites estabelecidos pela lei, tendo em conta o interesse geral, à iniciativa económica⁴⁸.

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 expresso⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. o art. 34º, n.ºs. 2 e 4, da CRP.

⁴⁷ Cfr. o art. 49º, n.º 1, da CRP.

⁴⁸ Cfr. o art. 61º, n.º 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 materiais⁵⁰, 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 fundamentais⁵¹:

- 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 detenção.

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.

12

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 relativa⁵².

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 subjetivista⁵³.

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 fundamentais⁵⁴.

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 indicação, 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. 18º, nº 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 carácter 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 carácter geral de um modo expreso, 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.

12

Este é um direito fundamental consagrado no art. 47º, nº 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. 47º, nº 1, da CRP.

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.

Não parece que valha a pena explicar a natureza restritiva do regime transitório da Lei n.º 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 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 carácter 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 inseridas 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 norma 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.

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.

12

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.

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 MOHL⁵⁹, 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.

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 Direito⁶⁰, 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 teórica 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 proscreeu, 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 estágio 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 mesmo⁶¹.

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 autonomizado⁶⁴.

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 § 4º, primeira parte, do preâmbulo da CRP.

⁶³ Art. 2º, 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.

W

Liberal ao Estado Social, permite sintetizar os seguintes sub-princípios que melhor o densificam⁶⁵:

- 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 constitucionais⁶⁶.

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.

18

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 apreço⁶⁸: só se a fonte infra-constitucional não estipular o alcance da sua vigência, pode daqui inferir-se um entendimento específico.

⁶⁷ Art. 12º, nº 1, do Código Civil.

⁶⁸ Sobre o alcance da aplicação no tempo das fontes normativas segundo o art. 12º 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 geral⁶⁹.

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 casos⁷⁰:

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 mínima⁷¹;
- 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 favorável⁷²;
- 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 delito⁷³;

⁷¹ Cfr. o art. 18º, nº 3, segunda parte, da CRP. Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria...*, p. 375; Jorge Miranda, *Mamãl...*, IV, p. 339.

⁷² Cfr. o art. 29º, nºs. 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. 32º, nº 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 1997⁷⁴, o Direito Constitucional Fiscal contou com a novidade, de inequívoco reforço da posição dos contribuintes, da proibição da retroatividade da lei fiscal⁷⁵;
- 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 condicionalismo⁷⁶.

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. 29º, nº 4, da CRP.

vontade arbitrária, discricionária ou mesmo caprichosa, apresentando-se neste caso como excessiva⁷⁸.

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 Português⁷⁹, 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 carácter 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 n.º 14/82 da Comissão Constitucional, de 22 de Abril, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 19.º vol., Lisboa, 1984, p. 197.

⁸¹ Acórdão n.º 11/83 do Tribunal Constitucional, de 12 de Outubro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 1.º vol., Lisboa, 1983, p. 25.

W

ser intolerável quando em face destas duas situações típicas, tal como se escreve no Acórdão n.º 287/90 do Tribunal Constitucional⁸²:

- “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 prevaletentes...”.

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 n.º 287/90 do Tribunal Constitucional, de 30 de Outubro, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17.º 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 n° 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 n° 287/90 do Tribunal Constitucional, in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 17° vol., Lisboa, 1990, pp. 176 e 177.

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 n.º 31/2009.

III. Sendo a sua profissão regulada ao abrigo do Decreto n.º 73/73, não se afigura tolerável que em pouco anos a estabilidade de uma carreira profissional há tanto tempo construída possa ser desfeita.

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

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.*

V CONCLUSÕES

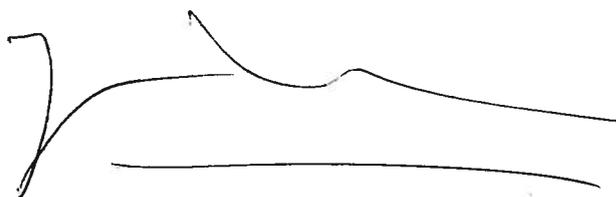
22. Enunciado das Conclusões

Do exposto, conclui-se o seguinte:

- a) A Lei n° 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 n° 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, n° 1, da CRP, violação protagonizada pelo regime da Lei n° 31/2009 e da Portaria n° 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

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.