

O PRINCÍPIO DA PROTECÇÃO DA CONFIANÇA EM TEMPO DE CRISE

Luísa Neto, Prof. Associada da FDUP (lneto@direito.up.pt)

Centro de Estudos Judiciários, 8 de Março de 2013

- I. A construção do princípio**
 - 1. Densificação constitucional**
 - 2. A confiança na norma**
 - 3. A reserva do possível e o suposto princípio do não retrocesso social**
 - 4. A sucessão de leis no tempo: retroactividade (e a retrospectividade)**
 - 5. O reflexo no direito administrativo**
- II. Os desafios ao princípio: a crise ou o alegado estado de excepção económico-financeira**
- III. Em especial, referência a decisões do TC relativas à Administração Pública**
- Conclusão**

Referências bibliográficas específicas

Amaral, Maria Lúcia, O tempo e a protecção da confiança, EPDP – 2010, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/3782> , pp 21-29

Cordeiro, António Menezes, Da boa fé no direito civil, Almedina, Colecção Teses de Doutoramento, 2007, 3ª reimpressão

Coutinho, Francisco Pereira, O memorando da Troika e o direito internacional, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

Frada, Manuel Carneiro da, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, Almedina, Colecção Teses de Doutoramento, 2007

Lopes, Pedro Moniz, Princípio da boa fé e decisão administrativa, Almedina, 2011

Machete, Pedro, O princípio da boa fé, Revista da FDUP - A.7 (2010) - pp.475-487

Mac Crorie, Benedita, Os direitos sociais em crise?, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

Medeiros, Rui, Crise, globalização e desafios do constitucionalismo, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

Morais, Carlos Blanco de, Segurança Jurídica e Justiça Constitucional, *in* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLI, n.º 2, 2000, pp. 619-630.

Nabais, José Casalta, Reflexões sobre quem paga a conta do estado social, Revista da FDUP - A.7 (2010), pp. 51-83

Novais, Jorge Reis, Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2004

Rocha, Joaquim Freitas, Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança, Revista FDUP, Ano 7, 2010, p. 383-409

Urbano, Maria Benedita, Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

Falar do princípio da protecção da confiança e/ou da sua eventual densificação e mesmo reconfiguração é, nos tempos que correm, uma necessidade, uma inevitabilidade e uma tentação. Aliás, prova disso têm sido as múltiplas iniciativas (seminários, encontros, colóquios) que se têm realizado precisamente subordinadas à discussão deste tema.

Por outro lado, e afortunadamente, tanto a doutrina como a jurisprudência nos tem oferecido arrimos seguros e completos nos tempos mais recentes.¹

Por estas razões, o que aqui se apresenta não é mais do que a tentativa de explicitar fio condutor e remissivo que permita uma análise integrada das várias implicações e perspectivas parciais que o princípio da protecção da confiança pode recobrir, remetendo para as fontes doutriniais e jurisprudenciais mais recentes.

I. A construção do princípio

É sabido que o princípio da protecção da confiança tem sido implicado no tipo histórico de Estado (para utilizar a formulação de Jorge Miranda) do Estado Constitucional, Representativo e de Direito, coevo das revoluções liberais e que nos lega a constitucionalidade e a juridicidade como traços básicos característico do agir estadual.

Neste sentido, o referido princípio – que sempre se considerou implicado noutro mais abrangente do Estado de Direito e que como tal continua a ser entendido e perspectivado – implica, de facto, uma concretização dos objectivos últimos do sistema jurídico, que opera entre a justiça e segurança.²

Como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira o princípio do Estado de direito, a que alude o artigo 2º da Constituição, “mais do que constitutivo de preceitos jurídicos, é sobretudo conglobador e integrador de um amplo conjunto de regras e princípios dispersos

¹ Esclarece-se que à data da sessão – *id est*, 8 de março de 2013 - não havia ainda sido prolatado o Ac. do TC nº 187/2013 (tirado em processo de fiscalização sucessiva abstracta de fiscalização de normas da lei do Orçamento para 2013) que apenas por essa razão não é abordado no presente texto, ainda que a temática lhe seja co-natural.

² No sentido de se tratar da corporização de um “apelo aos fundamentos originários da ordem jurídica com o objectivo de corrigir os conceitos e os princípios jurídicos”, sendo “expressão de um ‘eterno retorno’ de conteúdos de pensamento jusnaturalistas”, e ainda que falando do princípio da boa fé que se pode – como se verá – fazer equivaler ao princípio da protecção da confiança veja-se Pedro Machete, O princípio da boa fé, Revista da FDUP - A.7 (2010) - p.475-487, p 475.

pelo texto constitucional, que densificam a ideia de sujeição do poder a princípios e regras jurídicas, garantindo aos cidadãos liberdade, igualdade e segurança”.³

Numa vertente subjectiva, a garantia de segurança jurídica inerente ao Estado de Direito corresponde a uma ideia de protecção da confiança dos particulares relativamente à continuidade da ordem jurídica. Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas da actuação estadual, traduzindo-se em exigências que são dirigidas à Administração, ao poder judicial e, especialmente, ao legislador.

Neste último sentido, desenvolve Joaquim Freitas Rocha as implicações do princípio nas exigências de que cada um dos poderes estaduais leve à prática “as diferentes tarefas que o Ordenamento lhes confia e consigna, impondo particularmente:

- que o criador normativo desenhe normas claras, determinadas e tendencialmente estáveis;
- que o agente administrativo (Administração pública) fundamente adequadamente todos os seus actos, os leve convenientemente ao conhecimento dos seus destinatários, e não revogue os actos constitutivos de direitos; e
- que o aplicador normativo jurisdicional (Tribunal), além de também dever fundamentar de modo apropriado as suas decisões, deve igualmente construí-las tendo presente que elas farão caso julgado, devendo ainda respeitar as decisões dos Tribunais superiores e, sendo caso disso, os precedentes.”⁴

Há no entanto uma outra perspectiva de entendimento do princípio que vem ganhando proeminência nos últimos tempos, ao identificar directamente nos “direitos (fundamentais) de liberdade” o fundamento último da consagração da protecção conferida normativamente: “Na verdade, as normas correspondentes àqueles direitos (e, desde logo, o direito de cada um ao livre desenvolvimento da sua personalidade – Artigo 2 I da Grundgesetz) conferem e protegem o direito de agir e de dispor no quadro da situação normativa em vigor num dado momento; consequentemente, a diminuição de tal liberdade de acção – por exemplo, a revogação de um acto administrativo favorável – configura uma perturbação que pode relevar como ingerência ilegítima no âmbito de protecção do direito considerado.”⁵

³ *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I vol., 4ª edição, Coimbra, pp. 205-206. Esta formulação tem sido utilizada repetidamente pela jurisprudência do Tribunal Constitucional como por exemplo no Ac TC nº 3/2010.

⁴ Joaquim Freitas Rocha, *Direito pós-moderno, patologias normativas e protecção da confiança*, Revista FDUP, Ano 7, 2010, pp. 383-409, p. 384.

⁵ Pedro Machete, *O princípio...*, ob cit., p. 479.

Não é este no entanto o fundamento mais comum para o esteio do princípio, que se continua a centrar na formulação de 1961 do Tribunal Constitucional Federal Alemão como “um princípio constitucional, ínsito na ideia de Estado de direito, que postula que o cidadão possa prever as intervenções possíveis do Estado na sua esfera jurídica e tomar, tendo em conta essa previsão, as disposições adequadas; que o cidadão deve poder confiar que o seu comportamento, conforme ao Direito em vigor, permanecerá reconhecido como tal pela ordem jurídica com todas as consequências que lhe estavam originariamente associadas.”⁶

Trata-se aqui de explicitar uma “compensação do poder de tornar a decisão dos particulares dependente da decisão pública” nos termos da conhecida “fórmula ‘*quanto mais – tanto mais*’ utilizada por Otto Bachof durante a discussão que se seguiu à apresentação das comunicações sobre o tema «Protecção da Confiança no Direito Administrativo» (G. Kisker e G. Püttner) no Encontro dos Professores de Direito Público Alemães de 1973” e que pretende corporizar a ideia de que “quanto mais intenso for o poder exercido pela autoridade pública e, portanto, quanto mais esta vincular o particular e as decisões e disposições deste último se tornarem mais dependentes de uma decisão daquela autoridade, tanto mais o mesmo particular terá de poder confiar na continuidade de tal decisão”.⁷

A certeza quanto ao *locus* da previsão normativa e quanto à justificação operatória do seu fundamento não elimina, no entanto, dificuldades de aplicação que precisamente resultam da abrangência da previsão e da necessidade de ponderação com outros institutos.

De facto, não só o princípio tem uma vocação amplíssima de aplicação por valer para todo o agir estadual, como vê esta aplicação potenciada no contexto da chamada “sociedade de risco” hodiernamente conceptualizada por Beck. Por outro lado, e como lembra Reis Novais “o alcance prático do princípio da protecção da confiança só é delimitável através de uma avaliação *ad hoc* que tenha em conta as circunstâncias do caso concreto e permita concluir, com base no peso variável dos interesses em disputa, qual dos princípios deve merecer prevalência». E no plano da ponderação do peso das posições relativas dos particulares, acentua que «as expectativas têm de ser legítimas», excluindo que possam

6 Maria Lúcia Amaral, *O tempo e a protecção da confiança*, EPDP – 2010, disponível em <http://www.icjp.pt/publicacoes/1/3782>, pp 21-29, p. 22.

7 Pedro Machete, *O princípio...*, ob cit., p. 478.

assumir qualquer relevo valorativo as posições sustentadas «em ilegalidades ou em omissões indevidas do Estado».⁸

Acresce ainda como nó górdio de discussão, e como se verá a final, a ponderação sobreposta com a do princípio da proporcionalidade e respectivos testes de verificação.

1. Densificação constitucional

A jurisprudência do Tribunal Constitucional (TC) tem acompanhado o labor doutrinal na densificação do princípio da protecção da confiança, logo desde o início da fiscalização jurisdicional concentrada em Portugal.

De facto, logo no **Ac TC nº 17/84** se lia que “*o cidadão deve poder prever as intervenções que o Estado levará a cabo sobre ele ou perante ele e preparar-se para se adequar a elas.(...)*”. Se normaçaõ posterior vier, acentuada ou patentemente, alterar o conteúdo dessas situações, é evidente que a confiança dos cidadãos no ordenamento jurídico ficará fortemente abalada, frustrando a expectativa que detinham da anterior tutela conferida pelo ‘direito’”.

Nos mesmos termos, mas com evidente prudência, veja-se o **Ac. TC nº 93/84**: “*O princípio do Estado de direito democrático tem contornos «fluídos variando no tempo e segundo as épocas e lugares», tendo «um conteúdo relativamente indeterminado quando não acha directo apoio noutros preceitos constitucionais. Por isso, tais características sempre inspirarão prudência ao intérprete e convidá-lo-ão a não multiplicar, com apoio nesse princípio, as ilações de inconstitucionalidade».*

O **Ac TC nº 287/90** no entanto advertia que “*não se pode excluir que o princípio do Estado de direito democrático, não obstante a sua função essencialmente aglutinadora e sintetizadora de outras normas constitucionais, produza, de per si, eficácia jurídico normativa. Essa eficácia será produzida quando constituir «consequência imediata e irrecusável daquilo que constitui o cerne do Estado de um direito democrático, a saber, a protecção dos cidadãos contra a prepotência e o arbítrio (especialmente por parte do Estado)».*

O **Ac do TC nº 303/90** ligava a consideração do princípio da protecção da confiança à certeza de que “*a normaçaõ que, por natureza, obvie de forma intolerável, arbitrária ou demasiado opressiva àqueles mínimos de certeza e segurança jurídica que as pessoas, a comunidade e o direito têm de*

⁸ Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 264 e 267.

respeitar, como dimensões essenciais do Estado de direito democrático, terá de ser entendida como não consentida pela lei básica”.

O **Ac TC nº 307/90** concretizava ainda que *“o princípio do Estado de direito democrático — artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa —, no qual vai ínsita uma ideia de protecção da confiança dos cidadãos e da comunidade na ordem jurídica e na actuação do Estado, o que inculca um mínimo de certeza e de segurança do direito das pessoas e das expectativas que a elas são, juridicamente, criadas”* determinava que *“não obstante a inexistência de preceito constitucional proibitivo da não retroactividade das leis (afora a matéria criminal e a restrição dos direitos, liberdades e garantias), a norma positiva que, por sua natureza, obvie intolerável, arbitrária ou demasiado opressivamente aos tais mínimos de certeza e segurança que as pessoas, a comunidade e o direito têm de respeitar — como dimensões essenciais do Estado de direito democrático —, será de considerar não tolerável pela Lei Fundamental. Mas, para tanto, necessário se torna, de um lado, que as expectativas por banda de quem, pela nova norma, veja desvalorizada a sua posição, sejam dignas de uma justificada tutela e, de outro, como questão a balancear nesta dicotomia, que o interesse visado de conformação de interesses sociais e de bem comum a prosseguir pelo legislador, se não apresente como detendo, no concreto, peso suficiente para derrogar aquelas expectativas ou, ainda que se apresentando com tal detenção, a derrogação se não mostre intolerável, arbitrária ou demasiadamente opressiva.”*

Esta linha de orientação veio a ser prosseguida reiteradamente ao longo do tempo vertendo-se mais recentemente no **Ac TC nº 353/2012**, nos termos do qual *“a protecção da confiança traduz a incidência subjectiva da tutela da segurança jurídica, representando ambas, em concepção consolidadamente aceita, uma exigência indeclinável (ainda que não expressamente formulada) de realização do princípio do Estado de direito democrático (artigo 2.º da CRP).”*

Como esclarece Lúcia Amaral⁹, para que uma situação de confiança seja merecedora de tutela, à luz do subprincípio da protecção da confiança, veio o Tribunal Constitucional densificar requisitos cumulativos de verificação de legítima tutela jurídico-constitucional da “confiança”, sendo *“necessário, (1) em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; (ii) depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; (iii) em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual;*

⁹ Maria Lúcia Amaral, *O tempo...*, ob.cit., p. 24 e Ac. TC nº 287/90.

(iv) *por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa*".¹⁰

2. A confiança na norma

A necessidade de confiança na norma que resulta inelutável no contexto do Estado de Direito, decorre (e simultaneamente impõe uma acrescida verificação) do escrupuloso cumprimento do princípio da separação de poderes.

Neste sentido, verte-se não só no princípio da reserva de lei (v.g. nos arts. 164.º/165.º, CRP) como ainda no princípio da prevalência, primazia ou supremacia da lei (art. 266.º/2; 112.º/6/7/8, CRP) e no princípio da precisão ou da determinabilidade das normas jurídicas que reclama a clareza e densidade suficiente na norma legal. Este princípio da precisão ou determinabilidade das leis implica precisamente a eliminação de margens de actuação à administração (v.g. no que respeita aos chamados ‘conceitos indeterminados’) para além do que deve ser permitido no quadro de separação de poderes entre o legislador e o aplicador das leis.

Este princípio foi sobremaneira escarpado no **Ac TC nº 285/92** – em termos posteriormente repetidos de forma constante pelo TC - e veio a receber recentemente um claro desdobramento no estudo de Joaquim Freitas Rocha¹¹ que identifica não só aquilo que designa como ‘patologias normativas’ (corrosão do poder legislativo clássico, impulsos pós-modernos da desestadualização, desracionalização e desabstracção da lei e ‘indutores de incerteza e insegurança’ (explosão legal, ambiguidade e tecnicização) e ainda os remédios para combater as patologias (recuperação do normativismo, cláusulas adaptativas automáticas e codificação, reforço principiológico, previsibilidade técnica).

Este autor vem ainda analisar de forma evidente a susceptibilidade de contaminação do ordenamento¹²

- i) ao nível do poder administrativo¹³ – no que abrange o “abandono do estatuto autoritário da Estado e da Administração”, “a outorga de tarefas

10 Registe-se que estes testes propostos não são distintos da proposta civilista feita – assim se identificando o princípio da boa fé com um das suas dimensões, a da tutela da confiança – por Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil*, Almedina, Coleção Teses de Doutoramento, 2007, 3ª reimpressão, vol. II, pp. 1248 ss.

11 Joaquim Freitas Rocha, *Direito pós-moderno, patologias normativas...*, ob.cit.

12 *Idem*, ob. cit., pp. 402 e ss.

13 *Ibidem*, ob. e loc. cit.

tradicionalmente administrativas a entidades públicas não estaduais e mesmo a entidades privadas, fenómenos que, de um modo genérico, se podem designar, respectivamente, por consensualização e privatização do Direito público”;

- ii) ao nível do poder jurisdicional¹⁴, no que tange aos desafios à reserva da função jurisdicional que resultam da desestadualização e da desjurisdicionalização quer através do recurso à mediação entre as partes, quer mediante o recurso à resolução alternativa de litígios.

3. A reserva do possível e o suposto princípio do não retrocesso social

A ‘reserva do (financeiramente) possível’ surgiu associada ao suposto regime específico dos direitos económicos, sociais e culturais (DESC) previstos na Constituição portuguesa (doravante CRP).

De facto, da CRP não retiramos nada semelhante ao que o artigo 18º e 19º prevêem para os direitos, liberdades e garantias (DLG), mas a doutrina tem acentuado regras materiais que resultariam implicitamente do sistema constitucional e que se poderiam singelamente sintetizar da seguinte forma:

- a realização dos DESC está associada à realização de certas tarefas pelo Estado, *maxime*, e naturalmente, de um Estado Social de Direito – artigo 9ºd) da CRP;
- os DESC supõem uma diferente relevância da participação quer individual quer colectiva dos interessados numa específica consideração de um *status activus processualis*;
- há uma dependência da efectivação que o Estado consiga imprimir aos DESC, pelo que será necessário atender ao grau de efectivação que já foi atingido pelo Estado e identificar aqui um suposto princípio da proibição do retrocesso ainda que dependente do grau de efectivação (financeiramente) possível¹⁵.

Não deixe de se acentuar que – em termos que aliás nos remetem para a actual consideração dogmática unitária dos direitos fundamentais - ao contrário do que por vezes se vê afirmado, todos os direitos têm custos e custos públicos¹⁶. Acompanhando Holmes e Sunstein na sua conhecida obra *The cost of rights*, é clara a lição de Casalta Nabais, ainda que

¹⁴ *Ibidem*, ob. cit., p. 406.

¹⁵ Adiante-se que hoje se faz também relevar a reserva do *tecnologicamente* possível. Neste sentido veja-se Carla Amado Gomes, *Estado Social e concretização de Direitos Fundamentais na era tecnológica*, Revista da FDUP, Ano 7, 2010, pp. 19-34 e Luísa Neto, *Novos direitos ou novos objectos para o Direito?*, Editorial UP, 2010.

¹⁶ José Casalta Nabais, *Reflexões sobre quem paga a conta do estado social*, Revista da FDUP - A.7 (2010), pp. 51-83, p. 52. Em sentido concordante veja-se Benedita Mac Crorie, *Os direitos sociais em crise?*, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo) e Fernando Alves Correia, *A concretização dos direitos sociais pelo tribunal constitucional*, Revista da FDUP, Ano 7, 2010, pp. 35-49.

talvez excessiva na conclusão: “os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos”. Prossegue ainda o mesmo autor: “todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito”.¹⁷

E reitera: “Ou seja, pelo facto de os custos directos, dos custos visíveis, desses direitos e liberdades estarem a cargo dos respectivos titulares ou das formações sociais em que se inserem, constituindo portanto custos privados ou sociais, facilmente se chegou à ficção da inexistência de custos financeiros públicos em relação a tais direitos”.¹⁸ “Mais, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em avultados custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos, porquanto os seus custos são proporcionais às reais e efectivas possibilidades de exercício dos referidos direitos e liberdades.”¹⁹

É neste contexto quanto à inevitabilidade dos custos de garantia e concretização quer dos DLG quer dos DESC que deve ser considerada a questão do princípio da proibição do retrocesso social. A jurisprudência do TC, por seu turno, tem-se caracterizado por perfilhar a visão de que o princípio apenas poderá valer numa acepção restrita, valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais. O princípio da proibição do retrocesso social, a admitir-se, sempre carecerá de autonomia normativa em relação não só a outros parâmetros normativos de maior intensidade constitucional mas de menor extensão económico-social, tais como o direito a um mínimo de existência condigna, que é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana – vejam-se nesta sede os **Acs. TC nºs 232/91 e 177/02** sobre o mínimo de subsistência e o **Ac. TC nº 509/02** – sobre o rendimento

¹⁷ José Casalta Nabais, *Reflexões sobre...*, ob.cit., p. 52.

¹⁸ *Idem*, ob.cit., pps. 53/54.

¹⁹ *Ibidem*, ob.cit., p.54.

mínimo garantido -, o princípio da igualdade, ou o princípio da protecção da confiança legítima, que resulta da ideia de Estado de Direito, mas também ao próprio núcleo essencial do direito social já realizado e efectivado através de medidas legislativas.

Assim, e como tem repetido o Tribunal, fora dos casos *supra* referidos, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.

Logo no **Ac do TC nº 39/84**, referia o Tribunal que “*[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de constituir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.*”

A questão foi ainda tratada de forma clara no **Ac TC nº 330/88**, relativo às condições de exercício do direito de acesso ao Serviço Nacional de Saúde e, em especial à discussão da gratuitidade das taxas moderadoras, que veio a não declarar a inconstitucionalidade das normas então introduzidas.

O **Ac TC nº 101/92** veio determinar que “*só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos.*”

O **Ac TC nº 474/02** veio esclarecer que “*[A]í, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade», a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão.*

No **Ac. TC nº 509/02** que veio analisar, em sede de fiscalização preventiva a revogação do rendimento mínimo garantido e a criação do rendimento social de inserção, determinou-se a aceção restritiva a que nos referimos *supra* para a aplicabilidade do princípio: *“Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações.”* E mais se dizia que *“mesmo quando - atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam - não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional”*. No entanto, lembrava-se ainda que *“na medida em que se lida com direitos fundamentais – e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político –, quando pretende retroceder no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo”*.

No que tange à densificação de direitos fundamentais, o Tribunal louvou-se expressamente na impressiva imagem de "guarda de flanco" (J.P. Müller) do grau de concretização já obtido, com a consequente radicação subjectiva e impossibilidade de os poderes públicos eliminarem, sem compensação ou alternativa, o núcleo essencial já realizado desses direitos. Mas não deixou o Tribunal de afirmar que *“é difícil aceitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa. Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:*

- *uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;*
- *uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança;*

-uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional».

No **Ac TC nº 188/09** o Tribunal voltaria a alertar para o facto de que este “*princípio não pode ser aceite, no entanto, com esta amplitude sob pena de destruir a autonomia da função legislativa, cujas características típicas, como a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como os direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar em todos os casos os direitos por ele criados (assim, VIEIRA DE ANDRADE, Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª edição, Coimbra, págs. 408-409).*” E acentuou especificamente a necessária protecção diacrónica do princípio da igualdade, a garantir precisamente através do princípio da protecção da confiança associado às exigências da proporcionalidade.

No **Ac. TC nº 3/2010** (que analisou em processo de fiscalização abstracta sucessiva o regime legal da aposentação dos Trabalhadores da Administração Pública), veio reacentuar-se que “*ainda que mutações legais sucessivas que agravam, e de que maneira, o regime de aposentação, o legislador dispõe de uma ampla margem de conformação na concretização do direito à segurança social*”. O Tribunal dedicou algumas linhas à consideração do conteúdo mínimo, nuclear ou, porventura essencial directamente aplicável dos direitos sociais, concluindo que tal “*conteúdo mínimo ou nuclear directamente aplicável tem um âmbito relativamente mais restrito do que nos direitos, liberdades e garantias e que, portanto, o legislador sempre manterá, em matéria de direitos económicos e sociais, uma mais ampla margem de livre conformação.*”

No **AC do TC nº 353/2012** (que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 21.º e 25.º, da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro que aprovou a Lei do Orçamento de Estado para 2012), o Tribunal referiu-se especificamente à violação do subprincípio da protecção da confiança, doutrinando que “as reduções da LO 2011 foram pelo Tribunal Constitucional (TC ou Tribunal) consideradas” reduções significativas” e geradoras de “frustração de expectativas fundadas”, “capazes de criarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos”, tendo o Tribunal referido expressamente “a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela redução de vencimentos”. Entendeu, no entanto, nesse caso, o TC que, apesar de tudo, se continham

dentro de “limites do sacrifício”, salvaguardados pelos montantes e pela transitoriedade (“medidas de carácter orçamental, ou seja, anualmente caducando no termo do ano em curso”, como se assumiu no Acórdão). Quanto às “suspensões de pagamento” dos subsídios, nas modalidades previstas, quer pelo forte agravamento, acrescentado e global, dos montantes retirados, quer pelo alargamento do universo abrangido (...) quer ainda por expressamente se aplicarem, desde já, a todo o período (repete-se, extensível) por que vier a aplicar-se o Programa de Assistência Económica e Financeira, entendeu o Tribunal que ultrapassavam aqueles ‘limites de sacrifício’ cuja admissão o TC considerou fazer sentido no nosso ordenamento constitucional. E mais determinou o Tribunal que *“se trabalhadores com vencimentos a partir de 600 ou 1100 euros, incluindo trabalhadores a termo e meros prestadores de serviços (...), expostos já plenamente às exigências, entretanto também agravadas, do sistema fiscal, não tivessem as suas expectativas protegidas da imposição de exigências e sacrifícios adicionais desta amplitude e com este horizonte, a introdução do critério promissor dos “limites de sacrifício” não teria afinal desempenhado papel útil.”*

4. A sucessão de leis no tempo: retroactividade (e a retrospectividade)

Um outro campo em que se tem revelado a importância do tratamento do tema é o da sucessão de leis no tempo, questionando-se em especial:

- i) a proibição de pré-efeitos de actos normativos e
- ii) a distinção entre a retroactividade autêntica e a retrospectividade.

De facto, a par de casos de retroactividade expressamente proibida nos termos da CRP (nos casos de lei restritiva de DLG, lei penal mais gravosa e lei fiscal mais gravosa), tem-se desenvolvido a ideia de uma proibição da retroactividade decorrente do princípio da protecção da confiança e/ou de outros princípios (como o do princípio da proporcionalidade em sentido amplo).

Este caminho foi trilhado desde logo pela Comissão Constitucional (v.g. nos seus pareceres 14/82 e 463/83) que garantiam que a retroactividade tributária *“terá o beneplácito constitucional» se a confiança dos destinatários da norma for «materialmente injustificada»* ou se ocorrerem *«razões de interesse geral que a reclamem e o encargo para o contribuinte não se mostrar desproporcionado”*.

O **Ac TC nº 11/83** afastou a aplicação indiscriminada de tal proibição implícita, ao esclarecer que *“não se pode inferir pela inadmissibilidade de normas retroactivas que venham a impor ou*

estabelecer novos encargos ou deveres aos cidadãos.” Foi esse também o sentido dos Acs TC n.ºs 66/84, 86/84, 282/86.

No início da década de 90 do séc. XX, como lembra Lúcia Amaral²⁰, o Tribunal Constitucional veio densificar as condições de relevância autónoma do princípio da protecção da confiança neste campo da sucessão das leis no tempo: *“De acordo com esta fórmula, o princípio da protecção da confiança será fundamento autónomo de censura constitucional de uma lei sempre que se perfizerem os seguintes requisitos: (i) a lei opera uma mudança da ordem jurídica que afecta em sentido desfavorável as expectativas dos seus destinatários; (ii) estes últimos não podiam razoavelmente contar com a alteração; (iii) a alteração não foi ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se preponderantes.*

Perfeitos estes três requisitos, conclui o Tribunal, ocorre inconstitucionalidade da lei, com fundamento em violação do princípio da protecção da confiança, por ter a mesma lei —afectado expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos, sendo que a afectação é inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa”

Nestes termos, no **Ac. TC n.º 287/90** (que fiscalizou em termos sucessivos a alteração da fixação das alçadas), o Tribunal veio discutir em que se traduziria tal *«inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade excessiva»*.

E veio adiantar que *a ideia geral de inadmissibilidade poderá ser aferida, nomeadamente, pelos dois seguintes critérios:*

- a) afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda*
- b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se preponderantes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).*

Estaria aqui em causa a relevância de situações prodrómicas e continuadas, como haveria de realçar também o **Ac. TC n.º 285/92**: *“Não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime de casamento, de arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos*

20 Maria Lúcia Amaral, *O tempo...*, ob.cit., p.24.

pendentes.” E mais se escreveria: “o legislador não está impedido de alterar o sistema legal afectando relações jurídicas já constituídas e que ainda subsistam no momento em que é emitida a nova regulamentação, sendo essa uma necessária decorrência da autorevisibilidade das leis. O que se impõe determinar é se poderá haver por parte dos sujeitos de direito um investimento de confiança na manutenção do regime legal.”

No **Ac TC nº 307/90** (em termos paralelos com a doutrina do posterior Ac TC nº 24/98), veio-se lembrar, em matéria fiscal que *“o artigo 103.º, n.º 3, da CRP só foi introduzido no texto constitucional na revisão de 1997, mas o princípio da não retroactividade da lei fiscal desfavorável já decorria do princípio da protecção de confiança e da ideia de Estado de Direito, nos termos do artigo 2.º da CRP, mesmo antes da sua expressa consagração”*. Aliás, veio escrever-se em tal acórdão que *tanto a doutrina como a jurisprudência, vinham já sustentando, antes mesmo da revisão constitucional, a existência de um princípio de irretroactividade da lei fiscal baseado nos princípios da legalidade fiscal, da igualdade contributiva, da protecção da confiança dos contribuintes ou da proibição de aplicação retroactiva de leis restritivas. E que foi porventura esta linha jurisprudencial, acompanhada de alguma doutrina, que levou o legislador constituinte a acabar por procurar dissipar as dúvidas quando, na revisão constitucional de 1997, introduziu expressamente na Constituição a proibição de lei fiscal retroactiva.*

Após a revisão de 1997, e já à luz da nova norma constitucional do nº3 do artigo 103º em matéria fiscal, o Tribunal desenvolveu jurisprudência consistente no sentido da inconstitucionalidade de norma fiscal agravadora com efeitos retroactivos. Nesse sentido, veja-se o **Ac TC nº 172/00**: *“os fundamentos de proibição da retroactividade respeitam à segurança dos cidadãos. Assim, tal segurança é afectada perante alterações legislativas que, no momento da prática ou ocorrência dos factos que os envolvem, nem poderiam ser previstas nem tinham que o ser. Mas tal segurança também é afectada onde o seja a vinculação do Estado pelo Direito que criou, através de alteração de situações já instituídas ou resolvidas anteriormente.”*

Nos **Acs TC nºs 491/04 e 183/96**, o Tribunal convocou a doutrina para discutir o fundamento do princípio da irretroactividade da lei fiscal, seja ele o da segurança jurídica e da protecção da confiança; o princípio da legalidade tributária ou uma articulação entre as duas posições anteriores.

A relevância da sucessão de leis fiscais no tempo *vis à vis* o princípio da protecção da confiança foi ainda tratado nos **Acs TC nºs 604/05, 63/06 e 85/2010**.

Em especial no **Ac TC n.º 128/2009**, o Tribunal considerou que a natureza necessariamente fluida dos critérios utilizados levou a que, *“em diversos arestos, o Tribunal viesse dar como boas leis fiscais retroactivas. Foi o que sucedeu, por exemplo, nos Acórdãos n.º 11/83 e 66/84 (este último em Acórdãos, 4.º Vol. p. 35) e ainda nos Acórdãos n.ºs 67/91, 1006/96, 1204/96 e 416/02 (todos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt). Noutros casos, ao invés, o Tribunal entendeu que, por inexistirem razões de interesse público que prevalecessem sobre o valor da segurança jurídica, as normas retroactivas seriam intoleráveis e, consequentemente, constitucionalmente ilegítimas.”*

E mais veio escrever-se – em termos que não se apartam do que já resultara do **Ac TC nº 287/90**, reiterando e actualizando, o teste de princípio dos anos 90 - que *“a «mobilização» do princípio da confiança em matéria tributária obriga a um juízo que não prescinde de ponderações: saber se a norma é ou não inconstitucional (por violação da protecção da confiança) obriga a que se tenha em conta, e se pondere, tanto o contexto da administração tributária quanto o contexto do particular tributado”*.

Já no que se refere especificamente à retrospectividade – ou retroactividade imprópria ou quasi-retroactividade – que, não podendo ser reconduzida à figura da retroactividade própria por não se projectar a lei nova em factos já consolidados no momento da sua entrada em vigor, ainda assim será constitucionalmente censurável na medida em que ponha em crise, de forma intolerável, o princípio da protecção da confiança, Lúcia Amaral²¹ identifica como zona de sombra a discussão sobre as situações em que o princípio da protecção da confiança pode ser convocado como parâmetro autónomo da constitucionalidade de um acto legislativo, para entender que tal relevância apenas pode operar em situações de sucessão de leis no tempo, e sempre que a lei nova, sendo lícita à luz de outros parâmetros constitucionais, produzir efeitos retroactivos ou quasi-retroactivos desfavoráveis aos privados.

De facto, o Tribunal tem hoje como esclarecido que a retroactividade consagrada no artigo 103.º, n.º 3, CRP é somente a autêntica. No **Ac. TC nº 399/10** veio aliás discutir-se aturadamente o sentido da inclusão no texto constitucional na revisão de 1997, esclarecendo que quer dos trabalhos preparatórios – *maxime* do que resulta das conclusões da discussão em Comissão - quer da letra não resulta um sentido unívoco, cabendo nomeadamente a *“distinção entre situações tributárias «permanentes» e «periódicas» e «factos» cuja eficácia fiscal se esgota ou se firma «instantaneamente», para cada um deles «de per si» (maxime, pela*

21 Maria Lúcia Amaral, *O tempo...*, ob.cit., p. 25.

*distinção entre «impostos periódicos» e «impostos de obrigação única»), e passará provavelmente, depois, no que concerne àquele primeiro tipo de situações, pela distância temporal que já tiver mediado entre o período de produção dos rendimentos e a criação (ou modificação) do correspondente imposto. Isto, de todo o modo, sem prejuízo do relevo de outras circunstâncias, cujo possível peso não poderá ignorar-se.” (Cfr. Cardoso da Costa, "O Enquadramento Constitucional do Direito dos Impostos em Portugal", in *Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição*, Vol. II, Coimbra, 1997, p. 418)."*

5. O reflexo no direito administrativo

No direito administrativo o princípio da protecção da confiança tem sido vertido na normação do princípio da boa fé²². Este princípio, previsto no n.º 2 do artigo 266.º da CRP e introduzido por via de alteração no artigo 6.º A do Código de Procedimento Administrativo (doravante CPA), não deixa de se poder e dever entender como concretização do princípio da juridicidade ínsito no Estado de Direito.

Pedro Machete refere-se expressamente ao sentido e alcance da consagração positiva do princípio da boa fé, questionando aliás se “coexistem no ordenamento jurídico-público português a «boa fé tradicional» de tradição romanística e a «boa fé do Estado de Direito»”²³. De uma ou de outra forma, resulta clara a relação com a confiança, porquanto se sugere o “interagir numa base de confiança recíproca - agir acreditando que o outro fala verdade e vai cumprir tudo o que promete fazer e que também acredita que o próprio agente fala verdade e vai cumprir o que promete fazer.”²⁴

Assim, a introdução da matéria no artigo 6.º A do CPA em 1996²⁵ concretizou o *indirizço* constitucional, clarificando que a boa fé é não apenas um interesse mais a ponderar nas decisões administrativas ou jurisdicionais, mas também a expressão de um dever de agir, *id*

22 Não nos deteremos aqui em específicas questões relativas à sucessão das leis no tempo, como por exemplo as referentes aos planos de ordenamento do território. Para tratamento exaustivo da identificação entre boa fé e tutela da confiança (e ainda primazia da materialidade subjacente), veja-se por todos Pedro Moniz Lopes, *Princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa*, Almedina, 2011, em especial pps 256 a 285.

23 Pedro Machete, *O princípio da boa fé...*, ob.cit., pps 477 a 483.

24 *Idem*, ob.cit., p. 478.

25 Já o relatório do Decreto-Lei n.º 442/91, de 15 de Novembro – diploma que aprovou a versão originária do CPA –, refere a propósito dos artigos 3.º a 12.º do citado Código: “trata-se de princípios gerais cuja existência decorre, expressa ou implicitamente, dos preceitos constitucionais (maxime, artigos 266.º e seguintes) e que respeitam à organização e ao funcionamento de uma Administração Pública típica de um moderno Estado de direito”. Por outro lado, e conforme explicaram os membros da Comissão de Revisão em 1996, em anotação ao CPA, “a autonomização do princípio da boa fé no âmbito do princípio da justiça corresponde à necessidade premente de criar um clima de confiança e previsibilidade no seio da Administração Pública”.

est, uma norma procedimental. Tratou-se aliás de esclarecer, como salientava o Deputado Barbosa de Melo que não poderia a Administração “ela própria, eximir-se aos seus deveres, invocando, por exemplo, que o funcionário actuou de determinada forma porque julgou..., porque não sabia..., ele é muito bom rapaz? A Administração pode fazer isto?”²⁶

Segundo o próprio Deputado Barbosa de Melo, “o princípio da boa fé está inscrito, essencialmente, na ideia de Estado de direito, não precisa de positivação constitucional”(…). E, nessa perspectiva, o sentido da sua consagração é inequívoco: “aquilo que imporemos ou que coonestaremos é a necessidade de [...] obrigar, quem desejar proteger a boa fé, a confiança que a Administração deve honrar, a extrair essa regra ou esse princípio, aí, de onde ele tem de ser extraído, ou seja, da própria essência e intrínseca natureza do Estado de direito democrático. [...] Trata-se de operar uma imposição e uma clarificação, por assim dizer, constitucional”.²⁷

Podendo a boa fé ser vista na perspectiva da tutela da confiança ou da primazia da materialidade subjacente²⁸, importa ainda ter em conta que na primeira daquelas vertentes, a boa fé aparece como critério operatório em matérias como as da chamada revogação «revogação sancionatória» do artigo 140.º, n.º 1, al. b), do CPA; e/ou a revogação anulatória de actos favoráveis, para além do prazo de um ano referido no artigo 141.º, n.º 1, do mesmo diploma).²⁹

Seguindo a proposta de Pedro Machete³⁰, “pode entender-se, com referência aos actos administrativos favoráveis, e fazendo aplicação do princípio da boa fé, o seguinte:

1º - O regime do artigo 140.º, n.º 1, alínea b), do CPA visa tutelar a confiança legítima dos particulares; (...)

2º -O regime do artigo 141.º, n.º 1, do CPA visa tutelar a segurança jurídica; contudo, a segurança do beneficiário, em caso de fraude ou de violação da boa fé objectiva ou, ainda,

26 *Apud* Pedro Machete, *O princípio da boa fé...*, ob.cit., p. 480.

27 Pedro Machete, *O princípio da boa fé...*, ob.cit., p. 482.

28 Menezes Cordeiro, *Da boa fé...*, ob. e loc. cit., identifica como requisitos a criação de situação de confiança, a justificação para essa confiança, investimento e razão de imputação da situação de confiança criada. Pedro Moniz Lopes, *O princípio da boa fé...*, ob.cit., p. 29 e ss.

30 Pedro Machete, *O princípio da boa fé...*, ob.cit., pp. 485/486, referindo-se aos trabalhos de apontamentos de Vieira de Andrade, Pedro Gonçalves, Filipa Urbano Calvão e Carla Amado Gomes e discutindo o Ac. STA-P, de 6.10.2005 (P. 2037/02), para efeitos de consideração de «actos administrativos praticados com base na confiança», já que o Tribunal considerou relevante, para efeitos do regime de revisão de actos administrativos, a diferença entre «actos constitutivos de direitos», «actos precários» e «actos desfavoráveis».

caso o mesmo beneficiário aja de má fé, perde justificação - é uma falsa segurança lesiva dos interesses (financeiros e outros) da comunidade (presentes no interesse público a cargo da Administração) e, porventura, de terceiros concorrentes do beneficiário.”

Acresce ainda uma última forma de relevância, qual seja o da boa fé como limite à invalidade dos actos. Assim o impõe o CPA, na alínea i) do n.º 2 do artigo 133.º e no artigo 134.º, já que estes podem aproveitar a terceiros de boa fé em sede de execução de julgado. De facto, dispõe o art. 133.º do CPA, sob a epígrafe “*actos nulos*”, que são “(...) *nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade (...)*” (n.º 1), sendo “(...) *designadamente, (...)* nulos: i) *Os actos consequentes de actos administrativos anteriormente anulados ou revogados, desde que não haja contra-interessados com interesse legítimo na manutenção do acto consequente (...)*”

Acresce que o artigo 134.º do mesmo Código prevê que o “(...) *acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade*” (n.º 1) e que a “(...) *nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada, também a todo o tempo, por qualquer órgão administrativo ou por qualquer tribunal (...)*” (n.º 2), sendo que o “(...) *disposto nos números anteriores não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais de direito. (...)*” (n.º 3).

Diga-se ainda que a execução da sentença anulatória - segue, quanto à produção de efeitos, o regime da revogação de actos inválidos ou de actos válidos (art.º 145º do CPA), tal como tem sido objecto de jurisprudência uniforme do STA (v.g. Acórdão de 8-3-01, Proc. 46.326 e Acs. de 27-6-2001-Proc.46.672, 27-11-2001-Proc.47.706 e 6-12-2001-Proc.46.661).

Neste sentido, a lei protege os beneficiários de actos consequentes que resultem dos actos anulados, sendo problemática a questão relativa aos contra-interessados que há-de merecer alguma protecção jurídica e que deve merecer do tribunal, no respeito pelos espaços próprios do exercício da função administrativa, a especificação do conteúdo dos actos e operações a adoptar para dar execução à sentença.

II. Os desafios ao princípio: a crise ou o alegado estado de excepção económico-financeira

Delimitado o âmbito de previsão e aplicação do princípio da protecção da confiança, respectivas implicações e capilaridade, é chegado o momento de discutir se o contexto de crise actual terá ou não implicado uma alteração de circunstâncias precisamente fundada em alegado estado de excepção económico-financeira.

Para avaliar desta situação é importante o subsídio dos civilistas³¹. Ora, quer sigamos a base do negócio de Oertmann, ou a teoria da pressuposição de Windscheid, sabemos qual a previsão do artigo 437º do Código Civil. Como refere Almeida Santos³², enquanto que o caso fortuito ou de força maior aparece caracterizado pela sua inviabilidade, pela sua irresistibilidade, segundo alguns autores também pela sua imprevisibilidade e gera uma situação de impossibilidade absoluta de cumprir, não imputável ao devedor, que acarreta a extinção da obrigação, quando falamos em alteração das circunstâncias para efeitos do artigo 437º do CC falamos de algo que não podia prever-se ou que *rectius*, não devia prever-se.

De facto, imprevisível, em sentido gramatical, é o que não é susceptível de prever-se. Mas a circunstância aqui em causa era possível de ser prevista, mesmo que se deva substituir a aferição da possibilidade de previsão pelo **dever** de previsão.

Esta questão da (im)previsibilidade cruzou-se já na jurisprudência do TC quando por exemplo referiu no **Ac TC nº 287/90**: *"Valem aqui, por maioria de razão, as considerações que a jurisprudência deste Tribunal, atrás referida, tem feito ao negar uma proibição genérica de retroactividade. Tal é particularmente claro quando o sacrifício das expectativas anteriores resulta de uma imprevisível alteração das circunstâncias: como na doutrina privatística da base negocial, não há então lugar à manutenção das expectativas. Assim, por exemplo, medidas legislativas de política económica conjuntural poderão ser alteradas, com frustração de expectativas, se a conjuntura económica mudar ou se, mesmo sem essa mudança, mudar a orientação geral da política económica em consequência de mudança de governo, constitucionalmente previsível. Nada dispensa a ponderação na hipótese do interesse público na alteração da lei em confronto com as expectativas sacrificadas."*

31 Com especial interesse para o tema *sub judice*, vejam-se Manuel Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coleção Teses de Doutoramento, 2007, António Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias*, Separata dos estudos em memória do Prof. Doutor Paulo Cunha, Lisboa, 1987, António Almeida Santos, *A teoria da imprevisão ou da superveniência contratual e o novo código civil*, Lourenço Marques, 1972. No plano especificamente constitucional, veja-se Carlos Blanco de Moraes, *Segurança Jurídica e Justiça Constitucional*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLI, n.º 2, 2000, pp. 619-630.

32 António Almeida Santos, *A teoria da imprevisão*...., ob.cit., p. 34.

Sabemos que o contexto actual tem sido condicionado pelos limites do memorandum assinado com a Troika. Não obstante o **Ac TC nº 353/2012** dar por garantida a respectiva vinculatividade³³ não deixa a mesma de poder ser questionada, como o demonstra v.g. Francisco Pereira Coutinho³⁴ ao distinguir entre a verdadeira natureza jurídica dos três distintos instrumentos relativos ao Fundo Monetário internacional (documento anexo a mera carta de intenções), à Comissão Europeia (acto regulamentar de uma decisão de execução de um regulamento) e ao Fundo europeu de estabilidade financeira e Mecanismo europeu de estabilidade financeira (verdadeiramente de natureza privada).

De que forma pode ou deve esta circunstância ser considerada relevante v.g. para efeitos de apreciação da relação e conformidade constitucional pelo órgão de garantia que é o TC?³⁵

A invocação de circunstâncias excepcionais – as *extra legal measures* de que falava Locke – não é estranha ao direito. Citem-se, sem preocupação de exaustividade, Hauriou, Ackerman, Malberg, ou *maxime*, Schmitt. E não é estranha à organização do poder estadual, como lembram as experiências históricas da respectiva invocação em 1941/42 nos EUA, ou, mais tarde, e em diferentes condições, na Grã Bretanha, ou em França.

Sucede que no nosso Estado não há previsão expressa dessa possibilidade (como encontramos na Constituição de Weimar ou na constituição francesa de 1958 ou ainda na constituição espanhola) nem há susceptibilidade de analogia com as circunstâncias de estados de excepção previstas no artigo 19º da CRP.

Fará sentido a invocação de um alegado estado de emergência financeira? Haverá real necessidade de construir um novo instrumento, qualificando um estado de necessidade como causa de exclusão da ilicitude da inconstitucionalidade? OU conseguir-se-á desde logo uma solução da questão com base na invocação dos princípios da proporcionalidade –

33 Lê-se no Ac. TC nº 353/2012 que “*Da leitura destes memorandos, assim como da Resolução do Conselho de Ministros n.º 8/2011, de 5 de maio de 2011 (publicada no Diário da República, II Série, de 17 de maio de 2011), resulta que, na sequência de tal Programa, Portugal deve adoptar um conjunto de medidas e de iniciativas legislativas, inclusivamente de natureza estrutural, relacionadas com as finanças públicas, a estabilidade financeira e a competitividade, as quais deverão ocorrer durante um período de 3 anos.*”

34 Francisco Pereira Coutinho, *O memorando da Troika e o direito internacional*, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

35 Entendendo necessária a invocação de um estado de crise económico-financeira, Maria Benedita Urbano, *Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional*, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo)

em especial de aferição da necessidade, adequação e proibição do excesso –, de protecção da confiança e da reserva do possível?³⁶ Esta última hipótese parece permitir já hoje dar solução à questão ainda que reconfigurada e densificada para encontrar o ponto óptimo entre legalidade e necessidade.

E não se diga nem reclame a transmutação do controlo jurídico em controlo político. Trata-se ainda de controlo da constitucionalidade, ainda que com o risco – (re)conhecido nos tempos recentes³⁷ – de má compreensão do *animus* dos juízes constitucionais. Trata-se ainda da discussão quanto aos limites de tolerabilidade e razoabilidade ainda que sem se poder exigir que juízes prescindam ou recuem no seu devido poder de apreciação.

As características que justificam as medidas excepcionais – adequação, temporariedade e carecidas de relevante e acrescida fundamentação – convocam o teste de imparcialidade dos juízes, ainda que não uma impossível (e indesejável) neutralidade³⁸. O limite há-de ser o de admitir encapotadas revisões ou forçadas interpretações conformes à constituição.

No **Ac TC nº 396/2011**, que apreciou normas da lei do Orçamento do estado para 2011, veio discutir-se a questão *supra* referida quanto aos termos de temporariedade/permanência. O Tribunal não se apartou da metódica aplicativa já apontada, nos seus traços nucleares, pelo Acórdão n.º 287/90. Respondendo à questão de saber quando é que estamos perante a “inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade excessiva” de uma conformação que afecta “expectativas legitimamente fundadas” dos cidadãos, discorre aquele aresto: *“Quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).*

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

Os dois critérios completam-se, como é, de resto sugerido pelo regime dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição. Para julgar da existência de excesso na “onerosidade”, isto é, na frustração forçada de

36 Maria Benedita Urbano, *idem*, ob.cit., propõe mesmo a adopção de um princípio “*in dubio pro medidas anti crise*”.

37 E exponencial no caso do Acórdão do TC nº 187/2013, que por razões referidas *supra* na NR 1 está fora do nosso âmbito de análise.

38 Nas palavras de Lucas Pires, *apud* Maria Benedita Urbano, *O estado de crise....*, ob.cit., “*Para que a realidade não fique aquém das normas importa que as normas não vão além do mundo*”.

expectativas, é necessário averiguar se o interesse geral que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança.“

E veio concluir “*Que se trata de uma medida **idónea** para fazer face à situação de défice orçamental e crise financeira é algo que resulta evidente e se pode dar por adquirido.*”³⁹ **Quanto à necessidade**, um juízo definitivo terá que ser remetido para a análise subsequente, à luz do princípio da igualdade, a que o princípio da proporcionalidade também está associado. Implicando a ponderação de eventuais medidas alternativas, designadamente as que produziriam efeitos de abrangência pessoal mais alargada, é nessa sede que a questão poderá ser mais cabalmente tratada e decidida. Por último, a serem indispensáveis, as reduções remuneratórias **não se podem considerar excessivas**, em face das dificuldades a que visam fazer face. Justificam esta valoração, sobretudo, o seu carácter transitório e o patente esforço em minorar a medida do sacrifício exigido aos particulares, fazendo-a corresponder ao quantitativo dos vencimentos afectados. Assim é que, para além da isenção de que gozam as remunerações inferiores a 1500 euros, as taxas aplicáveis são progressivas, nunca ultrapassando, em todo o caso, o limite de 10% – inferior ao aplicado em países da União Europeia com problemas financeiros idênticos aos nossos.

Quanto à redução dos subsídios de fixação e de compensação de que gozam os magistrados, trata-se de prestações complementares, com uma causa específica, que, à partida, por força dessa natureza, não suscitam expectativas legítimas de manutenção com consistência equivalente às que a retribuição, propriamente dita, dá azo, até porque, como vimos, não estão abrangidas pela garantia infraconstitucional de irredutibilidade.

Por outro lado, embora a taxa de redução seja bastante mais elevada do que a das reduções remuneratórias, como a sua base de incidência é de valor relativamente baixo, os montantes pecuniários que os afectados perdem não são excessivamente onerosos. Não é de crer que eles pesem de tal forma, nos patrimónios atingidos, que importem a frustração do “investimento na confiança” – requisito indispensável para a sua tutela.“

Na sua declaração de voto o juiz Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira veio lembrar que o “legislador não está impedido de, na prossecução ou salvaguarda de outros direitos ou interesses

39 Alertou o Tribunal no mesmo Acórdão: “Mas não pode ignorar-se que as reduções remuneratórias estabelecidas na lei do Orçamento do Estado de 2011 têm como objectivo final a diminuição do défice orçamental para um valor precisamente quantificado, respeitador do limite estabelecido pela União Europeia, no quadro das regras da união económica e monetária. Para o efeito, foi estabelecida uma calendarização por etapas anuais, sendo que a satisfação plena de tal objectivo só se atingirá, de acordo com o programado, em 2013. Programa que, note-se, não traça metas de consecução desejável mas de cumprimento incerto, responsabilizadoras apenas internamente, em termos político-eleitorais, antes estabelece compromissos firmes do Estado português perante instâncias internacionais, compromissos constantes, num primeiro momento, do Pacto de Estabilidade e Crescimento (PEC) e, no presente, em moldes formalmente mais vinculativos, do “Memorando de entendimento sobre as condicionalidades de política económica”, acordado com a Comissão Europeia, e do Memorando de Políticas Económicas e Financeiras, assinado com o FMI.”

constitucionalmente protegidos, que mereçam prevalência, alterar o conteúdo daquelas situações remuneratórias, desde que tal medida, para além de necessária, não seja arbitrária.”

Também em declaração de voto, J. Cunha Barbosa veio escrever: *“Impõe-se, desde já, referir que se não é insensível à situação de gravidade e excepcionalidade - forte desequilíbrio financeiro das contas públicas e elevada dívida soberana – que afecta o país e, consequentemente, que a mesma exija a adopção de medidas de carácter excepcional e de forma a garantir, num futuro próximo, o afastamento de uma tal situação e a permitir a sua sustentabilidade económica e financeira.(...) Dir-se-á, por fim, que o efeito ablativo nas remunerações dos destinatários das normas, sem previsão de qualquer tipo de contrapartida, coloca em crise a confiança e a proporcionalidade, enquanto factores de valoração a atender na aplicação do princípio da igualdade“.*

Na declaração de voto do juiz conselheiro João Cura Mariano veio entender que as reduções remuneratórias impostas violavam o princípio da confiança, dado que *“o longo e contínuo passado de aumentos sucessivos dos vencimentos dos trabalhadores da função pública, acompanhando o aumento do custo de vida, criaram-lhes uma expectativa consistente dos seus salários manterem essa relação de proporcionalidade, não se perspectivando a possibilidade dos mesmos poderem ser reduzidos, pelo que programaram e organizaram as suas vidas, tendo em conta esse dado que consideravam seguro.*

Por isso, as reduções agora efectuadas pelas normas sob fiscalização, na medida em que contrariam inesperadamente uma política solidificada ao longo dos anos, vieram frustrar aquela expectativa legitimamente fundada.”

O **Ac TC nº 353/2012** prosseguiu o caminho trilhado pelo Acórdão anterior, apenas determinando que *“por os requisitos relativos às expectativas dos particulares estarem preenchidos de forma qualificada, se exija também que as razões de interesse público que justificam a não continuidade do comportamento do Estado sejam especialmente qualificadas, ou, por outras palavras, excepcionálissimas, quer na substância, quer no carácter absolutamente inesperado. Trata-se assim de um princípio que exprime a realização imperativa de uma especial exigência de previsibilidade, protegendo sujeitos cujas posições jurídicas sejam objectivamente lesadas por determinados quadros injustificados de instabilidade”*

III. Em especial, referência a decisões do TC relativas à Administração Pública

Por ser esse o âmbito solicitado para o propósito solicitado pelo CEJ elencam-se em seguida alguns arestos em que o TC se dedicou a específicas questões específicas relativas à Administração Pública, quer no que tange à conformação do direito à retribuição – previsto como direito social na alínea a) do nº1 do artigo 59ºda CRP mas que o TC considerou

como como direito análogo a DLG no Ac TC nº 620/2007- e do direito à segurança social – previsto no artigo 63º da CRP.

No **Ac TC nº 285/92** (relativo à apreciação preventiva da constitucionalidade de todas as normas de Decreto aprovado em Conselho de Ministros e enviado para promulgação como Decreto-Lei, sob a designação genérica de «racionalização do Emprego dos Recursos Humanos na Administração Pública»), o Tribunal veio analisar as dúvidas colocadas face aos princípios da precisão ou determinabilidade das leis, da protecção da confiança, da reserva de lei e da segurança no emprego (artigos 2.º e 53.º da Constituição) e ainda com o disposto nos artigos 18.º, n.º 3, e 168.º, n.º 1, alínea v), da Constituição da República.

Veio declarar que o artigo 53º da CRP abrangia os trabalhadores da Administração Pública, que, assim, no plano da segurança no emprego, beneficiam do mesmo tipo de garantia constitucional de que usufruem os trabalhadores submetidos a contrato individual de trabalho (tal como havia já sido doutrinado no Ac. TC nº 154/86).

Mas veio-se também esclarecer que *“pode-se concluir que, em princípio, é constitucionalmente legítimo que o Governo proceda à introdução de modificações estruturais na Administração que determinem consequências no plano da relação laboral efectiva dos funcionários dos serviços e organismos abrangidos por tais medidas de reorganização e reestruturação.*

Mas de igual forma resulta claro do que já se deixou dito que tais consequências no plano da relação de emprego público conhecem os limites da garantia de segurança no emprego constante do artigo 53.º da Constituição e, porque comportam compressão ou mesmo restrições a direitos, liberdades e garantias dos funcionários públicos, hão-de ser sujeitas sempre a um juízo de conformidade e adequação às especiais imposições do artigo 18.º da Constituição.

Não há, com efeito, um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime legal em relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados. Ao legislador não está vedado alterar o regime de casamento, de arrendamento, do funcionalismo público ou das pensões, por exemplo, ou a lei por que se regem processos pendentes.”

No **Ac. TC nº 188/2009** (tirado em processo de fiscalização sucessiva que apreciou o Decreto-Lei n.º 187/2007, de 10 de Maio, que veio estabelecer o regime jurídico de protecção nas eventualidades invalidez e velhice do regime geral da segurança social, por violação dos princípios da protecção da confiança, da proporcionalidade e da igualdade, e, bem assim, a declaração de ilegalidade das mesmas normas, por violação do princípio da contributividade concretizado no artigo 54º da Lei de Bases da Segurança social e entendeu

a final não declarar a inconstitucionalidade) a discussão girou em torno do regime transitório de cálculo de pensões e da consideração dos períodos da carreira contributiva.

No **AC do TC nº 3/2010** (tirado em processo de fiscalização abstracta sucessiva de normas do regime legal da aposentação dos Trabalhadores da Administração Pública), o Tribunal veio expressamente referir-se ao *“quadro legal de desfavorecimento dos trabalhadores da Administração Pública, com mutações legais sucessivas que agravam, e de que maneira, o regime de aposentação, não sabendo nunca os trabalhadores com que podem contar no futuro, estar-se-á ainda a violar o princípio de proibição do retrocesso social, enquanto dever do Estado de abster-se de atentar contra a realização dada aos direitos sociais, aqui, o direito à aposentação e correlativa pensão, consolidado na ordem jurídica e tutelado pela Constituição”*. E veio dizer-se que aliás na linha do entendimento do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 590/04, citando outros arestos, será na violação desse dever de abstenção que consistirá o retrocesso social, constitucionalmente proibido, sendo que a margem de liberdade do legislador retroceder no grau de protecção já atingido — e, aqui, ele foi atingido com todo o sistema legal de aposentação anterior aos anos de 2004 e 2005 — é necessariamente mínima.

No **Ac TC nº 154/2010** (em linha de continuidade com os Acs TC nºs 154/86 e 683/99 e 340/92 em que se acentuaram as especificidades do regime da função pública) foi expressamente discutida a questão do direito à segurança no emprego no âmbito do “estatuto específico” da relação de emprego público e da chamada “reserva de função pública” (no contexto da apreciação em processo de fiscalização sucessiva abstracta da Lei n.º 12-A/2008, de 27 de Fevereiro, que estabeleceu o regime de vinculação, de carreiras e de remunerações dos trabalhadores que exercem funções públicas). Neste acórdão o Tribunal ponderou a alegada *“alteração da configuração do Estado e das suas funções ou tarefas constitucionalmente assinaladas, atingindo uma parte significativa de trabalhadores que actualmente exercem funções públicas, por via da mudança do vínculo e/ou estatuto de que usufruem presentemente e têm a legítima expectativa de continuar a usufruir.”* Os requerentes pretendiam que *“ao alterar radicalmente o regime jurídico-laboral aplicável aos trabalhadores da Administração Pública — alteração essa que se traduz tanto em um enfraquecimento dos direitos dos trabalhadores como na redução do seu universo — “a legislação em causa viria “comprometer a própria capacidade do Estado para desempenhar as funções que lhe estão constitucionalmente atribuídas, com evidentes prejuízos para os cidadãos.”*

O Tribunal veio considerar os já referidos quatro requisitos para que o princípio da segurança jurídica na vertente material da confiança seja tutelado e concluiu ser *“desde logo*

difícil sustentar que o primeiro se encontre cumprido, em termos de se poder afirmar que, in casu, o Estado (mormente o legislador) teria encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade.

Com efeito, a circunstância de, em abstracto, o trabalhador ver o conteúdo da sua posição jurídico-laboral sofrer alterações no decurso da relação jurídica de emprego, só por si, não basta para que se possa considerar sequer existir uma frustração de expectativas.

Para tanto seria ainda necessário demonstrar que, em concreto, a alteração em causa vem afectar expectativas geradas em virtude do regime jurídico-laboral existente no momento da constituição da relação jurídica de emprego.

Ora, é difícil sustentar que consubstancia uma situação de todo inesperada a alteração na posição jurídica dos trabalhadores, consistente em sujeitá-los a um regime de mobilidade geral e de maior flexibilidade (em relação ao que lhes era anteriormente aplicável) quanto ao tempo, lugar e modo da prestação laboral.

Por ser desrazoável admitir tal cenário, jamais pode, consequentemente, admitir-se a criação de qualquer expectativa por parte do trabalhador de que assim seja, pois, de outra maneira, estar-se-ia a admitir a hipótese de os indivíduos criarem expectativas em relação a comportamentos desrazoáveis por parte do Estado (entenda-se, do legislador).

Aliás, ainda que, por absurdo, se considerassem cumpridos todos os requisitos ou “testes” relativos às “expectativas” dos privados, jamais, pelos fundamentos acabados de articular, se deveria dar por verificado o quarto “teste”, relativo à inexistência de razões de interesse público que justificassem, em ponderação, a não continuidade do comportamento estadual.

Ora, sendo os “testes” estabelecidos para a tutela jurídico-constitucional da confiança cumulativos, o facto de um deles se não cumprir basta para que se não possa, com esse fundamento, julgar inconstitucional as normas sub judicio”. Nestes termos o Tribunal viria a entender não declarar a inconstitucionalidade das normas cuja fiscalização se havia requerido.

Do **Ac TC nº 396/2011** (tirado em processo de fiscalização sucessiva abstracta em relação à lei do Orçamento de Estado para 2011) veio discutir-se, como se disse, a natureza permanente ou temporária da redução salarial - sem que aos trabalhadores fossem dadas perspectivas de reposição, no futuro, dos níveis que até agora têm tido e que não têm sido questionados. E veio determinar-se que “*direito fundamental, esse sim, é o "direito à retribuição", e direito de natureza análoga aos direitos liberdades e garantias, como é pacífico na doutrina e este Tribunal tem também afirmado (...)*Mas uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é o direito a um concreto montante dessa retribuição, irredutível por lei, sejam quais forem as circunstâncias e as variáveis económico-financeiras que concretamente o condicionam. Não pode, assim, entender-se que a intocabilidade

salarial é uma dimensão garantística contida no âmbito de protecção do direito à retribuição do trabalho ou que uma redução do quantum remuneratório traduza uma afectação ou restrição desse direito.

Inexistindo qualquer regra, com valor constitucional, de directa proibição da diminuição das remunerações e não sendo essa garantia inferível do direito fundamental à retribuição, é de concluir que só por parâmetros valorativos decorrentes de princípios constitucionais, em particular os da confiança e da igualdade, pode ser apreciada a conformidade constitucional das soluções normativas em causa”

No **Ac TC nº 353/2012** (tirado em processo de fiscalização sucessiva abstracta de normas constantes da Lei do Orçamento de Estado para 2012), e para além do que já se referiu *supra*, veio o Tribunal considerar que para aferição do terceiro requisito “*para sabermos se estamos perante um preenchimento qualificado, há designadamente que fazer uma distinção entre estar ou não o destinatário da medida em condições de alterar os seus “planos de vida” face a uma alteração do comportamento do Estado (em particular quando esta é uma alteração-surpresa, assumida contra tão recente factum proprium).*

(...)Esta distinção é de crucial importância uma vez que não poderá deixar de se entender que deve haver uma protecção reforçada da confiança para aqueles que pura e simplesmente já não têm possibilidade de adaptar os seus planos de vida a um novo comportamento do Estado e portanto só podem esperar do Estado – de um Estado “de bem” – que este não altere o seu comportamento.

(...)Ora, essa é a situação dos aposentados e reformados, os quais, salvo excepções muito circunscritas, não têm possibilidade de escolher, como é óbvio, quais são ou serão os seus planos de vida: não podem decidir se adquirem mais ou menos qualificações, qual a profissão que exercem, se no sector público ou privado, se permanecem em Portugal ou emigram, se trabalham por conta de outrem ou própria, se enveredam pelo empreendedorismo, se vivem nesta ou naquela localidade, se adquirem ou não habitação própria, se fazem ou não poupanças, se têm um modo de vida mais ou menos desafogado, se consomem mais isto ou aquilo, se gastam mais ou menos em medicamentos, etc.

(...)A protecção reforçada de confiança em situações de expectativas qualificadas tem uma repercussão inevitável ao nível da operação de ponderação ou balanceamento que o teste ou requisito (iv) exige, uma vez que implica que o interesse público que justifica a não tutela da confiança seja incomensuravelmente mais pesado do que nos casos em que não tenha de haver uma protecção reforçada da confiança.”

Conclusão

Nas palavras de Lúcia Amaral, “o tempo é para o Direito uma dimensão tão essencial quanto ambivalente. Por definição, o Direito tende para a continuidade: só ordena se for estável, ou se for dotado de alguma estabilidade. Mas só ordena eficazmente se souber

responder à mudança. Assim, o tempo traz ao Direito uma demanda ambivalente: pede-lhe que permaneça e pede-lhe que mude. Num Estado de direito, a ambivalência desta demanda deve resolver-se desde logo tendo em conta o princípio objectivo da segurança jurídica, esse mesmo do qual decorrem também as exigências de determinabilidade das leis e dos demais actos estaduais, da publicidade desses actos e da proporcionalidade de todo o agir estadual.⁴⁰

Esta dimensão temporal liga-se de forma incindível à imutabilidade e previsibilidade pressuposta no garantido princípio da protecção da confiança. Mas a certeza da previsão normativa parece soçobrar face às condições económico-financeiras que questionam hoje o princípio da subordinação do poder económico ao poder político nos termos referidos no artigo 80º a) da CRP⁴¹.

No entanto, a resolução jurídica da questão há-de centrar-se não na invocação de novos institutos de difícil delimitação mas na convocação de instrumentos torneados e trabalhados, como sejam o princípio da proporcionalidade. É certo que ambos os princípios têm âmbitos de aplicação distintos, como acentua Lúcia Amaral: "Enquanto este último "nos habilita a resolver as antinomias que decorrem de bens constitucionais equivalentes, e entre si conflituantes, que coexistem no tempo (entre um direito fundamental por um lado e a necessidade constitucional da sua afectação por outro), o princípio da protecção da confiança habilita-nos a resolver antinomias que decorrem de bens constitucionais equivalentes, mas cujo conflito se processa diacronicamente e não sincronicamente (entre a situação jurídica de alguém definida pelo Direito antigo, e a necessidade de a alterar em Direito novo, afectando-a negativamente). De qualquer modo, o princípio é de ordem formal ou instrumental: contém um método, ou um meio, para a resolução de antinomias entre bens constitucionalmente protegidos. Não enuncia ele próprio um desses bens"⁴².

Acresce que "Se o juízo de ponderação, pela sua própria natureza, não é nunca um juízo de resultados seguros e certos (antevisíveis de forma geral e abstracta) quando feito através

40 Maria Lúcia Amaral, *O tempo.....*, ob.cit., p. 21.

41 No sentido do aparente paradoxo entre o triunfo do modelo ocidental de constituição e a redutora consideração da constituição como dimensão parcelar face a emergentes fenómenos (v.g. económicos) globalizados, veja-se Rui Medeiros, *Crise, globalização e desafios do constitucionalismo*, Comunicação ao EPDP 2013 (no prelo).

42 Maria Lúcia Amaral, *O tempo.....*, ob.cit., p. 26.

do método da proporcionalidade, menos o será ainda quando feito através do princípio da protecção da confiança. É que aqui, como vimos, são de grande amplitude os princípios constitucionais entre si (e no caso) conflitantes. É por isso que se não pode pedir a um princípio como este mais do que ele pode dar, em matéria de fiabilidade de resultados.”⁴³

Nunca como hoje a hermenêutica constitucional esteve tão vulnerável ao que Häberle identificava como sociedade aberta dos intérpretes da constituição. Esta constatação deixa-nos sem resultado firme, e aponta, nos planos metodológico e metódico para uma justiciabilidades dos direitos cuja efectivação se pretende assegurar⁴⁴.

43 *Idem*, ob.cit., p. 28.

44 Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, pps. 491 e 510: "ponderar é sopesar - o juiz não pondera os interesses segundo a sua fantasia mas vinculado às soluções dadas aos conflitos pelo legislador(...). Apenas concretiza de caso para caso, as soluções gerais (...) ao verificar, por confronto, que o conflito concreto se configura da mesma forma que o conflito instituído pelo legislador ao criar a norma".