

aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

EXMO. SENHOR,
DR. LUÍS CAMPOS FERREIRA
PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR
DE ECONOMIA E OBRAS PÚBLICAS
ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA
PALÁCIO DE SÃO BENTO
1249-068 LISBOA

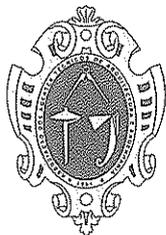
N/Ref. 123/PD/2011
Data: 20 de Setembro de 2011

Assunto: Inconstitucionalidade de normas constantes da Lei 31/2009, de 3 de Julho.

Exmo. Senhor,

Na qualidade de Presidente da Associação dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia, venho apresentar a V. Exa. uma exposição sobre a inconstitucionalidade da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho da qual está a resultar o desemprego e a ruína profissional dos profissionais que representámos.

1. A Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho veio estabelecer o novo regime de qualificação dos Técnicos habilitados a elaborar projectos de Construção e a assumir a função de direcção de obra e de fiscalização de obra, revogando o Decreto n.º 73/73, de 28 de Fevereiro.
2. Ora, a referida Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, veio retirar aos nossos associados (Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia) todas as competências que detinham, ao abrigo daquele Decreto n.º 73/73, no âmbito da elaboração de projecto, restringindo, ainda, substancialmente, as competências que detinham quer na área de direcção de obra, quer na área de fiscalização de obra.
3. Tais restrições não tiveram minimamente em conta a qualificação técnica obtida por estes profissionais que representámos (os Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia) em estabelecimentos de ensino público e fizeram



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

“tábua rasa” das competências por estes demonstradas, há tantos anos, na actividade da Construção.

4. Mas, para além da arbitrariedade e injustiça resultantes desta Lei, há, ainda, a considerar a sua **inconstitucionalidade**. Em tal sentido, aliás, se pronunciaram já em Pareceres (que juntámos) o **PROFESSOR DOUTOR JOÃO CAUPERS**, da **Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa**, e o **PROFESSOR DOUTOR GOMES CANOTILHO**, da **Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**.
5. Com efeito, conforme se fundamenta em tais Pareceres, a legislação em referência veio retirar, de forma arbitrária, aos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia as competências substanciais que lhes estavam profissionalmente reconhecidas na legislação pré-existente, defraudando as legítimas expectativas deste Técnicos e consubstanciando, objectivamente, **excesso na nova conformação normativa**.
6. Por outro lado, as normas transitórias consignadas (artigos 25º e 26º) não contemplam as competências profissionais pré-existentes dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia, limitando-se a prorrogá-las por escassos períodos de tempo, sem configurar efectivamente um regime especial de adaptação razoável e adaptado às circunstâncias concretas destes Técnicos.
7. Daqui resulta um atropelo injustificada da liberdade de exercício de profissão, em infracção clara ao disposto nos artigos 18º e 47º da Constituição e uma afronta intolerável do princípio da confiança própria de um Estado de Direito, em violação flagrante do artigo 2º da Constituição da República Portuguesa.
8. Em particular, importa, urgentemente, reparar a ilegalidade praticada, promovendo a alteração das normas transitórias da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho (artigo 25º), mantendo para os Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia em exercício à data da publicação daquela Lei as competências anteriormente reconhecidas pelo Decreto n.º 73/73 nos termos deste regime



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

e sem qualquer condicionalismo adicional. Em tal sentido, junta-se um Memorandum onde se perspectiva tal solução em relação às principais normas a alterar.

Face ao exposto, venho solicitar a V. Exa. uma audiência para poder explicitar melhor as contradições e arbitrariedades que decorrem de todo este processo legislativo que interferem na actividade económica do Sector da Construção e atingem com o desemprego os nossos associados.

Com os melhores cumprimentos

Alexandre da Silva Carlos



Presidente do CDN

Junta-se:

- Parecer Jurídico do Professor Doutor João Caupers, da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.
- Parecer Jurídico do Professor Doutor Gomes Canotilho, da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.
- *Memorandum* sobre a alteração legislativa requerida.

parecer

João Caupers

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa



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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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 Cíveis 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

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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

3

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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

5

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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.

Alguma 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 insito 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 previsibilidade*⁷.

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 legal*⁸.

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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.º 90/98, 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 antecedentemente 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

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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 *inautêntica*, 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 norma 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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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).

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.

20

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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.

João Caupers

Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

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*

José Joaquim Gomes Canotilho

Alfonso

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.

José Joaquim Gomes Canotilho

Mário

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 jurídicas⁶.

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 ATAE'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.

José Joaquim Gomes Canotilho

J/João Canotilho

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 nº 1 do artigo 6º do RJUE.” (cfr. artigo 11º da Lei nº 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 13º e 14º da Portaria nº 1379/2009, de 30 de Outubro) e até ao valor máximo da classe 2 do alvará dos empreiteiros (cfr. artigo 13º da Lei nº 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 nº 31/2009, de 3 de Julho, e Portaria nº 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.

José Joaquim Gomes Canotilha

7/10/2009

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.

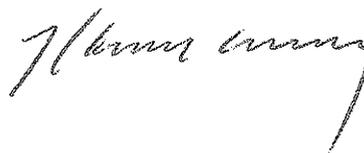
Por outra banda, estabelece o artigo 26.º, n.º 1, da Lei n.º 31/2009, que “O exercício de funções de elaboração de projecto e de fiscalização de obra, em sede de contratação pública ou de actuação em obra pública, pode também ser desempenhado pelos técnicos e pessoas integrados nos quadros do dono da 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

José Joaquim Gomes Canotilho



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 prevaletentes face ao sacrificio 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, insito 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.

José Joaquim Gomes Canotilho

7/10/2009

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.

José Joaquim Gomes Canotilho

Alfonso Guerra

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 ATAÉ's e direito (fundamental) de exercício da profissão

Em face do exposto anteriormente, podemos considerar que a nova legislação de qualificação dos ATAÉ'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 frustre “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.

José Joaquim Gomes Canotilho

Vital Moreira

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.

José Joaquim Gomes Camotillo

Maria Lúcia

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.

José Joaquim Gomes Canotilho

Henrique

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 ressalvassem, 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 comunmente 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 prevaletentes, 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 refracções 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 hão-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.

José Joaquim Gomes Canotilho

J. Gomes Canotilho

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 nº 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 nº 31/2009, de 3 de Julho.

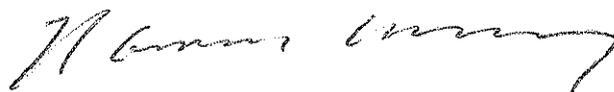
José Joaquim Gomes Canotilho

10.^a 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 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)



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

REGIME DE QUALIFICAÇÃO DOS TÉCNICOS DA CONSTRUÇÃO

Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho

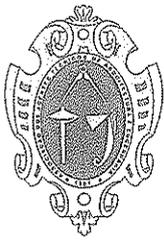
Linhas Gerais de Alteração Legislativa

Artigo 13º (Director de obra)

1. 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 director 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.
2. Podem, ainda, assumir a função de director de obra até à classe 4 de habilitações do alvará, nos termos da legislação referida no número anterior, os agentes técnicos de arquitectura e engenharia e os técnicos habilitados com o curso de especialização tecnológica na área de direcção de obra.

JUSTIFICAÇÃO:

- Salvar as competências inerentes às qualificações académicas e profissionais dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia e dos Técnicos habilitados com o curso de especialização tecnológica de Condução de Obra reconhecidas pelo Ministério da Educação;
- Reportar as definições deste regime legal que define o sistema de qualificação dos Técnicos na área da Construção aos conceitos dos regimes legais enquadradores dos sistemas de ensino dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia regulados pelo Ministério da Educação (regimes dos Cursos de Mestrança de Construtor Civil, de Técnico de Edificações e Obras com Especialização de Construtor Civil e de Especialização Tecnológica – Condução de Obra), evitando definições profissionais ambíguas;
- Eliminar a contradição actualmente existente entre o regime desta lei que qualifica os Técnicos na área da Construção, e o regime de qualificação das empresas de construção,



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

em particular, a composição do seu quadro técnico regulada na Portaria n.º 16/2004, de 10 de Janeiro.

Artigo 15º (Director de fiscalização de obra)

1.....

d) Os Agentes Técnicos de Arquitectura e de Engenharia e os técnicos habilitados com o curso de especialização tecnológica de Condução de Obra, em obras com uma estimativa de custo ou valor de adjudicação até ao valor limite da classe 4 de habilitações do alvará, prevista na portaria a que se refere o n.º 5 do artigo 4º do Decreto-Lei n.º 12/2004, de 9 de Janeiro.

JUSTIFICAÇÃO:

- Salvar as competências inerentes às qualificações académicas e profissionais dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia e dos Técnicos habilitados com o curso de especialização tecnológica de Condução de Obra reconhecidas pelo Ministério da Educação;
- Reportar as definições deste regime legal que define o sistema de qualificação dos Técnicos na área da Construção aos conceitos dos regimes legais enquadradores dos sistemas de ensino dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia regulados pelo Ministério da Educação (regimes dos Cursos de Mestrança de Construtor Civil, de Técnico de Edificações e Obras com Especialização de Construtor Civil e de Especialização Tecnológica – Condução de Obra), evitando definições relativas a sistemas de certificação profissional inexequíveis por não estarem implementados nos diversos momentos em que estes Técnicos obtiveram a sua qualificação.
- Eliminar a contradição actualmente existente entre o regime desta lei que qualifica os Técnicos na área da Construção, e o regime de qualificação das empresas de construção, em particular, a composição do seu quadro técnico regulada na Portaria 16/2004, de 10 de Janeiro.

Artigo 25º (Disposições transitórias)

1. Os técnicos detentores, à data da publicação da Lei n.º 31/2009, de 3 de Julho, da qualificação de Agentes Técnicos de Arquitectura e de Engenharia, correspondente às habilitações de Mestrança de Construtor Civil, de Técnico de Edificações e Obras com Especialização de Construtor Civil ou equiparada,



aatae

ASSOCIAÇÃO DOS AGENTES TÉCNICOS DE ARQUITECTURA E ENGENHARIA

obtidas em cursos regulamentados e reconhecidos pelo Ministério da Educação, mantêm as competências que lhes eram reconhecidas no âmbito do Decreto nº 73/73, de 28 de Fevereiro.

2. Os técnicos mencionadas no número anterior ficam sujeitos às obrigações previstas na presente lei que sejam compatíveis com a função que desempenham, incluindo a contratação de seguro de responsabilidade civil adequado.

JUSTIFICAÇÃO:

- Consagrar um sistema transitório que salvguarde as competências técnicas e profissionais pré-existentes dos Agentes Técnicos de Arquitectura e Engenharia na área de projecto, considerando a necessidade de ser garantida a segurança jurídica na sucessão de regimes legais, sendo ainda imperiosa a harmonização do presente regime legal com o sistema de qualificação obtida por estes profissionais no âmbito do sistema público de ensino.