

CONSULTA

Pretende-se, em primeiro lugar, ver esclarecida a questão de saber se é inconstitucional e, em caso afirmativo, com que fundamentos, a norma contida no artigo 168º-A, nº 5, aditado ao orçamento do Estado para 2020 pela lei que aprova o orçamento suplementar para 2020, na medida em que ela se aplica aos contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços integrados em centros comerciais e que foram celebrados antes da sua entrada em vigor.

Em segundo lugar, pretende-se ver esclarecida a questão de saber quais são os mecanismos que, em caso de resposta afirmativa à questão anterior, poderão: *(i)* obstar à entrada em vigor da norma em causa ou *(ii)* impedir a sua aplicação aos contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais em execução.

Por último, pretende-se ver esclarecida a questão de saber se a norma contida no artigo 168º-A, nº 5, aditada ao orçamento do Estado pela lei que aprova o orçamento suplementar para 2020 poderá ser entretanto revogada ou derogada por normas aprovadas sob a forma de lei ou de decreto-lei.

PARECER

Sumário:

I- Enquadramento jurídico preliminar das dúvidas cujo esclarecimento se requer

1. O sentido da norma jurídica constitucionalmente controvertida e o contexto em que surgiu

2. A natureza jurídico-constitucional da norma em apreciação

II- Das dúvidas de constitucionalidade referentes à norma que isenta os lojistas dos centros comerciais do pagamento da remuneração mínima fixa

1. A violação do direito fundamental à iniciativa económica privada e a violação do direito fundamental de propriedade privada

1.1. Inadmissibilidade constitucional da transferência da responsabilidade do apoio aos lojistas para os proprietários dos centros comerciais

1.2. Insuficiência de justificação para restringir direitos fundamentais

2. A inobservância de princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito

2.1. Inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade

2.2. Inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição do excesso

2.2.1. Controlo de proporcionalidade

2.2.2. Controlo de razoabilidade

2.3. As exigências de segurança jurídica e a inconstitucionalidade por violação do princípio da protecção da confiança

2.3.1. A proibição de retroactividade das normas restritivas

2.3.2. O princípio da protecção da confiança legítima

III- As vias jurisdicionais de impedimento da aplicação da norma restritiva inconstitucional constante do artigo 168º-A, nº 5, do Orçamento do Estado para 2020

1. A fiscalização sucessiva abstracta

2. A fiscalização concreta da constitucionalidade

IV- Da possibilidade de alteração legislativa ou de revogação da norma que isenta os lojistas dos centros comerciais do pagamento da remuneração mínima fixa

1. A natureza reforçada da lei que aprova o orçamento do Estado

2. A rigidez do orçamento não abrange matérias não orçamentárias

V- Conclusões

Atentas as três questões formuladas na Consulta e conforme o Sumário, começaremos, numa Primeira Parte, por situar circunstancialmente os dados de facto e de direito que motivam o surgimento das dúvidas enunciadas, após o que procederemos ao enquadramento jurídico-constitucional das questões controvertidas. Nas partes II, III e IV, responderemos especificamente a cada uma das três questões colocadas na Consulta. A parte V conterá as conclusões extraídas com base na fundamentação desenvolvida nas partes anteriores.

I

ENQUADRAMENTO JURÍDICO PRELIMINAR DAS DÚVIDAS CUJO ESCLARECIMENTO SE REQUER

1. O sentido da norma jurídica de constitucionalidade controvertida e o contexto em que surgiu

A norma de constitucionalidade controvertida que está em causa na Consulta surgiu no âmbito da reacção político-jurídica aos efeitos provocados pela pandemia Covid-19 e isso explica que, apesar de não ter natureza material orçamentária, venha integrada na lei que aprovou o orçamento suplementar para 2020, uma vez que esse orçamento surgiu como resultado da alteração das circunstâncias entretanto ocorrida e para lhe dar resposta. Tecnicamente, a norma em causa é um aditamento ao orçamento do Estado para 2020. Com efeito,

o artigo 3º da Lei nº 27-A/2020, de 24 de Julho (que aprova a segunda alteração à Lei nº 2/2020, de 31 de Março), adita ao Orçamento do Estado para 2020 o artigo 168º-A, com um nº 5¹, a seguir reproduzido e que constitui, no fundo, o objecto principal sobre que incide a Consulta:

Artigo 168.º-A

(Apoio ao pagamento das rendas habitacionais e não habitacionais)

- 1.....
- 2.....
- 3.....
- 4.....

5. Nos casos em que sejam aplicáveis formas específicas de contratos de exploração de imóveis para comércio e serviços em centros comerciais, não são devidos quaisquer valores a título de rendas mínimas, até 31 de dezembro de 2020, sendo apenas devidos aos proprietários dos centros comerciais o pagamento da componente variável da renda, calculada sobre as vendas realizadas

¹ Aprovado na especialidade com os votos a favor do PSD, BE, PCP, CDS e CH e as abstenções de PS, PAN e IL.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

pelo lojista, mantendo-se ainda a responsabilidade da parte dos lojistas, pelo pagamento de todas as despesas contratualmente acordadas, designadamente as referentes a despesas e encargos comuns.

Importa referir, em primeiro lugar, que a existência de normas que se refiram especialmente à categoria dos lojistas que exploram espaços em centros comerciais, num artigo que tem por epígrafe “*Apoio ao pagamento de rendas habitacionais e não habitacionais*”, se percebe objectivamente, não tanto pela especificidade da sua situação, mas, sobretudo, pelo facto de os contratos de utilização dos espaços de lojas em centros comerciais assumirem na nossa ordem jurídica, de acordo com o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência², a natureza de contrato atípico ou inominado, sujeito a regime próprio estabelecido pelas partes, e que, não obstante uma substancial afinidade material com o contrato típico de arrendamento não habitacional³, não se confunde juridicamente com ele.

² Para uma síntese desta especificidade jurídica e da controvérsia que a acompanha, com abundantes remissões bibliográficas para as diferentes posições e para a evolução da jurisprudência, cf., por todos, ANA ISABEL AFONSO, “Contrato de utilização de loja em centro comercial” in *Direito e Justiça*, 2005, t. II, págs. 49 e segs. Na jurisprudência, *vd.* Acórdão nº 632/2005 do Tribunal Constitucional.

³ É esta afinidade material que justifica a inserção do nº 5 do artigo 168º-A num conjunto de disposições sob a epígrafe de “rendas habitacionais e não habitacionais”, bem como explica o facto de a ajuda inscrita no Decreto nº 48/XIV da Assembleia da República (na altura em que escrevemos, ainda não enviado para ser promulgado como lei), que procede à segunda alteração

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Acontece que, normalmente, neste tipo de contratos de instalação e utilização de lojas em centros comerciais, a retribuição devida pelo direito de utilização do espaço se divide em duas parcelas: uma primeira constituída por uma remuneração mínima fixa, pré-estabelecida, e uma segunda parcela constituída por uma remuneração percentual calculada em função da facturação da loja e de montante correspondente à diferença positiva entre o valor percentual assim apurado e o valor da remuneração mínima fixa atrás referida.

No caso, aquilo que as normas do artigo 168º-A, nº 5, essencialmente fazem é isentar os lojistas, até 31 de Dezembro de 2020, do pagamento de parte da retribuição pecuniária —a fixa— que os onera como contrapartida do direito de utilização dos respectivos espaços naqueles conjuntos comerciais, passando durante esse período a retribuição devida a ser exclusivamente determinada, na sua totalidade, pela remuneração percentual.

Percebe-se também que, constatando os efeitos extraordinariamente danosos que a pandemia produziu na actividade comercial, se pretenda proporcionar um quadro jurídico potenciador da recuperação da actividade económica. Então, e à primeira vista, o estabelecimento de uma *renda* de montante determinado em função do volume de vendas parece algo de razoável, atendendo aos efeitos paralisantes da vida económica provocados pela pandemia e à incerteza quanto à viabilidade e ao ritmo da recuperação.

à Lei nº 4-C/2020, de 6 de Abril, projectar a sua aplicação conjunta aos lojistas dos centros comerciais e aos lojistas sujeitos a contratos de arrendamento não habitacionais (veremos, depois, que no decurso da discussão parlamentar essa uniformidade foi parcialmente excepcionada de forma significativa para o problema que aqui abordamos a título principal).

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

Porém, a determinação contida no artigo 168º-A, nº 5, passa a ser controvertida do ponto de vista constitucional quando se percebe que a determinação da isenção referida de pagamento da parcela fixa da retribuição, não apenas tem um efeito disruptivo no cumprimento de contratos livremente celebrados entre as partes e que se encontram em execução, como também se reflecte directamente na imposição de um prejuízo sério na esfera patrimonial da outra parte na relação jurídica.

Sobretudo, a não razoabilidade fica patente quando se tem em conta que o percentual da facturação fixado nos contratos de utilização dos espaços nos centros comerciais representa um valor calculado a uma taxa muito reduzida, que fazia sentido quando funcionava simplesmente como um acréscimo à parcela da remuneração fixa, mas que surge significativamente distorcido em termos de valor de mercado quando se converte no critério de fixação de toda a *renda*.

Com efeito, de acordo com os números que nos foram disponibilizados para a elaboração deste parecer, a nova fórmula de cálculo imposta pelo artigo 168º-A, nº 5, mesmo que não houvesse qualquer quebra na facturação (e esse factor é importante porque toda a *renda* passa a ser calculada segundo um percentual da facturação), determina uma redução média da retribuição de cerca de, no mínimo, 40%, calculando a retribuição em função dos números das vendas do ano anterior. Portanto, mesmo que a facturação dos lojistas dos centros comerciais se mantivesse nos valores de 2019, a quebra média na retribuição devida pela utilização do espaço seria de 40%. Como, maior ou menor, haverá com toda a segurança quebra de vendas, a redução da retribuição devida pode chegar a mais de 60%.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Logo, em termos práticos, aquilo que está em causa não é apenas uma interferência estatal directa nos contratos em execução traduzida na imposição de uma reformulação do método de cálculo da *renda*, mas é, sobretudo, uma interferência que determina uma redução de enorme relevância no montante da retribuição devida. Trata-se, portanto, de um apoio material significativo dado aos lojistas dos centros comerciais e um sacrifício de montante equivalente imposto na esfera patrimonial da contraparte, os proprietários ou os gestores desses centros.

Cabe, em segundo lugar, realçar que a decisão do legislador não se funda em qualquer juízo crítico ou em qualquer censura relativamente ao regime normalmente praticado nestes contratos de exploração de espaços em centros comerciais.

De facto, a alteração normativa em causa tem uma natureza de excepcionalidade, não se inscrevendo numa qualquer intenção legislativa de alteração do próprio regime de enquadramento destes contratos. Nem esse é o programa normativo do artigo 168º-A, nº 5, nem essa era também, sequer, a intenção subjacente aos projectos de lei entretanto rejeitados e que haviam sido apresentados pelo PCP e pelo BE (respectivamente, os projectos de lei nº 452/XIV/1ª e nº 469/XIV/1ª). Nenhuma dessas iniciativas legislativas visava ou renunciava a alteração permanente do enquadramento jurídico de há muito vigente quanto à utilização de espaços para lojas nos centros comerciais e que inclui normalmente a existência daquelas duas parcelas na retribuição devida pela utilização do espaço nos centros comerciais.

Claramente, na nova determinação legal vem ínsita uma intenção de normatividade com carácter excepcional, transitório, estritamente determinada

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

pela inusitada irrupção da Covid-19 e dos seus efeitos, pelo que a isenção agora estabelecida tem um termo final de validade expressamente fixado a 31 de Dezembro de 2020⁴. Como se verá posteriormente, esta nota sobre a intenção subjacente à presente alteração legislativa assumirá grande importância jurídico-constitucional quando se tratar de apurar a adequação e a suficiência da justificação para a medida legislativa em causa.

Nesse sentido, e também exclusivamente de uma perspectiva jurídica, ressalta, em último lugar, a diferenciação de tratamento traduzida no facto de a redução retributiva de que passam a beneficiar os lojistas dos centros comerciais até 31 de Dezembro de 2020 lhes ter sido atribuída em exclusividade, só a eles, já que uma ajuda análoga não foi, por qualquer forma que seja, conferida a qualquer outro tipo de renda, habitacional ou não habitacional.

Desde logo, relativamente aos restantes lojistas, e independentemente do montante dos prejuízos sofridos como efeito da pandemia, incluindo naquelas situações em que os poderes públicos determinaram o encerramento compulsivo dos estabelecimentos, a ajuda que o legislador lhes atribuiu traduziu-se

⁴ Tendo em conta a discussão recorrente sobre o termo final de validade dos chamados “cavaleiros orçamentais” —suscitada pela prática discutível de inserção de normas materialmente estranhas ao Orçamento do Estado numa lei destinada a valer anualmente—, a menção expressa àquela data tem um efeito útil: o de excluir liminarmente qualquer interpretação que, a partir da natureza não orçamentária do artigo 168º-A, nº 5 (cf. parte IV deste parecer), pretendesse sustentar a continuidade da sua vigência para lá da validade anual do orçamento. Para além disso, fica igualmente claro que, mesmo em caso de necessidade objectiva de prorrogação do orçamento para o ano seguinte, tal norma cessa a sua vigência impreterivelmente a 31 de Dezembro de 2020.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

originariamente⁵ na protecção contra a extinção dos contratos por falta de pagamento das rendas durante o estado de emergência e períodos de encerramento forçado e na garantia de uma moratória que lhes permite o pagamento diferido das rendas. Já quanto ao respectivo montante, e diversamente do que ocorreu com os lojistas dos centros comerciais, ele mantém-se integralmente tal como foi contratado pelas partes.

Diga-se, por fim, que este regime de apoio qualitativa e quantitativamente profundamente distinto do concedido aos lojistas dos centros comerciais foi estruturalmente preservado na actualização legislativa de que foi objecto⁶ e que é coetânea da aprovação do artigo 168º-A, nº 5, isto é Julho de 2020.

2. A natureza jurídico-constitucional da norma em apreciação

A apreciação das dúvidas suscitadas na Consulta pressupõe uma prévia caracterização da natureza jurídico-constitucional da determinação legal contida no artigo 168º-A, nº 5, aditado pela Lei nº 27-A/2020, de 24 de Julho, ao Orçamento do Estado para 2020, que, reformulando a estrutura da retribuição devida pela utilização dos espaços, isenta os lojistas do pagamento da remuneração mínima fixa, passando a retribuição a assentar exclusivamente numa remuneração estabelecida em função de um percentual da facturação.

⁵ Cf. a Lei nº 4-C/2020, de 6 de Abril.

⁶ Cf. o Decreto nº 48/XIV da Assembleia da República, que, à data a que escrevemos, aguarda envio para ser promulgado como lei pelo Presidente da República.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Em primeiro lugar, e na medida em que se traduz numa ingerência directa e significativa no conteúdo de um contrato em execução livremente celebrado pelas partes —lojista e sociedade gestora/proprietária do centro comercial—, essa determinação legal afecta seriamente o direito fundamental à iniciativa económica privada consagrado no artigo 61º da Constituição. Com efeito, ao abrigo desse direito e da liberdade contratual ínsita na garantia de autonomia privada própria de Estado de Direito, as partes celebraram livremente um contrato em cuja execução o legislador vem agora interferir directamente, alterando o conteúdo de contrapartidas contratadas pelas partes, ainda que o faça com um alcance temporário e excepcional.

Em segundo lugar, esta ingerência, intencionalmente dirigida a promover as possibilidades de retoma económica dos lojistas dos centros comerciais —de todos eles, independentemente da situação particular, dos prejuízos sofridos e das concretas necessidades de apoio— reflecte-se negativa e desvantajosamente, de forma extraordinariamente gravosa, como vimos, na esfera jurídica e patrimonial da outra parte na relação contratual: o proprietário/gestor do centro comercial.

Com efeito, este programara a sua actividade e a gestão do seu negócio de acordo com o regime jurídico em vigor e, nesse quadro, celebrou contratos com outras entidades privadas, nos termos dos quais garantira a prestação de contrapartidas determinadas (fixas e variáveis) por todo o tempo de duração do contrato de utilização do espaço no centro comercial. Essa garantia foi agora simplesmente frustrada, num sentido seriamente negativo para o gestor/proprietário, quando o legislador o impede de receber o montante da

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

contrapartida contratualmente ajustada⁷. Nesse sentido, a determinação legal em causa significa uma afectação desvantajosa do conteúdo protegido do direito fundamental à iniciativa económica privada dessa outra parte, ou seja, constitui, em rigor, uma norma legal restritiva desse direito fundamental, é uma restrição a direito fundamental.

O mesmo se passa, *mutatis mutandis*, com a afectação do direito fundamental de propriedade privada consagrado no artigo 62º da Constituição. No fundo, o montante do apoio que o legislador concede aos lojistas é integralmente satisfeito à custa da sua correlativa subtracção do património do gestor/proprietário, já que este fica privado de receber o referido montante de *renda* acordada.

Assim, e na medida em que a isenção de pagamento da parcela fixa da retribuição pelo direito de utilização do espaço comercial, agora legalmente concedida aos lojistas, repercute de forma grave e significativa na esfera patrimonial do gestor/proprietário, privando-o da satisfação dos créditos contratualmente acordados e obrigando-o a prescindir deles até 31 de Dezembro de 2020, há aí, por força da imposição legal, uma afectação desvantajosa do conteúdo protegido pelo direito fundamental de propriedade privada, ou seja, há também uma restrição ao direito de propriedade.

⁷ Como se referiu atrás, a redução média da retribuição directamente provocada pela norma em apreciação é de, no mínimo, 40%, pressupondo que não haja quebra de facturação para os lojistas envolvidos, e que, admitindo a quebra que se verificará com toda a probabilidade, pode atingir mais de 60% da retribuição contratualizada.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

Portanto, o apoio legalmente concedido aos lojistas —a isenção de pagamento da remuneração mínima fixa no quadro da reformulação da estrutura da *renda* imposta normativamente e que se traduz numa redução significativa da retribuição a que estavam contratualmente obrigados— é simultaneamente uma privação legalmente imposta à parte que fica sujeita a prescindir dos seus créditos naquele mesmo montante.

Estamos, assim, na perspectiva das entidades privadas gestoras ou proprietárias dos centros comerciais, perante uma norma restritiva de direitos fundamentais, o direito à livre iniciativa económica privada e o direito de propriedade privada.

Com efeito, por *restrição* deve entender-se⁸ a acção estatal

“que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e promoção resultam para o Estado”.

⁸ De acordo com a definição que propusemos em 2003 (cf. J. REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, Coimbra, 2003, págs. 155 e segs) e foi depois sucessivamente retomada por grande parte da doutrina.

Portanto, integram-se no conceito de *restrição* as normas que, de alguma forma,

“afectem desvantajosamente o bem jusfundamentalmente protegido, ou seja, não apenas incidam no âmbito do direito fundamental, mas também que, do ponto de vista do seu titular actual ou potencial, nele produzam efeitos ablativos, restritivos ou impeditivos do acesso individual ao bem protegido”.

No entanto, o facto de se dever caracterizar a norma em causa como norma restritiva de direitos fundamentais, já que preenche integralmente o quadro da definição, não significa, de modo directo e imediato, a consequência de inconstitucionalidade. É certo que estamos perante uma situação em que, não havendo uma autorização expressa por parte da Constituição, uma norma legal afecta direitos de valor constitucional, mas, como temos defendido e é hoje posição praticamente consensual na doutrina e na jurisprudência, deve entender-se que pode haver restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.

Ou seja, há no texto constitucional alguns direitos fundamentais cuja eventual possibilidade de limitação é imediatamente excluída pela Constituição a título definitivo. Pelo contrário, há outras situações em que a própria Constituição autoriza expressamente a ocorrência de ulteriores limitações a levar a cabo pelo legislador ordinário. Há, por fim, na maior parte dos casos, consagração

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

constitucional de direitos fundamentais sem que a Constituição tome expressamente posição sobre a admissibilidade de futuras restrições.

Aí, não sendo de excluir a eventual necessidade de ocorrência de restrições actuadas pelo legislador ordinário —uma vez que essa potencialidade de limitação está presente na própria consagração constitucional do tipo de garantias jurídicas que são os direitos fundamentais, no sentido de que só foram acolhidos no texto constitucional no pressuposto de que poderiam sofrer posteriores limitações—, tal só será admissível quando houver a impreterível necessidade de prossecução de outros bens que exijam, no caso concreto, a cedência do direito fundamental constitucional.

Em qualquer caso, não deve deixar de se reconhecer que nos movemos num domínio de extrema sensibilidade jurídica —o da restrição a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados por parte de normas infraconstitucionais—, pelo que a actuação restritiva só não será ilegítima se, em primeiro lugar, o legislador puder invocar uma justificação suficientemente forte que permita fazer ceder o direito fundamental em causa e, em segundo lugar, se a norma restritiva respeitar estritamente os parâmetros constitucionais aplicáveis, designadamente os princípios estruturantes de Estado de Direito. E deve ser assim, quanto a este último requisito, porque, se os poderes públicos estão permanentemente adstritos à observância dos princípios constitucionais estruturantes em toda a sua actuação, mais essa vinculação se torna premente nas áreas mais sensíveis do relacionamento

entre o Estado e os particulares, nomeadamente, em todos os domínios protegidos por direitos fundamentais⁹.

A resposta às dúvidas de constitucionalidade suscitadas na Consulta pressupõe, portanto, o esclarecimento das questões sumariamente enunciadas — as relacionadas com o tema da justificação para restringir e com o tema da observância dos diferentes princípios estruturantes—, pelo que é esse o percurso metodológico que se seguirá na parte seguinte.

II

DAS DÚVIDAS DE CONSTITUCIONALIDADE REFERENTES À NORMA QUE ISENTA OS LOJISTAS DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO MÍNIMA FIXA

1. A violação do direito fundamental à iniciativa económica privada e a violação do direito fundamental de propriedade privada

Tendo concluído que estamos perante uma restrição a direitos fundamentais e estando em causa apurar se tal restrição é ou não inconstitucional, a primeira

⁹ Cf., assim, J. REIS NOVAIS, *Os Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2019, págs. 18 e segs.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

dúvida a esclarecer é a atinente à justificação que o Estado pode invocar como fundamento da norma restritiva: o que justifica que direitos de valor constitucional cedam perante decisões do legislador ordinário?

Como se disse, podemos admitir que direitos de valor constitucional cedam perante normas de valor ordinário —o que será sempre algo de excepcional e particularmente sensível numa ordem jurídica assente na supremacia das normas constitucionais relativamente às normas ordinárias—, mas, para tanto, deve ser apresentada uma razão suficientemente forte, se se quiser, uma necessidade premente que justifique a restrição dos direitos fundamentais em causa nos termos em que ela foi feita.

Neste ponto, cabe, em primeiro lugar, referir que se, por um lado, devemos escrutinar as razões expressamente invocadas —se as houver—, por outro lado entendemos poderem ser chamadas à colação quaisquer outras razões que, mesmo não tendo sido convocadas pelo legislador, possam objectivamente oferecer-se no circunstancialismo que presidiu à aprovação da norma.

No caso concreto, seremos forçados a concluir, sem margem de dúvida quando se tem em conta a análise da norma nos termos já feitos na parte I, que o fundamento da restrição só pode objectivamente residir numa intenção de ajuda aos lojistas dos centros comerciais que se traduz numa prestação de apoio destinada a atenuar os prejuízos sofridos e a ajudar na sua recuperação, promovendo reflexamente a retoma económica nas condições difíceis geradas pela pandemia.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

Não se trata, ponto a que se voltará, de intervenção normativa estatal tendente a reformular, com carácter permanente, a estrutura de um contrato, eventualmente por se considerar tal estrutura inadequada ou injusta. É simplesmente uma intervenção pontual, excepcional, transitória, que deixa intocada a estrutura contratual a que se retornará após 31 de Dezembro de 2020. Portanto, uma medida motivada exclusivamente por uma necessidade conjuntural de apoio aos lojistas dos centros comerciais.

Ora, quanto a este apoio ou até quanto à sua necessidade, nada há a objectar do ponto de vista de decisão política. Neste como em muitos outros ou até na generalidade dos sectores da economia, estando em causa, agora na perspectiva dos lojistas, os seus próprios direitos fundamentais à iniciativa económica privada e de propriedade privada, é certo que o Estado tem, em geral, não apenas um dever de os respeitar e de os proteger, mas também, nas condições de um Estado social de Direito como é o nosso, um dever de promoção, de ajuda. Podem eventualmente suscitar-se outro tipo de dúvidas, sobretudo as respeitantes às questões de igualdade, que também abordaremos, mas, considerando exclusivamente a decisão de apoio ou a sua necessidade, tal parece inatacável, dispondo aí o legislador democrático de uma ampla margem de decisão política.

Já, no plano jurídico, as dúvidas são bem maiores quando nos situamos, como aqui agora fazemos, na apreciação jurídico-constitucional da admissibilidade do meio escolhido e na indagação do peso ou da premência que o legislador pode objectivamente invocar como justificação para restringir direitos fundamentais, uma vez que, como vimos, aquele apoio resultou objectivamente na restrição da liberdade de iniciativa económica privada e no direito de propriedade de outros particulares. E aqui, como vamos verificar, as dúvidas transformam-se

em convicção de inconstitucionalidade quando temos em conta os dois factores a seguir considerados.

1.1. Inadmissibilidade constitucional da transferência da responsabilidade do apoio aos lojistas para os proprietários dos centros comerciais

Em primeiro lugar, o verdadeiro problema reside, não no apoio em si mesmo considerado, mas no meio concreto que o legislador encontrou para o prestar. Seriam constitucionalmente pacíficas —não considerando, por agora, os problemas de igualdade— a atribuição de um subsídio, a abertura de linhas especiais de crédito bonificado, a isenção ou diminuição de tributos fiscais devidos ou outros apoios afins que são normalmente proporcionados pelo Estado nestas circunstâncias. Aí, na sua margem de decisão política, o Estado decide uma ajuda e prescinde de receita ou mobiliza aumento de despesa, distribuindo os respectivos encargos públicos, indirectamente, por toda a comunidade. Pode ser politicamente controverso, mas é juridicamente inatacável.

Diferente é quando o Estado, como ocorreu no caso presente, transfere compulsivamente as suas obrigações ou opções de ajuda sobre uma outra entidade privada, no caso o gestor/proprietário dos centros comerciais, que, para além do facto, juridicamente irrelevante para este efeito, de manter uma relação económica contratual com os lojistas em causa, não tem qualquer responsabilidade nas dificuldades que a generalidade das entidades privadas sofrem por efeito da

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

pandemia, não retirou dela qualquer benefício e não tem, por isso, qualquer obrigação especial de ajuda.

É que, na realidade, foi isso que o legislador fez: quando a ajuda que decide dar é a isenção de pagamento da parcela fixa da renda devida, está a intervir restritivamente, e de forma directa, como vimos, no património de outra entidade privada, privando-a da recepção daqueles mesmos montantes a que tinha contratualmente direito. Ou seja, está a obrigar uma entidade privada, e só ela, a custear o apoio que o Estado decidiu dar à contraparte na relação jurídica, não se vendo porquê, com que justificação e a que título deve ser aquela primeira entidade, e só ela, a *ajudar* essa contraparte.

Com isso, o Estado interfere na execução de um contrato livremente celebrado entre as partes e transfere compulsivamente uma parcela substancial do património de uma para a outra parte, com o que não apenas restringe, sem justificação, o direito fundamental à livre iniciativa económica privada, como o direito de propriedade da parte desvantajosamente afectada.

A situação seria objectivamente diferente se o contrato em causa contivesse normas abusivas, forçasse uma das partes a aceitar cláusulas injustas, desiguais, que, numa situação de crise ou de dificuldade, se revelassem intoleravelmente iníquas e, por isso, se tornassem juridicamente insustentáveis. Nessa hipotética situação, dir-se-ia que existiria mesmo um dever de protecção estatal de uma das partes na relação, uma necessidade de intervenção correctiva ou compensadora na autonomia contratual privada por parte do legislador.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Mas, não é assim. A divisão da retribuição pela utilização do espaço comercial em duas parcelas é algo de consensualmente reconhecido como razoável e próprio da natureza específica dos contratos de locação nos centros comerciais. Se se quiser, a parcela de remuneração mínima fixa corresponde genericamente ao direito de utilização do espaço e a parcela percentual variável reflecte a natureza da especificidade de integração dos interesses das duas partes neste tipo de actividade comercial —em que ambas têm um interesse egoísta no sucesso da outra—, induzindo e simultaneamente exprimindo a necessária cooperação entre elas.

A contraprova, se fosse necessária, de que é assim, de que nada existe de errado neste tipo de contrato atípico, é que, desde que esta prática se generalizou, o legislador não sentiu qualquer necessidade ou vantagem em interferir na autonomia contratual das partes e, nem mesmo agora, como se percebe das diferentes iniciativas legislativas entretanto apresentadas na Assembleia da República, houve qualquer intenção ou proposta de alteração permanente, mais ou menos profunda, do quadro jurídico em vigor quanto a este tipo de contratos.

Donde se prova, de um lado, que o próprio legislador não vê nada de errado ou de carente de correcção no regime em vigor e que a intenção subjacente à norma restritiva em causa é exclusivamente a de proporcionar uma ajuda pontual, excepcional e transitória aos lojistas dos centros comerciais por facto dos efeitos da pandemia e não por qualquer iniquidade intrínseca aos contratos que eles celebraram. Mas, essa mesma constatação evidencia, então, de outro lado, que não existe justificação minimamente adequada para que o Estado onere, nessa exacta medida e para esse mesmo fim, o património da outra parte na relação.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

Admitindo que os lojistas dos centros comerciais —todos eles— estão em situação difícil e carecem de um apoio que não é dado aos restantes lojistas, a que título é que deveriam ser os gestores/proprietários dos centros comerciais a proporcionar esse apoio?

De facto, não é difícil admitir que há lojistas dos centros comerciais que ficaram extraordinariamente prejudicados pelos efeitos da pandemia e das medidas de protecção sanitária adoptadas pelas autoridades públicas. Nesse sentido, encontram naturalmente obstáculos na recuperação da actividade económica numa situação em que experimentam simultaneamente grande dificuldade em satisfazer as obrigações que contratualizaram ou lhes são legalmente impostas nas relações que estabeleceram com os seus diferentes credores: bancos, companhias de seguros, fornecedores, centros comerciais ou o próprio Estado.

As dificuldades económicas por que passam grande parte dos lojistas tornam eventualmente penosa a satisfação das obrigações que têm, por exemplo, para com as companhias de seguros, os bancos ou os seus fornecedores. Mas, tendo essas obrigações sido livremente contratualizadas e não havendo nada de errado ou abusivo nos respectivos contratos, faria sentido o legislador proceder a uma redução compulsiva e unilateral das prestações devidas?

Da mesma forma, não havendo nada de intrinsecamente errado ou abusivo nos contratos celebrados com os gestores/proprietários dos centros comerciais, não havendo qualquer responsabilidade especial destes nas dificuldades que os atingem ou qualquer benefício que delas tenham retirado, a que título poderia o legislador intervir restritiva, especial e exclusivamente no património apenas dessa categoria de credores para proporcionar o referido apoio aos lojistas?

1.2. Insuficiência de justificação para restringir direitos fundamentais

Em segundo lugar, se ainda restassem dúvidas sobre a inexistência de fundamento constitucionalmente admissível para restringir os direitos fundamentais em causa, o próprio legislador se *encarregou*, no contexto concreto que presidiu à aprovação da norma, de retirar sustentação jurídica à justificação objectivamente invocável.

Como se viu, uma restrição grave de um direito fundamental constitucional será excepcionalmente admissível se houver uma justificação de peso suficientemente forte, uma necessidade premente de prosseguir um bem, um valor ou outro direito, igualmente dignos de protecção jurídica, que obriguem à cedência dos direitos fundamentais em causa. Porém, no caso, a inexistência destas razões é confirmada pelo mesmo legislador —a Assembleia da República— quando, no mesmo contexto circunstancial e na mesma altura em que decide o apoio aos lojistas dos centros comerciais, não o estende aos restantes lojistas e rejeita mesmo expressamente propostas nesse sentido¹⁰.

Os lojistas encontram-se genericamente na mesma situação, com o mesmo tipo de dificuldades, afectados, mais ou menos, pelos efeitos da crise provocada pela pandemia, independentemente de estarem ou não inseridos em centros comerciais. Ora, se o Estado não concede a todos os que se encontram nas mesmas circunstâncias o mesmo apoio, é porque, independentemente dos problemas de igualdade a considerar posteriormente, não reconhece a tal apoio a premência de

¹⁰ Veja-se a rejeição das propostas de redução das rendas contidas nos projectos de lei nº 452/XIV/1ª e nº 469/XIV/1ª, respectivamente, de PCP e BE.

realização que, em situações extremas, justificaria a restrição de direitos constitucionais.

Quando a um qualquer lojista não inserido em centro comercial o Estado recusa expressamente —foi o que a Assembleia da República fez exactamente na mesma altura— um apoio traduzido em redução da renda, reconhece implicitamente que um apoio dessa natureza não é estritamente necessário, não é uma necessidade premente que o Estado esteja obrigado a realizar. Logo, não sendo uma necessidade premente, não pode, aplicada agora às relações jurídicas que envolvem os lojistas dos centros comerciais e os respectivos proprietários e gestores, servir de justificação suficiente para restringir direitos fundamentais da forma gravosa como o legislador o fez.

Não havendo fundamento adequado e necessário invocável para tanto, não há objectivamente justificação para que o Estado possa, através da norma contida no artigo 168º-A, nº 5, da Lei do Orçamento, restringir, nesta situação concreta, o direito fundamental à iniciativa económica privada e o direito fundamental de propriedade privada dos gestores e proprietários dos centros comerciais.

Neste sentido e nesta medida, pelas duas razões desenvolvidas neste ponto, a referida norma, concluindo, é inconstitucional por violação dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados no artigo 61º e no artigo 62º, nº 1, da Constituição.

2. A inobservância de princípios constitucionais estruturantes de Estado de Direito

Como se disse, toda a actuação dos vários poderes públicos em Estado de Direito está, sob pena de invalidade, estritamente vinculada à observância de um conjunto de princípios —entre nós ditos *estruturantes*— que devem ser invariavelmente observados no relacionamento entre o Estado e as entidades privadas (casos dos princípios da dignidade humana, proporcionalidade, igualdade, protecção da confiança legítima e alguns outros)¹¹. Por maioria de razão, esta vinculação é ainda mais exigível, se se pode falar assim, quando a actuação estadual é restritiva, agressiva, e, designadamente, quando ela ocorre nos domínios mais sensíveis do relacionamento dos particulares com os poderes públicos, ou seja, os domínios que merecem a protecção qualificada de direitos fundamentais.

Não se ignora que, para uma boa parte da doutrina e da jurisprudência constitucionais de que discordamos frontalmente¹², a aplicação de alguns destes princípios —os acolhidos no artigo 18º da Constituição— estaria condicionada à afectação dos, entre nós, chamados *direitos, liberdades e garantias* ou dos *direitos de natureza análoga*.

¹¹ Sobre estes princípios, cf., por último, J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*, Coimbra, 2019.

¹² Cf. J. REIS NOVAIS, *Uma Constituição, Dois Sistemas? Direitos de Liberdade e Direitos Sociais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 2020.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Tal posição é, a nosso ver, destituída de racionalidade, já que qualquer Estado de Direito tem sempre de observar, em toda a sua actuação, os princípios de *Estado de Direito*, mas deve acrescentar-se que no caso em apreço não haveria, em termos práticos, qualquer divergência nas conclusões a retirar. É que, para essa mesma corrente doutrinária e jurisprudencial de que divergimos, o direito fundamental à iniciativa económica privada (artigo 61º) e o direito fundamental de propriedade privada (artigo 62º) são unanimemente considerados “direitos de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias”¹³, pelo que, no caso, a conclusão é uma qualquer que seja a base teórica de onde se parta: o Estado estava obrigado a observar os princípios estruturantes de Estado de Direito na emissão da norma do artigo 168º-A, nº 5, da Lei do Orçamento, bem como a observar os diferentes *limites aos limites* dos direitos fundamentais, designadamente os expressamente acolhidos no artigo 18º da Constituição.

Assim, tendo havido, no caso, restrição a direitos fundamentais, vamos verificar, a seguir, se, não obstante termos já concluído pela inconstitucionalidade da referida norma por violação directa do direito fundamental à livre iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada, há ainda inconstitucionalidade por inobservância de princípios estruturantes aplicáveis no caso.

¹³ Veja-se, por último, e neste mesmo sentido, o Acórdão nº 299/2020 do Tribunal Constitucional.

2.1. Inconstitucionalidade por violação do princípio da igualdade

É verdade que, tanto quando impõe sacrifícios como quando distribui benefícios, o legislador de Estado social de Direito não está obrigado a tratar todos indiferenciadamente, por igual, da mesma maneira, podendo até dizer-se que, por vezes, as diferenciações se impõem em nome da própria igualdade. Não é, portanto, o facto de o legislador ter distinguido os lojistas dos centros comerciais dos restantes lojistas e ter distinguindo os proprietários dos centros comerciais dos restantes proprietários que arrendam espaços dos seus imóveis para fins não habitacionais que, por si só, torna as respectivas normas inconstitucionais por violação do princípio da igualdade.

À luz de uma concepção actualizada do princípio da igualdade, diferenciações podem ser admissíveis e até exigíveis. Posto é que tais diferenciações se sustentem num fundamento racional, no mínimo, um fundamento não arbitrário, e que a medida da diferenciação seja correspondida adequadamente pela razão que a sustenta.

Deve atentar-se, por outro lado, que estando em causa direitos fundamentais e havendo, como reflexo dos benefícios concedidos, uma imposição de sacrifícios no seu âmbito de protecção, a exigência no escrutínio dessas razões e desses fundamentos é mais intensa, isto é, a observância do princípio da igualdade não se basta com a simples ausência de arbítrio nas razões alegáveis pelo legislador. Num contexto de afectação relevante de direitos fundamentais, para além de não arbitrária, a razão invocada deve constituir um fundamento razoável e adequado para diferenciar.

Ora, o problema é que quando, neste caso concreto, se faz esse escrutínio, resulta evidente a falta de fundamento racional para as diferenciações e a inadequação das diferenciações introduzidas pelo legislador. Vejamos.

Deve referir-se, preliminarmente, que neste caso concreto o apuramento de eventuais violações do princípio da igualdade fica facilitado pela sincronia das diferenciações produzidas pelo legislador. Quando, precisamente na mesma altura, Julho de 2020, a Assembleia da República aprova medidas de apoio aos lojistas em geral e aos lojistas dos centros comerciais em particular e impõe constrangimentos aos proprietários que arrendam quaisquer espaços para fins não habitacionais e aos proprietários dos centros comerciais que contratualizam a utilização de espaços nos seus imóveis para fins comerciais, não há, sequer, lugar para considerar uma eventual mudança de circunstâncias ao longo do tempo como justificação para a diferença de atitudes revelada pelo legislador.

É, então, possível e relativamente mais fácil procurar e encontrar —se existirem— os fundamentos racionais que justifiquem a diferenciação de regimes jurídicos objectivamente produzida. Ora, o que fica evidente é que esses fundamentos não existem. Quando se escrutina a medida restritiva em si e quando se comparam as distinções feitas entre categorias potencialmente beneficiárias das mesmas medidas de apoio, as distinções instituídas raíam mesmo o puro arbítrio.

Neste caso, uma vez que os benefícios concedidos são inseparáveis dos sacrifícios impostos, o problema da observância do princípio da igualdade é multifacetado. Abrange as diferentes categorias envolvidas dos *dois lados* do problema, considerando, de um lado, o universo dos potenciais beneficiados com a medida —a categoria dos lojistas dos centros comerciais, mas também o conjunto

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

dos lojistas em geral— e, do lado oposto, a categoria dos proprietários de imóveis que disponibilizam espaços para arrendamento ou utilização comercial, nos centros comerciais ou fora deles.

Assim, e tendo em conta apenas os lojistas dos centros comerciais, impressiona, desde logo, o facto de o legislador não distinguir dentre eles na repartição dos apoios: basta pertencer à categoria (e ter contratualizado uma retribuição composta pelas duas referidas parcelas, fixa e variável, pela utilização do espaço) para ter acesso à redução da retribuição. Já alguém que tivesse feito um arrendamento não habitacional no mesmo centro comercial, mesmo que tenha sofrido tantos ou mais prejuízos como efeito da pandemia, não terá direito a qualquer redução da renda.

Dir-se-ia, e é uma tendência quase natural, que, tratando-se de concessão de benefícios, o escrutínio da observância da igualdade não deve ser tão rigoroso. O problema é que, aqui, a concessão desse benefício é necessariamente acompanhada da imposição do correspondente sacrifício na outra parte, pelo que, tendo igualmente em conta a gravidade do prejuízo, o escrutínio de observância da igualdade deve, sim, ser denso e exigente.

Ora, o que se observa nessa indiferenciação dentro da categoria dos lojistas dos centros comerciais é que ela é simplesmente arbitrária. Há lojistas que foram e continuam seriamente prejudicados pelos efeitos da pandemia, mas há outros cujos proventos, nas circunstâncias concretas geradas pela pandemia, aumentaram até relativamente aos mesmos períodos de anos anteriores. Há casos de lojas de informática, de artigos de electrónica, de artigos para o lar, de estética ou de moda em que há um aumento significativo das vendas comparativamente com anos

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

anteriores. Ou seja, no âmbito do respectivo negócio, esses lojistas beneficiaram ou beneficiam dos efeitos de aumento relativo da procura influenciado pelas circunstâncias da pandemia.

Sendo assim, o que justificaria que todos sejam tratados exactamente da mesma maneira, que todos beneficiem de uma redução significativa da retribuição pela utilização do espaço, sendo certo que esse benefício se reflecte no sacrifício da contraparte? Se a situação de um lojista particular melhorou relativamente à situação de não pandemia, se o montante das vendas aumentou relativamente ao mesmo período de 2019, o que pode justificar, senão uma decisão puramente arbitrária, que o Estado lhe conceda uma diminuição de retribuição pela utilização do seu espaço no centro comercial e, e é esse o ponto principal da equação, obrigue o gestor/proprietário respectivo a sofrer o correspondente prejuízo?

Algo de semelhante, mas agora do ponto de vista da falta de justificação para a diferenciação, se passa na comparação entre os lojistas dos centros comerciais e os restantes lojistas: sofrendo todos, em igual medida, conforme as circunstâncias, dos efeitos da pandemia e das medidas de protecção sanitária adoptadas, porque é que devem ser apenas os lojistas dos centros comerciais a beneficiar de redução?

Se uma loja de rua do centro da cidade, orientada exclusivamente para as vendas de produtos a turistas, vê a sua facturação, pela ausência de turistas, reduzida a um mínimo insignificante, por que não lhe dá o Estado qualquer apoio que se traduza em redução de renda, enquanto que, ao mesmo tempo, concede um benefício de redução substancial do montante da *renda* a um lojista de centro comercial que, por exemplo, não teve a sua situação verdadeiramente afectada?

É que, precisamente na mesma altura, o mesmo legislador regulou uma e outra situação e a uns concedeu uma simples moratória ou pagamento diferido das rendas, sem tocar no núcleo do contrato de arrendamento celebrado entre as partes, e, a outros, concedeu a referida redução da retribuição, invadindo e alterando significativamente o núcleo do contrato de utilização do espaço comercial entre elas celebrado. Razões para a diferenciação, simplesmente, não há.

É verdade que os contratos são juridicamente diferentes —contrato de arrendamento não habitacional e contrato de utilização de espaço em centro comercial—, mas nada há neles que justifique uma diferenciação de tratamento no plano dos apoios concedidos por efeito da pandemia.

Por último, a ausência de fundamento para indiferenciar ou diferenciar no lado dos lojistas tem o seu inevitável reflexo na ausência de fundamento para a diferenciação do sacrifício imposto no lado dos proprietários. Não poderia, aliás, ser de outro modo porque, em todos estes casos, o benefício concedido se faz à custa de sacrifício imposto à contraparte.

Assim, se, por exemplo, a mesma marca tem uma loja num centro comercial e uma outra num imóvel de propriedade de uma companhia de seguros, como trata o legislador as duas situações? Simplesmente, e não havendo qualquer razão para diferenciar, a um proprietário, que nada beneficiou com a pandemia, impõe uma redução significativa na retribuição contratualizada que deveria receber, enquanto que ao outro, que eventualmente beneficiou, e porventura muito, dos efeitos da pandemia, onera-o tão só com o diferimento do prazo de recebimento das rendas contratualizadas.

Portanto, por evidente ausência de fundamento racional, tanto para indiferenciar (no caso do conjunto dos lojistas dos centros comerciais), como para diferenciar (no caso do universo de todos os lojistas e no caso dos proprietários que disponibilizam, contra retribuição, espaços para fins comerciais), há violação do princípio da igualdade consagrado, entre outros, no artigo 13º da Constituição.

2.2. Inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição do excesso

O controlo da observância do princípio da proibição do excesso (vulgarmente designado como proporcionalidade ou como proporcionalidade em sentido lato) constitui, porventura, o parâmetro mais comumente utilizado na verificação de eventual inconstitucionalidade em domínio de direitos fundamentais. Com efeito, ainda que haja justificação para restringir, um Estado de Direito não se pode relacionar com as entidades privadas de forma excessiva ou com agressividade desnecessária, não pode impor sacrifícios desproporcionados ou desrazoáveis.

Também neste caso concreto, mesmo que se tivesse admitindo —o que, como vimos, não foi o caso— que o Estado tinha justificação adequada e suficiente para intervir restritivamente no direito fundamental à livre iniciativa económica privada e no direito fundamental de propriedade privada na titularidade dos gestores/proprietários dos centros comerciais, essa intervenção não poderia ir para além daquilo que era indispensável, não poderia ser desproporcionada nem desrazoável.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

E, se bem que estes termos tendam a ser utilizados indiscriminadamente, há diferença sensível e qualitativa entre um controlo de proporcionalidade e um controlo de razoabilidade¹⁴. Essencialmente, no controlo de proporcionalidade — abstraindo dos casos mais simples em que a desproporcionalidade seja imediatamente evidente — faz-se uma comparação entre as alternativas restritivas de que o legislador dispunha e a eventual desproporcionalidade é apurada considerando a aptidão da medida para realizar o fim previsto e o incremento marginal de benefício alcançado relativamente ao incremento de sacrifício imposto.

Por sua vez, a diferença para o controlo de razoabilidade é que, neste último, nos focamos na natureza e alcance do sacrifício, designadamente na situação em que fica ou como é tratado o titular do direito fundamental, independentemente dos benefícios que se procuram alcançar. Ou seja, indagamos se, de acordo com os parâmetros comumente reconhecidos como caracterizando a vivência de um Estado de Direito, é ou não razoável impor aquele sacrifício concreto, fazendo incidir esse juízo sobre a situação do afectado, abstraindo dos benefícios que se procuram alcançar.

¹⁴ Cf., com desenvolvimento, J. REIS NOVAIS, *Princípios Estruturantes...*, cit., págs. 128 e segs.

2.2.1. Controlo de proporcionalidade

Tal como acontece no controlo de igualdade, também aqui o apuramento da eventual desproporcionalidade se faz através de uma metodologia de pôr em relação, em comparação. Só que, enquanto no escrutínio da igualdade o objecto da análise é a própria medida da diferenciação feita pelo legislador (o problema de saber se a existência e a medida da diferenciação são adequadas), no controlo da proporcionalidade o *olhar* do escrutinador e as comparações a que procede incidem sobre a intensidade da restrição, procura apurar se a medida foi ou não demasiado agressiva.

Neste sentido, tal como aconteceu no controlo de igualdade a que atrás procedemos, também aqui o procedimento fica facilitado porque, precisamente na mesma altura —Julho de 2020—, o legislador adoptou igualmente outras medidas destinadas a alcançar os mesmos fins: para o apoio aos lojistas dos centros comerciais aprovou o nº 5, do artigo 168º-A, aditado ao Orçamento do Estado para 2020, e, para o apoio aos restantes lojistas, aprovou, mantendo-o e alterando-o¹⁵, o regime de moratória que havia consagrado na Lei nº 4-C/2020, de 6 de Abril.

De resto, a prova de que subjacente aos dois tipos de auxílio está a mesma intenção de apoio, de que se trata de análoga justificação e de que o fim é o mesmo, de que não são projectos normativos teleologicamente distintos, é dada pelo próprio legislador quando, na referida segunda alteração da Lei nº 4-C/2020, de 6 de Abril, aditou um nº 2 no artigo 10º em que se dispõe:

¹⁵ Cf. as alterações na lei que resultará da promulgação do Decreto nº 48/XIV da Assembleia da República, aprovado a 23 de Julho.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

“...o presente capítulo [moratórias concedidas no âmbito do arrendamento não habitacional] não se aplica aos estabelecimentos inseridos em conjuntos comerciais que beneficiem do regime previsto no n.º 5 do artigo 168.º-A da Lei n.º 2/2020, de 31 de março, na redação que lhe foi dada pela Lei n.º 27-A/2020, de 24 de julho”.

Naturalmente, este último regime de moratória não se aplica aos beneficiados com a redução da retribuição nos centros comerciais porque, apesar da diferença substancial entre os dois regimes, a sua justificação é a mesma, a sua intenção e os fins visados são comuns, isto é, os de apoiar excepcionalmente os lojistas por facto dos prejuízos sofridos com a pandemia, pelo que não faria sentido que, existindo em simultâneo, pudessem ser cumulados.

Portanto, o próprio legislador deixa claro que adoptou dois regimes diferentes com a mesma intenção de apoio: um primeiro aplicável a todos os lojistas, um segundo aplicável aos lojistas dos centros comerciais. Já vimos, no ponto anterior, que esta diferenciação era inadmissível à luz do parâmetro constitucional da igualdade. Cabe agora relevar esta dualidade no escrutínio do sacrifício imposto aos gestores/proprietários dos centros comerciais feito à luz do parâmetro constitucional da proporcionalidade.

E, deste ponto de vista, a conclusão acaba, paradoxalmente, por ser retirada pelo próprio legislador: se perante a mesma situação objectiva, o mesmo tipo de prejuízos, as mesmas dificuldades de recuperação económica, a mesma necessidade de apoio aos lojistas, o legislador considera que não é necessário

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

adoptar medidas mais restritivas do direito à iniciativa económica privada e do direito de propriedade privada do que aquelas que impôs aos proprietários no arrendamento não habitacional em geral, então tal significa a *confissão* de que as medidas mais gravosas com que onerou os gestores/proprietários dos centros comerciais não eram indispensáveis para atingir o mesmo fim de apoio. É que, repetimos, o fim é exactamente o mesmo.

Isto é, o legislador podia ter prestado o mesmo apoio a todos os lojistas — pois o que considera adequado para uns não pode deixar de ser considerado adequado para os outros, dada a identidade da situação em que se encontram— sem ter de sacrificar mais gravosamente a categoria dos proprietários dos centros comerciais, sem ter restringido, e de forma agressiva, os seus direitos fundamentais.

Obviamente, o Estado-legislador não está impedido de auxiliar para além daquilo que já era adequado. É verdade que, se deu um apoio aos lojistas em geral, é porque considerou esse apoio adequado, suficiente, mas pode, naturalmente, no que se refere aos lojistas dos centros comerciais, ir para além do que já era um nível adequado de apoio.

Porém, se para o fazer tem de sacrificar, e de forma bem agressiva, os direitos fundamentais de outrem —no caso os proprietários dos centros comerciais—, então essa agressão é excessiva porque o Estado restringe direitos fundamentais quando aqueles que pretende beneficiar já usufruíam de um apoio que o próprio Estado considerava implicitamente como adequado.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Ou seja, a restrição gravosa produzida não era necessária para garantir uma protecção adequada às entidades privadas que visava ajudar, logo, é inconstitucional.

É o que inevitavelmente se conclui quando se comparam as duas alternativas de que o legislador dispunha para apoiar os lojistas em dificuldades¹⁶: a restrição aos direitos fundamentais que foi imposta no caso dos gestores/proprietários dos centros comerciais surge como claramente desproporcionada.

Com efeito, para uma mesma intenção e para análogas necessidades de apoio, a alternativa restritiva adoptada pela Lei n° 4-C/2020 só tangencialmente afecta os direitos fundamentais em causa, enquanto que a que foi adoptada no novo artigo 168°-A, n° 5, da Lei n° 2/2020, de 31 de Março, agride de forma gravosa o núcleo do âmbito de protecção daqueles direitos. E o que se conclui da comparação é que esse incremento grave do sacrificio imposto se revela excessivo, já que o Estado podia realizar de forma adequada o fim de apoio em vista sem ter de recorrer a restrição tão agressiva. No que vai para além de uma realização

¹⁶ A metodologia de apuramento da eventual desproporcionalidade através da comparação de alternativas disponíveis ou idealmente configuráveis tem sido por nós proposta ao longo dos anos (cf., por último, *Princípios Estruturantes...*, cit., págs. 133 e segs) e acaba de ser muito recentemente ilustrada na jurisprudência do Tribunal Constitucional, no Acórdão n° 299/2020, quando o Tribunal Constitucional, para considerar desproporcional a atribuição do direito de preferência ao arrendatário para fins habitacionais de parte do prédio não constituído em propriedade horizontal, se baseou na comparação dessa medida restritiva com outra a que o legislador poderia ter recorrido.

adequada do fim, a restrição não é indispensável, não é necessária, e, logo, é excessiva, desproporcionada.

É isso que se evidencia numa restrição que reduz a retribuição para valores médios situados entre 40% a 60% da retribuição contratualmente em vigor quando comparada com uma simples possibilidade de dilação no pagamento da renda devida adoptada pelo mesmo legislador em situação análoga. Se este último apoio foi considerado suficiente para lojistas que se encontram na mesma situação, então o sacrifício imposto aos proprietários dos centros comerciais é manifestamente excessivo.

Nesse sentido, a norma restritiva em causa é inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso na sua dimensão de proporcionalidade.

2.2.2. Controlo de razoabilidade

Como se disse, neste tipo de controlo não está em causa uma comparação ou uma avaliação entre sacrifícios e benefícios, como é próprio do controlo de proporcionalidade acabado de fazer, mas apenas a apreciação da restrição do ponto de vista do afectado, na perspectiva da forma como este foi tratado ou da situação em que fica.

Deste ponto de vista, aquilo que surge como inadmissível é o facto de o Estado decidir apoiar uma categoria de empresários (os lojistas dos centros comerciais), mas de o fazer desobrigando-os de satisfazer obrigações que eles contratualizaram livremente com outros empresários e penalizando estes na *carga*

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

correspondente. Ou seja, num Estado de Direito não é razoável que os gestores/proprietários de centros comerciais sejam compulsivamente obrigados pelo legislador a *apoiar* os respectivos lojistas por dificuldades ou prejuízos pelos quais não tiveram qualquer responsabilidade ou dos quais não obtiveram qualquer benefício.

Não seria ilegítimo, note-se, que o Estado interviesse no conteúdo de um contrato que considerasse abusivo para uma das partes. Estando os poderes públicos obrigados a proteger os particulares de agressões nos seus direitos fundamentais com origem na actuação de outros particulares, num Estado social de Direito esse dever de intervenção para fins de protecção poderia mesmo ser considerado exigível em situações desse tipo.

Porém, não é isso que aqui acontece. Como dissemos, ninguém pôs em causa a adequação material dos contratos de utilização de espaços em centros comerciais tal como vêm de há muito a ser praticados. O legislador é o primeiro a não o ter feito e nem mesmo agora o fez. Não houve nem há quaisquer iniciativas legislativas no sentido da alteração permanente do respectivo regime. A necessidade de apoio surge exclusivamente por força dos efeitos nocivos da pandemia e, por isso, apresenta-se com um carácter excepcional e transitório. Mas, sendo assim, se a intenção é exclusivamente a de apoiar uma categoria, não é legítimo, não é razoável, que o Estado transfira o custo do apoio que livremente quer prestar para algumas entidades privadas.

Naturalmente, como acontece em todas as actividades, as partes poderiam, e porventura têm-no feito, acordar voluntariamente entre si medidas excepcionais

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

que se traduzam em benefícios para alguma delas no interesse geral e comum da própria actividade. O que não é razoável é que isso seja imposto pelo legislador.

Do ponto de vista dos que são afectados desvantajosamente por esta restrição, ela é tão desrazoável como seria uma norma que desobrigasse os lojistas dos centros comerciais de satisfazerem parte das obrigações que contraíram para com os respectivos fornecedores. A situação de dificuldade em que se encontram pode legitimar uma ajuda estatal, mas não é razoável que o Estado *descarregue* esse apoio sobre uma outra entidade privada que não tenha qualquer responsabilidade na situação criada e dela não retire qualquer benefício.

Nesse sentido, a norma restritiva em causa é inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso na sua dimensão de razoabilidade.

2.3. Exigências de segurança jurídica e inconstitucionalidade por violação do princípio da protecção da confiança legítima

A segurança jurídica é uma garantia absolutamente imprescindível em Estado de Direito e, em grande medida, pode-se dizer que foi também em seu nome —e no da previsibilidade e calculabilidade que dela decorrem— que se fizeram as revoluções liberais que vieram historicamente a dar origem a este tipo histórico de Estado. De tal forma os dois termos —Estado de Direito e segurança jurídica— são indissociáveis que, mesmo sem norma constitucional especial a consagrá-las, se consideram pacificamente, na doutrina e na jurisprudência, a segurança jurídica e as suas exigências típicas como garantias naturalmente inscritas no próprio princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Para além de uma dimensão objectiva que se reflecte, por exemplo, em exigências como as da necessidade de publicação das leis ou da clareza e determinabilidade dos seus comandos, há, desde logo, uma garantia específica que, começando historicamente por se desenvolver em matéria penal e fiscal, se ampliou, nos nossos dias, a todo o domínio das restrições a direitos fundamentais —a proibição de retroactividade.

2.3.1. A proibição de retroactividade das normas restritivas

Foi assim que a nossa Constituição, não se bastando com a proclamação genérica do princípio do Estado de Direito, prescreve especificamente de forma definitiva e inequívoca, no artigo 18º, nº 3, a proibição de retroactividade das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias¹⁷.

Logo, no caso presente, uma primeira e absoluta garantia que decorre da exigência de segurança jurídica e se concretizou na proibição constante do artigo 18º, nº 3, da Constituição, é essa: o regime excepcional introduzido pelo artigo

¹⁷ Note-se que, precisamente porque esta proibição é uma decorrência do princípio do Estado de Direito, a garantia aí acolhida se aplica indiferentemente, em nosso entender, às restrições a quaisquer direitos fundamentais. Mais uma vez, não se ignora que esta conclusão não é partilhada por parte significativa da doutrina e jurisprudência constitucionais portuguesas. Contudo, no caso em apreço esta divergência é irrelevante, na medida em que os direitos fundamentais em causa —liberdade de iniciativa económica e direito de propriedade— são unanimemente considerados por essa doutrina como *direitos de natureza análoga* a direitos, liberdades e garantias e, logo, beneficiam, também no seu entender, do mesmo regime e da consequente aplicação da proibição de retroactividade.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

168º-A, nº 5, constituindo uma restrição ao direito fundamental de iniciativa económica privada e uma restrição ao direito fundamental de propriedade privada não pode produzir efeitos retroactivos, isto é, a sua existência normativa não pode ser juridicamente ficcionada a data anterior à sua efectiva entrada em vigor, isto é, 25 de Julho de 2020.

Donde resulta, em consequência, que todos os créditos que até essa data se encontrem vencidos, integrando, enquanto tal, a esfera patrimonial dos titulares daqueles direitos fundamentais, estão, para todos os efeitos, definitivamente consolidados, sob pena de violação directa da proibição de retroactividade das normas restritivas consagrada no artigo 18º, nº 3, da Constituição.

2.3.2. O princípio da protecção da confiança legítima

Aquela não é, no entanto, a única ou até a principal consequência projectada neste caso pelas exigências da segurança jurídica. Com efeito, quando a pessoa jurídica-Estado cria um determinado quadro jurídico ao abrigo do qual permite que as entidades privadas desenvolvam, em autonomia, a liberdade de contratar e de contrair direitos e obrigações jurídicas que os vinculam no seu inter-relacionamento social, e não há nesses compromissos nada de ilícito ou juridicamente censurável, essas entidades têm o direito de esperar que o Estado se comporte como pessoa de bem, que respeite as expectativas legítimas que criou nos particulares quanto à estabilidade das relações jurídicas que estavam habilitados a constituir nos termos permitidos pelo próprio Estado.

Concretamente, se o Estado lhes *diz* que podem, de acordo com a sua vontade autodeterminada, celebrar contratos como aqueles que estão em causa na utilização dos espaços em centros comerciais, as entidades privadas criaram uma expectativa legítima e juridicamente protegida de que tais contratos possam ser executados sem interferências externas, designadamente, sem interferências do mesmo Estado que lhes *disse* que os podiam celebrar.

É certo que, em contrapartida, um Estado democrático também não está nem deve ficar impedido de alterar os regimes jurídicos em vigor, de acordo com as concepções da maioria democrática de governo, de acordo com o que o legislador democrático considere ser a melhor forma de prossecução do interesse público. Não o poder fazer significaria uma petrificação eventualmente injustificada das leis ordinárias em vigor.

Todavia, quando altera legitimamente o regime vigente, ao legislador de Estado de Direito não pode ser indiferente a forma como tal afecta os direitos, as posições jurídicas, as expectativas que, se bem que ainda não perfeitamente consolidadas nas respectivas esferas jurídicas, houvessem sido criadas no passado ao abrigo do regime jurídico em vigor e se encontrem em desenvolvimento e em execução.

Em rigor, não se trata aqui de retroactividade, uma vez que tais direitos e expectativas não estavam já consolidados, mas de uma chamada *retroactividade inautêntica* ou *retrospectividade*, no sentido de uma lei que, valendo exclusivamente para o futuro, afecta, todavia, direitos e posições formadas e vindas do passado e que se encontram em desenvolvimento e execução.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Ora, se uma norma restritiva de direitos fundamentais *retroactiva* é, como vimos, liminarmente inconstitucional, com as normas restritivas *retrospectivas* a situação é mais complexa e é aqui que intervém uma nova dimensão subjectiva da segurança jurídica, a que se consubstancia no chamado princípio da protecção da confiança legítima. Ou seja, se a proibição constitucional expressa constante do artigo 18º, nº 3, resolve imediatamente o problema das normas restritivas retroactivas, já o princípio da protecção da confiança, considerado ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição, remete para uma avaliação mais complexa, necessariamente envolvendo uma metodologia de ponderação.

É que, se do lado dos particulares há expectativas legítimas na continuidade ininterrupta de um regime jurídico de há muito em vigor e ao abrigo do qual programaram as suas vidas económicas e agiram em conformidade, adquirindo direitos e contraindo obrigações, do lado do Estado há uma intenção de mudança motivada pela prossecução do interesse público tal como a maioria democrática o concebe. Pressupõe-se que, no entender dessa maioria, o interesse público exige a alteração do regime vigente e a imediata entrada em vigor de novo regime.

Nesta situação, não há forma mais adequada de resolver a tensão entre os dois interesses —de um lado, o interesse da premência de realização do interesse público e, do outro, o *peso* das expectativas dos particulares— que não seja a de um balanceamento em que se considerem os factores relevantes a sopesar no reforço de uma e outra posição.

Do lado dos particulares afectados pela intervenção legislativa em apreciação, há que ter em conta, não apenas o efeito disruptivo que uma decisão

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

política deste tipo provoca em futuras avaliações de investimento, como também o efeito drasticamente penalizador imediato que a alteração do regime provocou na racionalidade de um tipo de investimento cuja atractividade era, precisamente, a da estabilidade e garantia de um rendimento que, sendo comparativamente mais baixo que o de outras alternativas, apresentaria a suprema vantagem da segurança.

Com efeito, assente que está em contratos de utilização baseados numa retribuição fixa e contratualizada para períodos relativamente médios e longos (de seis anos a quinze anos), é um rendimento de segurança ímpar e relativamente blindado contra as oscilações da conjuntura económica, na medida em que a remuneração variável que resulta da parcela percentual da retribuição pela utilização dos espaços —e que, ela sim, é estruturalmente dependente da conjuntura— representa, em média, 2% a 4% da remuneração total de um conjunto comercial.

Acresce que o investimento de confiança feito com base nestes pressupostos relativamente sólidos —traduzido na opção por este tipo de investimento relativamente a outros mais rentáveis, mas também mais incertos—, era ainda sustentado na estabilidade de um regime jurídico duradouro, incontestado, e relativamente ao qual não havia, tal como não há presentemente, como vimos, quaisquer manifestações de intenção de mudança e, muito menos, de alteração radical.

Por fim, quando comparada com a volatilidade mais recente das alterações legislativas verificadas no arrendamento habitacional e não habitacional, a estabilidade incontestada do regime de contratos atípicos de utilização dos espaços nos centros comerciais, na medida em que sempre permaneceu imune a essas

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

mudanças, alimentava a expectativa legítima na continuidade desse regime e, em qualquer caso, na estabilidade das relações jurídicas contratualizadas ao seu abrigo.

Assim, para além de totalmente inesperada, a decisão em causa frustra, de forma radical e gravosa, o investimento de confiança dos particulares racionalmente baseado em expectativas de continuidade e de estabilidade induzidas e alimentadas pelo próprio Estado.

Donde que, de acordo com o padrão jurisprudencialmente estabilizado de aplicação do princípio da protecção da confiança legítima, só a premência de realização de um interesse público da maior relevância permitiria *salvar* a norma emitida da conclusão de inconstitucionalidade cujos fundamentos acabámos de delinear.

Ora, por tudo quanto se disse, neste caso concreto, ao contrário do que costuma ocorrer nos *casos difíceis* de aplicação do princípio da protecção da confiança, nem sequer existe um interesse público objectivo que exija ou sequer aconselhe a alteração inopinada do regime vigente. De facto, como se viu, o programa normativo do legislador que poderia justificar a interrupção da continuidade do regime jurídico em vigor resume-se à concessão de uma ajuda excepcional, parcial e insuficientemente justificada a alguns lojistas dentro de um universo muito mais amplo que sofre o mesmo tipo de dificuldades provocadas pela pandemia e a quem o mesmo apoio não é concedido.

Assim, no que resta como justificação invocável para a frustração das legítimas expectativas dos afectados, temos, como interesse público susceptível de

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

ser alegado, um fundamento de densidade mínima, já que, em rigor, o apoio em causa se traduz numa intenção de proporcionar algum estímulo genérico e indirecto à retoma económica. Tendo em conta, para além disso, que relativamente aos lojistas em geral o mesmo legislador prescindiu de qualquer apoio do mesmo tipo, não pode essa omissão deixar de ser vista como reconhecimento autêntico, da parte do Estado-legislador, da inexistência de qualquer premência na sua concessão e, logo, como reconhecimento implícito da ausência de uma justificação apta a prevalecer sobre as legítimas expectativas dos afectados na continuidade, naturalmente não interrompida, do regime jurídico ao abrigo do qual foram celebrados os contratos de utilização actualmente em execução.

Nesses termos, a norma restritiva que altera, ainda que excepcional e transitoriamente, o regime jurídico em vigor é igualmente inconstitucional por violação do princípio da protecção da confiança.

III

AS VIAS JURISDICIONAIS DE IMPEDIMENTO DA APLICAÇÃO DA NORMA RESTRITIVA INCONSTITUCIONAL CONSTANTE DO ARTIGO 168º-A, Nº 5, DO ORÇAMENTO DO ESTADO PARA 2020

A resposta às questões colocadas na Consulta quanto a este ponto ficaram, de imediato, condicionadas pelo facto de o Presidente da República não ter suscitado o esclarecimento de eventuais dúvidas de constitucionalidade em sede de fiscalização preventiva da constitucionalidade, pelo que, tendo a norma restritiva em causa entrado em vigor após a promulgação e publicação da Lei nº 27-A/2020, de 24 de Julho, não pode a sua aplicação ser impedida.

A possibilidade de alterar esse estado de coisas, no sentido da inaplicabilidade superveniente da referida norma, fica reduzida a duas vias: ou a sua alteração legislativa —questão que consideraremos na resposta ao terceiro ponto da Consulta— ou através de uma decisão jurisdicional que conclua pela sua inconstitucionalidade. É esta última via que consideramos de seguida, fazendo-o, primeiro, no plano das possibilidades existentes em termos de fiscalização sucessiva abstracta da constitucionalidade e, depois, no plano da fiscalização concreta.

1. A fiscalização sucessiva abstracta

A possibilidade de chamar o Tribunal Constitucional a apreciar e declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma em causa depende da iniciativa que lhe seja dirigida para esse efeito por parte de uma das entidades ou órgãos que vêm discriminados no artigo 281º, nº 2, da Constituição.

Sem prejuízo da legitimidade de iniciativa de qualquer dos restantes aí referidos (Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Procuradora-Geral da República), a maior probabilidade de um processo de fiscalização sucessiva abstracta ser desencadeado junto do Tribunal Constitucional reside na Provedora de Justiça —a quem poderá ser dirigida a correspondente petição por qualquer pessoa colectiva ou individual— ou num grupo de um mínimo de vinte e três Deputados à Assembleia da República.

Por fim, o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, pode também apreciar e declarar a inconstitucionalidade da norma em causa com força obrigatória geral, mas só se o próprio Tribunal Constitucional a tiver, entretanto, julgado inconstitucional em três casos concretos. Por sua vez, a possibilidade de ocorrência desta última hipótese —três julgamentos prévios de inconstitucionalidade incidindo sobre aquela mesma norma— surge em domínio da fiscalização concreta da constitucionalidade, cujas hipóteses a seguir apreciamos.

2. A fiscalização concreta da constitucionalidade

Esta é a possibilidade mais utilizada e frequente, entre nós, de chamar o Tribunal Constitucional a julgar e a apreciar questões de constitucionalidade, mas apresenta a particularidade de passar obrigatoriamente por um prévio processo judicial que esteja em julgamento ou tenha sido julgado nos tribunais comuns. No caso, poderia tratar-se de um conflito judicial aberto por uma qualquer divergência quanto à retribuição devida pela utilização do espaço (com um condicionamento que referiremos de seguida).

O ponto-chave, aqui, é a norma do artigo 204º da Constituição, segundo a qual *“nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”*. Significa isto, em termos práticos, que, num caso que tenha para decidir, qualquer juiz pode recusar aplicar uma norma em vigor, desde que a considere inconstitucional.

Nessa hipótese, em que um juiz recusa aplicar uma norma a um caso concreto e desde que tal norma esteja contida em acto legislativo, como acontece na presente situação, é possível recorrer dessa decisão para o Tribunal Constitucional e o Ministério Público é mesmo obrigado a recorrer. Logo, nesta hipótese, e de forma relativamente expedita, o Tribunal Constitucional seria directamente chamado a julgar a questão de constitucionalidade, mesmo sem necessidade de aguardar o desenvolvimento do processo e sem necessidade de esgotar os recursos ordinários.

Naturalmente, não poderá ser evitado o ónus do tempo que decorre até à primeira decisão judicial e, a seguir, do tempo que o Tribunal Constitucional levará até decidir a questão de constitucionalidade.

Para além disso, a hipótese em que os juízes comuns recusam aplicar uma norma em vigor a um caso concreto não é, naturalmente, a mais frequente. Se se quiser, a *normalidade* será a da aplicação judicial das normas vigentes na ordem jurídica. Ainda assim, se isto ocorrer, ou seja, se, num caso que tenha para decidir, o juiz aplicar a norma cuja constitucionalidade aqui apreciamos, a parte *vencida* pode também recorrer para o Tribunal Constitucional, mas, nesta hipótese, há três requisitos que precisam de ser satisfeitos.

Em primeiro lugar, a norma em causa teve de ser a razão de, quanto à questão de fundo em julgamento, o caso concreto ter sido decidido como o foi, isto é, a norma cuja constitucionalidade se pretende questionar teve de ser a *ratio decidendi* do conflito. Em segundo lugar, só pode recorrer para o Tribunal Constitucional a parte que, até à última fase do processo, tenha suscitado a questão de inconstitucionalidade da norma. Finalmente, têm de ser esgotados os recursos ordinários que caibam.

Na prática, o que acontece é que esta última hipótese —recurso de decisão judicial que tenha aplicado a norma— é a de acesso mais comum ao Tribunal Constitucional, dada até a facilidade de gestão das possibilidades de recurso por parte de quem esteja interessado em fazê-lo. É, por isso, a via que mais decisões de julgamento de questões de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional motiva, mas é também a mais morosa, pois pressupõe o esgotamento de todos os recursos ordinários para os tribunais superiores.

Assim sendo, a possibilidade de o Tribunal Constitucional vir a julgar a inconstitucionalidade da norma em causa depende de haver um feito a ser decidido em tribunal. Para o fim visado, qualquer processo é adequado, desde que seja assegurado o requisito já referido de ter de se tratar de um conflito cuja questão de fundo seja *decidida* pela norma de constitucionalidade controvertida.

Há, todavia, uma outra possibilidade, de contornos jurídicos específicos: uma acção de efectivação da responsabilidade civil extracontratual do Estado por exercício da função político-legislativa.

Nos termos do artigo 15º, nº 1, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, o Estado é civilmente responsável pelos danos anormais causados por actos legislativos inconstitucionais aos direitos ou interesses legalmente protegidos. Preenchida esta previsão nos termos e com os fundamentos atrás desenvolvidos, acções de efectivação da responsabilidade civil são, também, uma via possível em aberto junto dos tribunais administrativos.

Esta via apresenta a particularidade de aqui se dispensar o requisito referido de a norma constituir a *ratio decidendi* do caso (requisito dispensado por força do artigo 15º, nº 2, do Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, aprovado pela Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro), mas, quanto a tudo o mais, as vicissitudes atrás referidas são igualmente aplicáveis. Ou seja, se o tribunal administrativo considerar que a norma controvertida é inconstitucional, tal equivale a decisão de recusa (logo, há recurso para o Tribunal Constitucional e o Ministério Público é mesmo obrigado a recorrer); se o tribunal administrativo considerar que a norma não é inconstitucional, todo o procedimento

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

se dilata no tempo, uma vez que será necessário, para se poder recorrer para o Tribunal Constitucional, esgotar os recursos ordinários que caibam.

Finalmente, importa referir uma nota da maior importância na fiscalização concreta da constitucionalidade e que é o facto de o eventual julgamento de inconstitucionalidade da norma aqui feito pelo Tribunal Constitucional não ter força obrigatória geral, ou seja, a consequência desse julgamento é simplesmente a desaplicação da norma no caso concreto que levou à decisão do Tribunal. De qualquer forma, não apenas esse julgamento teria uma repercussão *política* e jurídica geral e relevante, como também se abriria a possibilidade já referida de, após três casos de julgamento de inconstitucionalidade, poder ser desencadeado o procedimento de declaração da inconstitucionalidade da norma com força obrigatória geral.

IV

DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA OU DE REVOGAÇÃO DA NORMA QUE ISENTA OS LOJISTAS DOS CENTROS COMERCIAIS DO PAGAMENTO DA REMUNERAÇÃO MÍNIMA FIXA

O problema agora em apreciação remete para o tema da natureza especial da lei do orçamento, cujo carácter eventualmente reforçado impediria que as suas normas pudessem ser alteradas a não ser por uma outra lei do mesmo tipo, por exemplo, alterações introduzidas por leis que aprovem orçamentos suplementares ou rectificativos. Por outro lado, convoca o esclarecimento da dúvida de saber se essa eventual natureza reforçada abrange todas as normas incluídas na lei do orçamento ou se, diferentemente, apenas se aplica às normas que incidam sobre matéria orçamentária.

Com efeito, a norma do artigo 168º-A, nº 5, que isenta os lojistas dos centros comerciais do pagamento da remuneração mínima fixa, não é uma norma que tipicamente se espere encontrar numa lei que aprova o orçamento do Estado. É o tipo de norma que a gíria constitucional francesa designou de “*cavalier budjétaire*”, mas que, com mais propriedade, poderia ser caracterizada em português como *viajante à boleia do orçamento*, ou seja, uma norma que, sendo materialmente estranha à teleologia das leis orçamentárias, aproveita a *boleia*¹⁸ da

¹⁸ Na terminologia sugerida por SOUSA FRANCO, *Finanças Públicas e Direito Financeiro*, 4ª ed., reimp. Coimbra, 2015, págs. 401 e seg.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

lei do orçamento para entrar mais facilmente em vigor. Não se trata propriamente de um *passageiro clandestino*, uma vez que nada há na nossa Constituição que impeça a presença de normas não orçamentárias na lei que aprova o orçamento¹⁹, mas de *passageiro* que se aproveita da vantagem de *viajar* sem o escrutínio político público a que a norma em causa estaria normalmente sujeita numa iniciativa legislativa autónoma.

E diga-se que, no caso, a caracterização parece ajustada já que, com alguma probabilidade, a aprovação daquele n.º 5 do artigo 168.º-A pode ter beneficiado da *desatenção* induzida pela sua inserção na tecnicidade específica de uma discussão orçamentária em vez de uma discussão centrada, a título principal, no regime do arrendamento habitacional e não habitacional, incluindo uma discussão sobre a especificidade dos contratos atípicos de exploração dos espaços em centros comerciais.

1. A natureza *reforçada* da lei que aprova o orçamento do Estado

Não é pacífica a caracterização da lei do orçamento como *lei reforçada*, uma vez que nem a Constituição a qualifica expressamente como tal nem da sua natureza resulta uma força de parametricidade material que leve, sem mais, a

¹⁹ Ao contrário, o artigo 165.º, n.º 5, da Constituição sugere mesmo implicitamente a sua admissibilidade.

considerar *ilegais* as normas ordinárias que contrariem as suas disposições, o que é normalmente tido como característica identificadora das leis reforçadas²⁰.

É verdade, em qualquer caso, que as leis orçamentárias têm especificidades procedimentais de elaboração (desde logo, no plano da reserva governamental de iniciativa legislativa) e possuem, após a entrada em vigor, uma *rigidez* particular. Entre outros atributos, como seja o da reserva absoluta de competência de aprovação parlamentar, essa rigidez advém-lhe também

(i) da sujeição dos seus processos de aprovação e de alteração à lei de enquadramento do orçamento;

(ii) da sua natureza funcional (que impedirá, por exemplo, a revogação do Orçamento);

(iii) do princípio da anualidade (embora com possibilidade excepcional de prorrogação da vigência) e, sobretudo,

(iv) da sujeição das suas alterações à chamada *lei* ou *cláusula-travão* prevista no artigo 167º, nº 2 e nº 3, da Constituição.

²⁰ Sobre a natureza das *leis reforçadas*, cf., por todos, GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, págs. 781 e segs; JORGE MIRANDA, *Atos Legislativos*, Coimbra, 2019, págs. 195 e segs; BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, I, Coimbra, 2012, págs. 301 e segs.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

Daí que, mais importante do que a qualificação duvidosa como *lei reforçada*²¹, seja a consciência de que a lei do orçamento apresenta uma especial *rigidez* constitucionalmente conformada, bem como a consciência da conseqüente necessidade de observância dos comandos em que aquela *rigidez* se projecta.

O problema que se nos coloca será, então, o de saber se todas as normas constantes da lei do orçamento, incluindo, portanto, a norma do artigo 168º-A, nº 5, beneficiam da referida *rigidez* ou se esta só confere uma garantia qualificada às normas materialmente orçamentárias que integrem a lei do orçamento.

2. A *rigidez* do orçamento não abrange matérias não orçamentárias

Pode-se dizer que, ao contrário do que possa acontecer noutras latitudes, a Constituição não veda, entre nós, a possibilidade de inclusão de matérias não orçamentárias nas leis do orçamento. De resto, essa inclusão acabou por se

²¹ De resto, apontando para a falta de propriedade da qualificação da lei do orçamento como *lei reforçada*, diga-se que, com exclusão da violação dos comandos da lei de enquadramento do orçamento (violação que pode ser configurada como *ilegalidade*), todas as restantes possíveis infracções aos limites atrás enumerados, decorrentes da referida *rigidez*, são juridicamente configuráveis como *inconstitucionalidades directas* e não como *inconstitucionalidades indirectas* (*ilegalidades*) por desconformidade com lei interposta, como é típico das leis reforçadas.

converter, sem objecções de relevo, numa prática reiterada que nunca mereceu verdadeira censura constitucional²².

Porém, esta relativa *generosidade* só é admissível se vier acompanhada da certeza da não extensão a matérias não orçamentárias (ou que não estejam em conexão directa com matéria orçamentária) da *rigidez* ou do carácter *reforçado* de que beneficia a lei do orçamento. E isso deve ser assim por duas ordens de razão irrefutáveis.

Uma primeira, de ordem substantiva e de princípio. A lei do orçamento beneficia da referida *rigidez* ou de carácter *reforçado* porque o legislador constituinte entendeu que o orçamento apresenta num Estado democrático uma natureza normativa que aconselha tal, sob pena de não poder desempenhar adequadamente as funções para que foi criado. Mas, se é uma razão substantiva que determina essa opção constituinte, então nada há que justifique a extensão do *benefício* a normas que não compartilham da função e da natureza do orçamento. Seria uma ampliação arbitrária e exclusivamente dependente da vontade política não escrutinável de uma maioria parlamentar conjuntural.

Precisamente, reside nessa última conclusão uma segunda ordem de razão pragmática, mas não menos decisiva. É que, admitir a extensão da *rigidez* do orçamento a qualquer norma incluída na lei do orçamento, significaria permitir que uma qualquer maioria parlamentar conjuntural pudesse subverter e defraudar o

²² Cf., assim, o Acórdão nº 461/87 do Tribunal Constitucional. Admitindo a necessidade de existência de uma conexão mínima com a matéria orçamentária, cf. Acórdão nº 141/2002 do Tribunal Constitucional.

Jorge Reis Novais

Doutor em Direito

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

equilíbrio do programa constituinte de divisão e interdependência dos poderes. Significaria, por exemplo, segundo o exclusivo desígnio dessa maioria, poder transformar qualquer matéria que se incluísse no orçamento em matéria de reserva de competência absoluta da Assembleia da República ou conferir ao Governo domínio exclusivo sobre a possibilidade da sua alteração e, sobretudo, fazê-lo contra uma opção completamente diversa claramente afirmada na Constituição.

Por isso, também, a *cláusula-travão* constante do artigo 167º, nº 2 e 3, da Constituição, veda aos deputados e aos grupos parlamentares, não a iniciativa de alteração de qualquer norma constante do orçamento, mas apenas os projectos de alteração que envolvam, no ano económico em curso, aumento das despesas ou diminuição das receitas do Estado previstas no Orçamento.

Assim, e sem margem de dúvida, como de resto se confirma plenamente na convergência da doutrina que se tem debruçado sobre o tema²³, nem o Governo nem os deputados estão impedidos de iniciativa legislativa tendente à alteração ou à revogação de normas sobre matéria não orçamentária incluídas na lei do orçamento.

Logo, sendo esse o caso, pode haver, no ano económico em curso, alteração ou revogação da norma constante do artigo 168º-A, nº 5, da Lei do Orçamento.

²³ Cf., por todos, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, págs. 112 e seg; JORGE MIRANDA, *op. cit.*, pág. 213; BLANCO DE MORAIS, *op. cit.*, pág. 418.

V

CONCLUSÕES

Assim, nos termos e com os fundamentos atrás desenvolvidos, conclui-se que:

1. Na medida em que não existe um fundamento adequado e suficiente para justificar a restrição do direito à iniciativa económica privada e a restrição do direito de propriedade privada, a norma contida no artigo 168º-A, nº 5, da Lei do Orçamento do Estado para 2020, é inconstitucional por violação directa dos direitos fundamentais consagrados no artigo 61º e no artigo 62º, nº 1, da Constituição.

2. A mesma norma é inconstitucional por violação do princípio da igualdade consagrado, entre outros, no artigo 13º da Constituição, na medida em que não existe fundamento adequado

(i) para atribuir de forma indiferenciada o mesmo apoio a todos os lojistas dos centros comerciais que tenham celebrado um contrato de utilização com as duas parcelas de remuneração;

(ii) para diferenciar de forma tão pronunciada o apoio concedido aos lojistas dos centros comerciais relativamente ao que foi atribuído aos restantes lojistas;

(iii) para diferenciar de forma tão pronunciada o sacrifício e os encargos especialmente impostos aos proprietários dos centros comerciais relativamente ao tratamento dado aos restantes proprietários no arrendamento não habitacional.

3. A norma em causa é ainda inconstitucional por violação do princípio da proibição do excesso, consagrado, entre outros, no artigo 18º, nº 2, segunda parte, da Constituição,

(i) tanto na sua dimensão de proporcionalidade, porque a comparação do sacrifício imposto aos proprietários dos centros comerciais com o tratamento dado a lojistas e a proprietários no arrendamento não habitacional demonstra que o sacrifício imposto não era indispensável e foi manifestamente excessivo;

(ii) como na sua dimensão de razoabilidade, porque para conceder aos lojistas dos centros comerciais um apoio não considerado indispensável pelo próprio legislador, o Estado não podia privar os proprietários dos centros comerciais da retribuição contratualmente acordada numa situação em que eles não tiveram qualquer responsabilidade nos prejuízos sofridos pelos lojistas nem deles retiraram qualquer benefício.

4. Finalmente, a norma é inconstitucional por violação do princípio da protecção da confiança legítima, ínsito no princípio do Estado de Direito consagrado no artigo 2º da Constituição, porque o interesse público objectivamente invocável pelo Estado para interromper o regime jurídico em vigor e isentar os lojistas dos centros comerciais da satisfação das obrigações livremente contratualizadas frustra de forma excessiva e inadequada as expectativas legítimas dos proprietários dos centros comerciais na continuidade do regime jurídico vigente, bem como o investimento de confiança por eles realizado com base em expectativas de continuidade criadas e induzidas pelo próprio Estado.

5. Os mecanismos juridicamente possíveis de obviar à aplicação da norma em causa consistem ou na sua alteração através de um processo legislativo comum (vd. ponto seguinte) ou em decisão jurisdicional de inconstitucionalidade, seja através de declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral por parte do Tribunal Constitucional, seja através de julgamento de inconstitucionalidade em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade.

6. A norma contida no artigo 168º-A, nº 5, da Lei do Orçamento do Estado para 2020, pode ser livremente alterada pelo legislador em processo legislativo comum, uma vez que a especial *rigidez* de que aquela lei usufrui apenas respeita a matéria orçamentária e a matéria com ela directa e necessariamente conexas, não

Jorge Reis Novais
Doutor em Direito
Professor da Faculdade de Direito
da Universidade de Lisboa

abrangendo matérias não orçamentárias incluídas por simples opção do legislador na lei do Orçamento.

Este é, salvo melhor, o meu parecer.

Lisboa, 6 de Agosto de 2020

A handwritten signature in black ink that reads "Jorge Reis Novais". The signature is written in a cursive, slightly slanted style.

(Jorge Reis Novais)