

AS MARGENS DO JUIZ FRENTE ÀS RESTRICÇÕES AO DIREITO FUNDAMENTAL À RETRIBUIÇÃO. COMENTÁRIO ÀS TRÊS ÚLTIMAS LEIS DE ORÇAMENTO DE ESTADO DO GOVERNO PORTUGUÊS E ÀS SUAS RESPECTIVAS FISCALIZAÇÕES PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL^{†/‡}

Bárbara Barbizani de Carvalho de Melo Franco
Caiado

Sumário: Introdução; 1. Enquadramento Geral; 1.1. Breve Esco-
po Histórico; 1.2. Enquadramento Internacional; 1.3. Enqua-
dramento Interno; 1.4. Princípios Retributivos; 1.4.1. Princípio
da Igualdade Remuneratória; 1.4.2. Princípio da Suficiência
Salarial; 1.4.3. Princípio da Irredutibilidade de Retribuição;
1.4.4. Princípio da Relativa Intangibilidade de Retribuição; 2.
O Direito à Retribuição na Constituição Portuguesa; 2.1. Retri-

† Relatório apresentado à disciplina de Direitos Fundamentais como requisito parci-
al para obtenção do grau de Mestre sob Orientação do Prof. Dr. Jorge Reis Novais.
Mestrado Científico em Direito. Área de Especialização: Ciências Jurídico-Laborais

‡ Lista de Siglas e Abreviaturas: Ac. – Acórdão; BCE – Banco Central Europeu; BE
– Bloco de Esquerda; CE – Comunidade Européia; CEE – Comunidade Económica
Européia; CPC – Código de Processo Civil; CRP – Constituição da República
Portuguesa; CT – Código do Trabalho de 2009; CT 2003 – Código do Trabalho de
2003; DL – Decreto-Lei; DUDDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem;
ed. – Edição; FMI – Fundo Monetário Internacional; IDET – Instituto de Direito da
Empresa e do Trabalho; IRCT – Instrumento de Regulamentação Coletiva de Traba-
lho; OGE – Orçamento Geral do Estado; OIT – Organização Internacional do Traba-
lho; Org. – Organizador; PAEF – Plano de Assistência Económica e Financeira;
PCP – Partido Comunista Português; PEC – Programa de Estabilidade e Crescimen-
to; PEV – Partido Ecologista "Os Verdes"; PIB – Produto Interno Bruto; PIDESC –
Pacto Internacional Sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; PS – Partido
Socialista; RCTFP – Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas; TC –
Tribunal Constitucional; TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Euro-
péia; UE – União Européia

buição Vs Remuneração; 2.2. Direito à Retribuição como Direito Fundamental; 2.3. Direito Fundamental enquanto Trunfo Contra a Maioria Política; 2.4. Norma Constitucional; 2.5. Norma Infraconstitucional Concretizadora; 3. As Restrições aos Direitos Fundamentais; 3.1. As Leis de Orçamento de Estado enquanto Leis Restritivas do Direito Fundamental à Retribuição; 3.2. Controle da Restrição; 3.2.1. Âmbito de Proteção; 3.2.1.1. Margem de controle do juiz frente à estrutura da norma; 3.2.2. Justificação; 3.2.2.1. Margem de controle do juiz frente à natureza do dever envolvido; 3.2.2.1.1. Dever de Respeito; 3.2.2.1.2. Dever de Proteção; 3.2.2.1.3. Dever de Promoção; 3.3. Controle Propriamente Dito – Análise dos Princípios Estruturantes; 3.3.1. Princípio da Dignidade Humana; 3.3.2. Princípio da Igualdade; 3.3.3. Princípio Proteção da Confiança; 3.3.4. Princípio da Proibição do Excesso; 3.4. As Margens do Juiz diante do Caso em Análise; 4. As Restrições em Matéria Retributiva no Ordenamento Jurídico Português – Breve Análise à Fiscalização dos Orçamentos de Estado de 2011, 2012 e 2013 do Tribunal Constitucional; 4.1. Contexto Econômico; 4.2. Lei OGE 2011 e o Acórdão do TC N.º 396/2011; 4.2.1. Análise Crítica; 4.2.1.1. Quanto à vigência das disposições do Orçamento; 4.2.1.2. Quanto à natureza Fundamental do Direito em questão; 4.2.1.3. Quanto à justificação da Medida Restritiva; 4.2.1.4. Princípio da Proteção da Confiança; 4.2.1.5 Princípio da Proibição do Excesso; 4.2.1.6. Princípio da Igualdade; 4.3. Lei OGE 2012 e o Acórdão do TC N.º 353/2012; 4.3.1. Análise Crítica; 4.3.1.1. Quanto à vigência das disposições do Orçamento; 4.3.1.2. Quanto à natureza Fundamental do Direito em questão; 4.3.1.3. Quanto à justificação da Medida Restritiva; 4.3.1.4. Princípio da Igualdade; 4.3.1.5. Princípio da Proibição do Excesso; 4.3.1.6. Restrição dos Efeitos da Decisão; 4.4. Lei OGE 2013 e o Acórdão do TC N.º 187/2013; 4.4.1. Análise Crítica; 4.4.1.1. Quanto à vigência das disposições do Orçamento; 4.4.1.2. Quanto à natureza Fundamental do Direito

em questão; 4.4.1.3. Quanto à justificação da Medida Restritiva; 4.4.1.4. Princípio da Proteção da Confiança sob o Artigo 27.º; 4.4.1.5. Princípio da Proibição do Excesso e da Igualdade sob o Artigo 27.º; 4.4.1.6. Princípio da Proteção Confiança sob o Artigo 27.º; 4.4.1.7. Princípio da Proibição do Excesso sob o Artigo 29.º; 4.4.1.8. Princípio da Igualdade sob o Artigo 29.º; 5. Conclusão Crítica; Referência Bibliográfica; Lista de Jurisprudência.

INTRODUÇÃO



Desde 14 de Setembro de 2008, com o anúncio da falência da Lehman Brothers, e posterior queda de grandes grupos financeiros, com consequentes e consecutivos *bail-outs* por parte de governos e zonas económicas, do que decorreram pressões sobre a dívida soberana dos países, várias regiões do mundo sofrem com a crise de confiança e liquidez que se instalou nos mercados. Portugal, por contágio conjuntural e fragilidades estruturais, não escapa a esta realidade.

Em matéria jurídica, os efeitos na terra Lusitana começaram a ser sentidos com a imposição de condições severas acertadas nos Pactos de Crescimento e Estabilidade, bem como, em decorrência do pedido de ajuda externa em 2011, com imposições da Troika¹ através de um detalhado Programa de Assistência Económica e Financeira.

O Programa é constituído por um conjunto de instrumentos jurídicos, dentre os quais: o Memorando de Entendimento sobre as condicionalidades de política económica, também conhecido como *memorando da troika*, assinado em Maio de

* O autor escreve conforme a Língua Brasileira Tradicional.

¹ Troika é uma palavra russa para designar um comité de três membros, No contexto atual, é a forma pela qual é designada a comissão formada pelo Conselho Executivo do Fundo Monetário Internacional, a Comissão Europeia e o Banco Central Europeu.

2011. Este memorando contém as condições a que Portugal deve se submeter para que continue a receber as verbas destinadas à recuperação da economia Portuguesa.

Dentre várias condições, foi imposta a redução de despesa Pública do Governo Português. Pelo que, desde então, o Governo implementou uma série de cortes através do Orçamento de Estado. Entre os cortes podem ser explanados três momentos de atuação do governo: (1) as reduções nos vencimentos dos trabalhadores do setor público, feitas sucessivamente nos anos de 2011, 2012 e 2013; (2) a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal, cumulado com corte na retribuição, em 2012; e (3) a suspensão do subsídio de férias, cumulado com corte na retribuição, em 2013.

Como não poderia deixar de ser, em Estado de Direito Democrático, uma vez que as leis representaram uma forte restrição ao direito fundamental à retribuição, os três instrumentos legislativos geraram pedidos de fiscalização de constitucionalidade ao Tribunal Constitucional.

A Corte, por sua vez, julgou os três orçamentos, através dos acórdãos n.º 396/2011, n.º 353/2012 e n.º 187/2013 respectivamente. Entretanto, a opinião da população e em especial dos juristas portugueses, acerca dessas leis e das suas respectivas fiscalizações estão longe de serem pacíficas e consensuais.

Neste sentido, e atendendo ao universo temático da cadeia de Direito Constitucional, centrado na análise das margens de intervenções do juiz frente a direitos fundamentais, entendemos de grande utilidade o estudo do impacto das Fiscalizações pelo Tribunal Constitucional no Direito Fundamental à Retribuição.

Assim, aproveitando-nos do momento histórico e da atividade dos juízes do Palácio Ratton, o que se pretende através deste estudo é fazer uma análise do enquadramento do direito fundamental à retribuição no sistema constitucional português, analisando como a garantia tem aplicação diante das restrições,

para que em jeito de comentário, se analise as fiscalizações de constitucionalidade das referidas leis.

Merece, portanto, que se faça uma estruturação analítica, porém cumulativa, que permita criar uma noção esclarecida desta problemática. Começamos por tratar do enquadramento geral dado à retribuição no plano internacional, comunitário e interno. Em um segundo momento pretendemos tratar do posicionamento jurídico-constitucional português acerca da matéria. No terceiro bloco de trabalho, tendo em vista a natureza restritiva das referidas Leis de Orçamento Geral de Estado, faremos à análise do modelo de controle às restrições aos direitos fundamentais. No quarto ponto, analisaremos de forma restrita, tratando somente das afetações ao direito do artigo 59.º da CRP, as referidas Leis de OGE e os acórdãos que as fiscalizaram. E, por fim, diante do enquadramento que a matéria merece, em jeito de finalização crítica, daremos nosso contributo, não só acerca das restrições efetuadas por meio das aludidas leis, mas também relativamente às posições adotadas pelo Tribunal Constitucional.

Com sentido de responsabilidade quanto à natureza delicada da matéria, procurou-se uma abordagem introdutória, mas digna, de um tema específico que em muito extravasa o Direito Constitucional, pelas preocupações multidisciplinares que cria e pelo impacto numa sociedade civil profundamente fragilizada pela crise atual.

1. ENQUADRAMENTO GERAL

1.1. BREVE ESCOPO HISTÓRICO

A retribuição, enquanto contrapartida da atividade prestada, da mesma forma que o surgimento do fenómeno do trabalho, perde-se no tempo, tendo registos já na Bíblia Sagrada².

2 Gênesis 29:15. Bíblia Sagrada.

Porém, uma vez que o prestador de serviços na maioria das vezes era *escravo*³, sendo propriedade de outrem e não sujeito de direito, não se pode falar em uma relação de trabalho justa e equilibrada na Antiguidade⁴.

Com a Revolução Industrial e a Lei de Chapelier de 1791⁵, a relação de trabalho, passou a ser regulada pelo Direito Civil nos moldes do Estado Liberal. Nesta altura a relação laboral tinha implícita a visão do vínculo como uma relação de troca de prestações equivalentes. E acreditava-se que a relação de trabalho, assim como todas, era igualitária. Portanto o Estado, nesta época, tinha somente um dever: o de não interferir.

Neste sentido, sob a máxima do *laissez faire, laissez passer*, não havia lugar para garantia de boas condições de trabalho, retribuição justa ou direitos de proteção dos trabalhadores nas Constituições de Estado Liberal. É que, nesta altura, direitos fundamentais eram apenas os de liberdade, e o Estado não deveria interferir no livre funcionamento dos mercados⁶.

A preocupação com a regulação das condições de trabalho surge de modo significativo no fim do século XIX, com a doutrina social da igreja e as denúncias feitas por Karl Marx contra a exploração do homem pelo homem⁷.

3 O que não significa que não houvesse trabalho livre.

4 Assim afirma Manuel Alonso Olea: "*Dos tipos de realidad social, el que sirve de soporte al Derecho del Trabajo es el segundo, esto es, el trabajo libre*" M. AFONSO OLEA – *Introducion al Derecho del Trabajo*, 4.ª ed., Madrid, 1981, 37. (Grifo nosso)

5 Em seu artigo 7.º, dispôs que a partir de então todo homem seria livre para dispor do seu trabalho. Este período é retratado em: G. FRIEDMANN – *Où va le travail humain*, Éditions Gallimard, Paris, 1963, 147-195.

6 Sobre o Liberalismo advindo da Revolução Francesa: CLÁUDIO DE CICCÒ – *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, 3.º ed Ref., São Paulo, 2006, 193; Acerca das Constituições de Estado Liberal, ver ainda: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010, 66-68.

7 O Papa Pio XI, através da Encíclica *Rerum Novarum* em 1891, lançou o que ficou conhecido como a doutrina social da igreja para amenizar as discrepâncias de poder existentes entre as partes, documento este que, juntamente com as denúncias feitas por Marx, deram pujança a *questão social* e marcaram o surgimento do Direito do

É neste período de transição do século XIX para o século XX, que os valores do Estado Liberal entram em crise e dá-se uma mudança de Estado de Direito para o Estado Social e Democrático de Direito, preocupado não só com a legalidade, mas com uma existência condigna dos cidadãos. O que culminou no processo de *fundamentalização* dos direitos sociais, através do qual os direitos de liberdades e garantias passam a ser interpretados à luz da socialidade e de uma concepção de dignidade humana, consolidando-se as regras de democracia política⁸.

Em realidade, o Direito Social descaracterizou o trabalho como uma mercadoria apenas valorada por um preço, para reconhecê-lo como função social. Pois a atividade econômica, pautada na livre iniciativa, só é possível, em Estado de Direito Democrático, se respeitar a dignidade humana e os direitos fundamentais.⁹

Anos mais tarde, em 1919, com a Conferência de Paz que deu origem ao Tratado de Versailles e a criação da Organização Internacional do Trabalho, a matéria dos direitos fundamentais dos trabalhadores, em especial a retribuição, passa a ser regulada internacionalmente¹⁰.

1.2. ENQUADRAMENTO INTERNACIONAL

No plano internacional, no que diz respeito às Constitui-

Trabalho como ramo jurídico. Por essa razão, a retribuição, em 1887, era definida de modo certo por VILLEY, como a maior questão social da época: *“La question des salaires est, sans contredit, la plus grosse question économique et sociale qui s’agite aujourd’hui”*: E. VILLEY – *La Question des Salaires ou La Question Sociale*, Paris, 1887, 172.

8 J. REIS NOVAIS – *Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 2011, 1.ª ed, *Reimpressão*, 30-34.

9 J. A. PERES GEDIEL – *A Irrenunciabilidade a direitos de personalidade pelo trabalhador*, in: I. W. SARLET (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, 2003, 153-156, 149 - 164.

10 A organização tinha como objetivo o asseguramento da Paz Social por meio de melhores condições de trabalho. Sobre este ponto: A. MONTEIRO DE BARROS – *Curso de Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2012, 113-119.

ções, a Mexicana, em 1917, foi a primeira a dispor sobre garantia da retribuição. Assim, a Lei das Leis do México, tratou do tema, sob o prisma da igualdade, prescrevendo que para trabalho igual salário igual. Mais tarde, a Constituição de Weimar, reproduziu o brocardo.

Com efeito, tendo em vista a matriz social, a OIT, a fim de promover boas condições de trabalho, tem diversos instrumentos normativos em matéria de salários. Assim, em 1928, através da Convenção n.º 26, dispôs de forma pioneira acerca do salário mínimo; em 1951, a Convenção 100 assegurou a igualdade de remuneração para mão-de-obra feminina e masculina para trabalho de igual valor; e em 1970 publicou a Convenção 131, que trata da retribuição justa.

Sob esse mesmo espírito, em 1948, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDDH), consagrou-se internacionalmente o Princípio da Igualdade Salarial e o Princípio da Suficiência Mínima Garantida e o tema passa a ser visto de forma definitiva sob o prisma da dignidade humana.

Similarmente, tendo em vista a função alimentar do salário, o Pacto Internacional Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu artigo 7.º consagra o Direito a uma Remuneração Justa. Igualmente, no artigo 4.º da Carta Social Européia, consta a exigência de uma retribuição justa e já no Tratado de Roma, artigo 119.º se vislumbrava o Princípio da Igualdade de Remuneração¹¹.

1.3. ENQUADRAMENTO INTERNO

Em Portugal a matéria é regulada desde 1867 pelo Código de Seabra, neste instrumento, ao se definir contrato de trabalho falava-se na retribuição como contrapartida da atividade

11 Hoje consta do artigo 157º do TFUE é muito desenvolvido a nível comunitário sendo alvo de várias diretivas acerca da igualdade de gênero e proibição acerca de outras discriminações.

prestada¹². Contudo, a garantia retributiva só ganhou *estatus* constitucional com a Constituição de 1976. Que aliás, é muito completa em matéria laboral, tendo um capítulo próprio para os direitos dos trabalhadores¹³.

Assim, o mais importante instrumento normativo Português, trata da retribuição como meio de realização de uma existência condigna para os trabalhadores e seu agregado familiar, e não só como contrapartida técnica do trabalho¹⁴. Posicionando o salário como meio de realização da dignidade humana, para que o empregado não seja um meio, mas um fim em si mesmo¹⁵.

Tendo em vista o vasto tratamento que a Constituição Portuguesa dá aos direitos fundamentais, trataremos do regime específico que o direito à retribuição ocupa neste ordenamento no capítulo que se segue. Mas antes e ainda neste tópico, enquanto vetores de otimização que são, convém analisar brevemente os princípios específicos da matéria remuneratória.

1.4. PRINCÍPIOS RETRIBUTIVOS

12 A previsão constava do artigo 1391.º do Código de Seabra.

13 Título II, Capítulo III da Constituição da República Portuguesa.

14 Sobre a função social do salário, defendendo que o trabalho, mais do que um fator econômico, é o meio pelo qual o homem afirma sua existência, devendo ser suficiente não só para o trabalhador, mas também para sua família, enquanto célula primária da sociedade, ainda que anterior à atual Constituição Portuguesa, J. GOMES BOTELHO – *O Salário na Doutrina e na Legislação*, Dissertação de licenciatura em ciências políticas-econômicas, Faculdade de Direito, 1948/1949, 111.

15 Aquilo que Bernardo Xavier diz ser a relegitimação da ordem jurídica laboral, através da integração dos trabalhadores no sistema constitucional. E assim, com o apoio da Constituição, as normas jurídicas e os tribunais, deixaram de ser os mecanismos opressivos e passaram a ser garantias de plena cidadania. B. G. LOBO XAVIER – *A Matriz Constitucional do Direito do Trabalho*, in: A. J. Moreira (Coord), III Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, 2000, 256, 255 - 259. Mais desenvolvido, ainda que do mesmo autor: B. G. LOBO XAVIER – *A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho*, in: A. J. Moreira (Coord), Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, 2004, 200, 163 – 203.

Os princípios são normas de natureza estruturante, que desenvolvem um papel fundamental no ordenamento jurídico, são valores teleológicos da ordem jurídica que atuam como vetores jurídicos veiculantes de todo o funcionamento do direito. Com efeito, são cânones de interpretação, que possibilitam a integração e complementação do sentido do direito e das exigências de justiça¹⁶.

A retribuição, como os demais direitos fundamentais, é regida pelos princípios estruturantes da República Portuguesa¹⁷, mas retira-se da norma fundamental concretizadora desta garantia, em razão do princípio da democracia econômica e social, a sua submissão aos princípios da Igualdade Remuneratória; Suficiência Salarial ou Salário Mínimo; Irredutibilidade de Retribuição; Relativa Intangibilidade de Retribuição.

1.4.1. PRINCÍPIO DA IGUALDADE REMUNERATÓRIA

O Princípio da Igualdade Remuneratória é, em realidade, uma derivação do Princípio da Igualdade e foi regulado pela primeira vez no artigo 119.º do Tratado de Roma. Atualmente consta do artigo 157.º n.º1 do TFUE e é alvo de uma série de Diretivas do Conselho Europeu¹⁸. E, em Portugal foi consagrado constitucionalmente, no artigo 59.º CRP, sob o brocardo: “*para trabalho igual salário igual.*”

Enquanto norma de papel de estruturante, a exigência da igualdade remuneratória vincula toda a ordem jurídica à sua observância. Com efeito, este princípio não impede diferenças

16 Acerca dos critérios de caracterização dos princípios: J.J. GOMES CANOTILHO – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed, 13.ª Reimpressão, Coimbra, 2003, 1160-1161.

17 Quais sejam: Dignidade da Pessoa Humana, Igualdade, Proteção da Confiança e Proporcionalidade. Aquilo que Jorge Reis Novais chama de *limites aos limites*, sobre este ponto: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais...cit*,106.

18 Como por exemplo e de forma não exaustiva: Diretiva 75/117/CEE, Diretiva 96/97/CEE, Diretiva 97/80/CEE, Diretiva 2000/78/CEE, Diretiva 2006/54/CEE, entre outras.

remuneratórias, mas apenas um tratamento discriminatório. Neste sentido a aplicação deste princípio deve passar pela avaliação de funções para qualificar a prestação do trabalho como *trabalho igual*, e por uma análise rigorosa das justificações objectivas, a fim de constatar se a diferenciação retributiva é ou não discriminatória¹⁹.

As concretizações deste vetor de interpretação visam impedir discriminações de qualquer natureza, tendo aplicabilidade em diferenças de tratamento em razão de nacionalidade, idade, religião, ou qualquer outra valência de tratamento desigual. Contudo, atualmente, o maior desenvolvimento se dá na questão de igualdade de remuneração entre homens e mulheres²⁰.

Assim sendo, a natureza *normogenética* desta garantia impõe que o desenvolvimento do sistema jurídico respeite o seu preceito sob pena de desvirtuamento da justiça e da Constituição, sendo inadmissível, sob esta ótica, diferenças discriminatórias em termos retributivos.

1.4.2. PRINCÍPIO DA SUFICIÊNCIA SALARIAL

O Princípio da Suficiência Salarial funda-se na dignidade humana, e tem por objetivo garantir uma existência condigna, ou seja, garantir a todos os trabalhadores subordinados um valor mínimo capaz de prover as necessidades básicas de sobrevivência do trabalhador e da sua família.

Desta forma, o n.º 2 do artigo 59.º da CRP consagra a garantia do Salário Mínimo e sua respectiva atualização e o CT 2009, por sua vez, no artigo 273.º, consagra a garantia de uma

19 Para ter uma visão panorâmica e completa de todas as valências dos princípios: M. R. PALMA RAMALHO – *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 4.ªed, 2012, 581-587.

20 Acerca desta aplicação: M. R. PALMA RAMALHO – *Igualdade de Tratamento ente Trabalhadores e Trabalhadoras em matéria remuneratória: A Aplicação da Directiva 75/117CE em Portugal* in: A. J. Moreira (Coord.), *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. 1, 2003, 200, 247-268.

retribuição mensal mínima garantida.

Em Portugal, o Salário Mínimo Nacional, foi instituído em 1974 pelo DL n.º 217/74 de 24 de Maio e sua última atualização foi feita através do DL n.º 143/2012. Desde então, por imposição da Troika, o salário mínimo foi congelado e portanto não sofreu alterações.

1.4.3. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE RETRIBUIÇÃO

Como exigência da democracia social e econômica, a Irredutibilidade de Retribuição foi consagrada no artigo 129.º, n.º 1.º, *d*), do CT 2009 e determina que o valor da retribuição não pode ser diminuído exceto nos casos previstos em lei.

Contudo, dada a natureza das coisas, pode haver diminuições nos casos em que o próprio Código do Trabalho prevê situações de redução²¹; por lei, como o DL n.º 353-H/77 de 29 de Agosto quando a empresa estiver em situação econômica difícil; ou por IRCT, em razão do princípio da autonomia coletiva (artigo 56.º CRP).

Em rigor, ao nosso ver, é um princípio que decorre de uma correta e lógica interpretação da Constituição, pois quando a Lei Maior prescreve que a retribuição tem de ser *segundo a qualidade e quantidade de trabalho*, quer determinar que a contrapartida do trabalho é proporcional ao tempo de prestação

21 Estão entre as situações previstas no Código do Trabalho: a redução de tempo de trabalho ou suspensão do contrato de trabalho em situação de crise de empresa (artigo 305.º, n.º 1, *a*)); a mudança de regime de tempo de trabalho do empregado de tempo integral para tempo parcial (artigo 155.º, n.º 1 e 154.º, n.º 3); a descida de categoria (artigo 119.º); as faltas que determinam a perda da retribuição (artigo 255.º, n.º 2 e 256.º, n.º 3); e a sanção disciplinar de suspensão de contrato com perda de retribuição (artigo 328.º, n.º 1).

As situações acima, não consubstanciam uma violação ao Princípio da irredutibilidade, porque a perda da retribuição é uma consequência da não prestação do trabalho. Ora, isso respeita a determinação constitucional de garantia da retribuição segundo a *qualidade e quantidade de trabalho prestado*.

do mesmo. Ora, não é por outra razão que os casos de diminuição de retribuição autorizados pelo Código do Trabalho correspondem sempre a situações em que a quantidade de prestação do labor é igualmente diminuída.

Com efeito, o Legislador quis proteger o salário de abusos outrora cometidos pelos empregadores, evitando que estes possam fazer descontos ou compensações arbitrárias.²² Assim, apesar de não ser consagrado de forma expressa na Constituição, por ser concretização do direito à retribuição feita pelo legislador e decorrer, como dissemos, de uma correta interpretação do conceito constitucional, entendemos que este princípio integra o conteúdo da norma da garantia fundamental de retribuição²³. Significa isto que o direito à irredutibilidade de retribuição é também um direito fundamental.

1.4.4. PRINCÍPIO DA RELATIVA INTANGIBILIDADE DE RETRIBUIÇÃO

O Princípio da Relativa Intangibilidade de Retribuição garante que há uma parte da parcela retributiva que nunca pode ser retirada ao trabalhador, no sentido de proteger o básico limiar de subsistência. Em bom rigor, a relativa intangibilidade da retribuição tem como fundamento a função alimentar do salário, decorrente da dignidade humana e do mínimo vital e premissa essencial para assegurar a estabilidade social e económica.

São concretizações deste princípio: a impenhorabilidade de dois terços (2/3) do valor do salário (artigo 824.º, n.º 1 *a*) e n.º 2 e n.º 3 do CPC); a irrenunciabilidade e a indisponibilidade dos créditos remuneratórios (artigo 280.º do CT); a garantia de

22 Como por exemplo o *TRUCK SISTEM*: sistema pelo qual o empregador criava descontos e multas sem respaldo na lei. Sobre isso: A. MONTEIRO DE BARROS – *Curso ...cit*, 819.

23 Sobre as concretizações do legislador: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 154.

que os créditos que o empregador tenha sobre o trabalhador não são compensáveis através da retribuição, nem este pode fazer descontos na retribuição do trabalhador para se ressarcir (artigo 290.º, com a exceção do artigo 279.º, n.º 2 do CT); o prazo de prescrição dos créditos remuneratórios só começa a ser contado a partir do dia seguinte da cessação do contrato e não da data do vencimento, como na regra geral de direito civil (artigo 337.º do CT); os privilégios creditórios (artigo 333.º do CT); bem como os limites as sanções disciplinares de natureza não patrimonial (artigo 328.º, n.º 3: a, b, c do CT).

Essa densa panóplia de normas infraconstitucionais que integram a garantia fundamental retributiva, evidenciam a preocupação do legislador com o tema, o que torna este princípio central na discussão constitucional.

Em suma, estes princípios retributivos, tomados como um todo, direcionam o desenvolvimento desta garantia fundamental no ordenamento jurídico. Assim sendo, enquanto *normas que constituem a ratio de regras jurídicas*²⁴, devem orientar toda a interpretação a aplicação do direito.

2. O DIREITO À RETRIBUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

2.1. RETRIBUIÇÃO Vs REMUNERAÇÃO

Antes de prosseguir com o enquadramento do tema, cabe uma pequena adenda para diferenciar, do ponto de vista da linguagem, retribuição de remuneração. É que, embora a lei e a jurisprudência, no mais das vezes, usem os termos como sinônimos, e haver doutrinadores que sigam essa mesma lógica, ao nosso ver, mister se faz diferenciar os vocábulos.

Neste sentido, retribuição – equivalente a remuneração em sentido estrito – é a parcela pecuniária recebida em contra-

24 J.J. GOMES CANOTILHO – *Direito ...cit.*, 1161.

partida direta pelo trabalho prestado, e é dessa parcela que estamos tratando neste trabalho. Já a remuneração em sentido lato – ou simplesmente remuneração – corresponde ao conjunto de outras prestações pecuniárias, que integram a faceta patrimonial do contrato, mas que não são contrapartida direta da atividade prestada.

Para ser considerada de natureza retributiva e merecer a proteção constitucional, a prestação tem de se revestir dos *elementos essenciais* da retribuição²⁵. Então, para além do salário propriamente dito, porque perfila os elementos essenciais, no ordenamento jurídico português e com natureza de retribuição, temos o subsídio de Natal, de Férias e as Diuturnidades.

Em contrapartida, outras parcelas adicionais, com carácter remuneratório, como os subsídios de fixação e de compensação, expressamente equiparados a ajudas de custo, de que gozam os magistrados e outros trabalhadores da administração pública, bem como adicionais por trabalho suplementar, que foram benefícios reduzidos através da Lei de OGE de 2013, estão fora do âmbito da garantia retributiva e não se sujeitam ao princípio da irredutibilidade salarial. Este é o entendimento da doutrina majoritária e do Tribunal Constitucional.

Com efeito, tendo em vista que a nossa apreciação cinge-se ao direito à retribuição, não faremos análise relativamente às parcelas de natureza remuneratória. Dito isso, passemos então ao regime constitucional português dos direitos fundamentais e, em especial, do direito à retribuição.

2.2. DIREITO À RETRIBUIÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como ponto de arranque, sublinhamos que, não obstante

25 Neste sentido, segundo o artigo 258.º do Código do Trabalho Português, são elementos essenciais da retribuição: a Periodicidade / Regularidade da prestação; ser contrapartida do trabalho prestado; Direito do trabalhador decorrente de lei, IRCT ou contrato trabalho.

houvesse regulações anteriores acerca dessa garantia fundamental, o direito à retribuição em Portugal, com o cunho social que conhecemos, só ganhou proteção constitucional no pós 25 de Abril de 1974²⁶. É neste novo contexto de socialização do direito e de proteção aos direitos dos trabalhadores, que a retribuição ganha *status* constitucional e passa a ser regulada no artigo 59.º da CRP, no capítulo dos direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores. Assim, quando falamos deste direito, trata-se sem a menor dúvida de um direito fundamental.

A doutrina Portuguesa, em sua maioria, faz uma diferenciação entre os direitos de liberdade e garantia e os direitos sociais. Essa assimetria decorre da leitura do artigo 18.º da CRP que, na interpretação destes autores, estabelece um regime especial para aqueles direitos²⁷. Segundo a referida interpretação, os direitos de liberdade e garantia teriam um regime diferenciado em razão de serem garantias com aplicabilidade imediata, o que permitiria uma vantagem destes em relação aos direitos sociais. Neste sentido, os direitos sociais não seriam verdadeiros direitos fundamentais.

Nós porém, preferimos a Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, pela qual o professor Jorge Reis Novais demonstra que não há razão plausível para a diferenciação²⁸. Entretanto, no caso específico do direito à retribuição, ainda que se seja adepto da diferenciação entre os direitos fundamentais, no que diz respeito às conclusões que iremos retirar deste estudo, não haverá problema algum, pois a doutrina e a jurisprudência portuguesa tratam do referido direito, como sendo de natureza análoga aos direitos de liberdades e

26 Na Constituição atual a matéria laboral é muito desenvolvida, o que leva alguns autores a denominarem a parte destinada à matéria de Constituição Laboral. Neste sentido, veja-se: M. R. PALMA RAMALHO – *Tratado de Direito do Trabalho*, I, 2.ª ed, Coimbra, 2009, 161-179. Em sentido contrário, negando a existência de uma constituição laboral: J.J. GOMES CANOTILHO – *Direito ...cit*, 346 e 347.

27 Veja-se sobre isso: J.J.GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, 1991, 127.

28 Desenvolvida em: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, Coimbra, 2010.

garantias.

Mas afinal, quais são as implicações do direito a retribuição ser um direito fundamental?

2.3. DIREITO FUNDAMENTAL ENQUANTO TRUNFO CONTRA A MAIORIA POLÍTICA

Um direito fundamental, mais além de ser uma regra jurídica formal, é um valor universal que transmite o nível de desenvolvimento social e humano de uma dada sociedade e que acumula no seu corpo toda a história de um povo. Não conta algo transitório, específico ou secundário. Não é um dado que se introduza, mas um resultado que se obtém, porque nivela aquilo que a sociedade exige de si própria. Um direito fundamental não é qualquer direito; antes pelo contrário: *é um fruto de lutas políticas e conquistas históricas*. Em suma: ter um direito fundamental é dispor de um trunfo contra a maioria política.²⁹

A idéia de trunfo contra a maioria política, tem fundamento no próprio princípio da dignidade humana. Sendo certo que, desta dignidade, resulta o direito de cada um eleger autonomamente os seus próprios planos de vida independentemente da maior ou menor aprovação social, sem que a maioria política, ainda que formada democraticamente, imponha ao indivíduo concepções com as quais ele não concorde, pois esta imposição constituiria uma restrição contrária ao Princípio da Dignidade Humana³⁰.

Desta forma, quando falamos em direito fundamental tratamos de trunfos ou armaduras que atuam como *limites jurídico-constitucionais* às decisões da maioria, pelo que o detentor de um direito fundamental tem, face ao Estado, uma posição

29 Acerca da teoria: RONALD DWORKIN – *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1997,

30 Neste sentido: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006, 30 e 31.

forte e garantida pela Constituição, ainda que esta não seja apoiada pela maioria. Pois é precisamente quando se tem uma posição minoritária que os direitos fundamentais revelam sua especial importância³¹.

Deste modo, cabe à jurisdição própria, no caso Português, ao Tribunal Constitucional, a verificação e reconhecimento da qualidade de trunfo desses direitos. Ora, se essa natureza é contra maioritária, é justamente um órgão próprio, independente e especializado que a pode reconhecer em detrimento da maioria³². Por isso consideramos que em conflitos acerca de direitos fundamentais, a última palavra cabe ao poder Judiciário.

Resumindo, a idéia de trunfo é *uma exigência da força normativa da Constituição e da necessidade de levar a constituição a sério*³³. A realidade que queremos transmitir, quando partimos desse pressuposto, é que os poderes públicos não podem dispor livremente acerca de direitos fundamentais pois eles são por si só limites àquelas atuações. Sendo esta mesma lógica aplicável ao direito à retribuição.

2.4. NORMA CONSTITUCIONAL

Diante da consagração constitucional de um direito fundamental, a partir da norma, retira-se uma série de pretensões / dimensões do ponto de vista do titular do direito sobre a mesma garantia fundamental e ainda um conjunto de deveres e obrigações por parte do Estado em consequência da norma

31 J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos ...cit*, 33 e 34.

32 Ainda J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos ...cit*, 48. Com efeito, relativamente à função de defesa desses trunfos, não é nosso objetivo fazer aqui críticas ao sistema de fiscalização de Constitucionalidade Português, que é, como demonstra a doutrina, falho na questão do acesso dos particulares à Corte Suprema. Relativamente à defesa do direito do qual tratamos, achamos por bem, no quarto capítulo, analisar a recente jurisprudência do TC quanto a matéria.

33 Sobre o tema: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais: Trunfos ...cit*, 36.

constitucional³⁴.

Sendo um direito fundamental e tendo regime próprio, do direito à retribuição, retira-se uma série de perspectivas de direitos, como por exemplo e de forma não exaustiva: o direito ao salário mínimo que garanta uma existência condigna; o direito de equiparação salarial com quem preste função igual; o direito a atualização do salário mínimo; entre outras garantias especiais de proteção nos termos da lei.

A cada perspectiva corresponde uma dimensão positiva e uma negativa, ou seja, diante de cada âmbito de proteção do Direito, o Estado pode ser obrigado a fazer ou a se abster de fazer algo. Assim, o titular pode requerer uma medida concreta quando o Estado deveria ter feito algo para garantir o exercício de um direito e não o fez ou contestar uma atuação estatal indevida quando não lhe cabia qualquer intervenção.

Neste sentido, os direitos fundamentais vinculam o Estado não só proibindo-o que agrida o direito, ou seja de forma negativa, mas também cabe ao Poder Público a criação e manutenção de mecanismos necessários à defesa e / ou satisfação do direito fundamental, consubstanciando esta a forma positiva do direito³⁵.

Quando se está diante de uma afetação da dimensão negativa do direito, ou seja, quando o Estado deveria se abster e agiu agredindo ou restringindo o direito, o controle de constitucionalidade será mais amplo, pois é mais fácil controlar um ato do que um não ato. Diversamente, quando o Estado estava obrigado a realizar algo e não o fez, a densidade do controle do juiz restará diminuída porquanto o não ato pode justificar-se por uma série de razões que muitas vezes estão dentro da margem de conformação do legislador.

Esta referida variação de densidade decorre dos deveres

34 Acerca das dimensões das garantias fundamentais: J. REIS NOVAIS –*As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Lisboa, 2002, 48-49.

35 J.J.GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA – *Fundamentos ...cit*, 139.

estatais inerentes aos direitos fundamentais: dever de promoção, proteção e de respeito. Diante do dever que vincule o Estado a determinado direito, corresponde uma perspectiva da garantia fundamental, o que, num cenário ideal, será proporcional à margem de intervenção do juiz no caso concreto.

Tendo em vista o enfoque que pretendemos dar ao tema, em razão da forma como foi afetado através das leis de OGE anteriormente referidas, vamos debruçar-nos sobre a perspectiva do direito à retribuição que vem elencada no n.1.º, a) do artigo 59.º da CRP³⁶, na sua dimensão negativa.

Neste sentido, diferentemente daquilo que se possa pensar prematuramente, neste caso concreto estão envolvidos os deveres de respeito, promoção e proteção. Ou seja, o direito do Estado não diminuir a retribuição, bem como o direito de que não sejam postas em causa as medidas de proteção e promoção outrora realizadas. Pois é assim que este vem invocado nos acórdãos que analisaremos no próximo bloco de trabalho.

2.5. NORMA INFRACONSTITUCIONAL CONCRETIZADORA

Quando efetuamos uma análise do artigo 59.º da CRP, concluímos que trata-se – como é comum nos direitos fundamentais – de uma norma aberta, pois a CRP não define a partida o conteúdo do direito, nem prevê nenhuma restrição, pelo que cabe ao legislador a concretização do direito em causa.

Nenhuma constituição pode prever tudo, e neste sentido *o regime constitucional é insuficiente e precisa de ser completado pela lei para que a Constituição possa resistir sem perda de identidade às situações de crise social.*³⁷ O que significa que o

36 “*Todos os trabalhadores, sem distinção de idade, sexo, cidadania, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, têm direito: a) À retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade...*” Grifo nosso.

37 J.C. VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987, 315.

legislador ordinário deve garantir a concretização dos direitos fundamentais.

No que se refere a matéria retributiva, o Código do Trabalho Português de 2009, seguindo a hierarquia das fontes, trata da matéria nos termos Constitucionais. Sendo que o dever retributivo está plasmado no artigo 127.º, n.º 1 alínea *b*), e a matéria é regulada no Capítulo III a partir do artigo 258.º.

Da mesma maneira, o Regime de Contrato de Trabalho em Funções Públicas, no artigo 87.º alínea *b*) prescreve que a entidade empregadora pública deve: “*Pagar pontualmente a remuneração, que deve ser justa e adequada.*”; e no artigo 207.º e 208.º, n.º 2: estabelece o subsídio de Natal e de Férias, respectivamente.

Com efeito, as normas acima referidas – CT e RCTFP – tratam-se de concretizações da garantia jusfundamental retributiva e prescrevem uma proteção ampla à contrapartida do labor dos trabalhadores do setor público e privado. Sendo certo que estas normas, juntamente com a consagração constitucional, formam o conteúdo do direito fundamental.

Portanto, mesmo que o conteúdo não seja constitucionalmente determinado, a atuação do legislador ordinário integra a norma de direito fundamental. Por isso, caso o legislador afete um grau já obtido de realização deste direito, como é o caso das leis que analisaremos no próximo bloco de trabalho, essa afetação deve ser identificada como uma restrição a direito fundamental³⁸.

Assim sendo, cumpre-nos seguidamente traçar o regime geral das restrições aos direitos fundamentais, para verificarmos em que medida o grau de força e amplitude da atuação governamental é ou não constitucional.

3. AS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

38 J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 154.

Sempre que o âmbito de um direito fundamental for diminuído e portanto houver uma restrição deste, independentemente do âmbito de proteção ser determinado na Constituição ou concretizado pelo legislador ordinário, em decorrência da natureza jusfundamental e do *status* constitucional do direito, a afetação negativa deve ser submetida a um controle de constitucionalidade forte, pois é esta a imposição decorrente de um trunfo contra a maioria política e da consagração na Lei Maior.

Para Robert Alexy, a distinção mais importante na teoria dos direitos fundamentais é a que se faz entre regras e princípios. Segundo o autor, esta é a diferenciação fulcral para otimizar a resolução dos problemas de direitos fundamentais. Em rigor, tanto as regras como os princípios são normas, entretanto são normas de natureza diferente. É que os princípios têm um alto grau de abstração e generalidade, já as regras, por serem mais fechadas, condensam um conteúdo muito mais específico³⁹.

Nesta seara, segundo o Professor Alemão, a principal diferença está no fato dos *princípios* serem normas que ordenam que algo se realize o máximo possível dentro das possibilidades jurídicas reais existentes, sendo portanto *comandos de otimização (natureza prima facie)*; enquanto as *regras* são determinações e nesse sentido tem de ser feito exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais nem menos (*natureza definitiva*)⁴⁰.

Desta forma, se o direito fundamental vier estabelecido como *regra* na Constituição este não poderá ser restrito, pois quando estamos diante desse tipo de consagração, o legislador já fez todas as ponderações possíveis e decidiu consagrar o direito de forma definitiva e, neste caso, em razão do conteúdo definido, o poder de atuação do juiz será total diante de um caso envolvendo uma garantia fundamental em forma de regra.

39 R. ALEXY – *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de CARLOS BERNAL PULIDO, 2ª ed, Madrid, 2008, 63-67.

40 R. ALEXY – *Teoría de los derechos fundamentales ...cit*, 67 e 68.

Ocorre que a maioria dos direitos fundamentais tem natureza de princípios e por isso são comandos de otimização exigindo a maior realização possível. Significa isto que, em um caso concreto afetando um direito fundamental consagrado sob a forma de princípio, a densidade do controle do juiz poderá ser diminuída por circunstâncias várias que não permitam que aquele comando de otimização atinja o seu estado ótimo. Porquanto, tendo em vista a natureza da norma, estes direitos poderão ceder diante de outros bens constitucionalmente protegidos. Chegado a este momento, a resolução do conflito deverá passar pela ponderação entre bens, regulada pelo espírito constitucional⁴¹.

Quando um direito fundamental tem de ceder perante outro bem jurídico constitucional, o âmbito de proteção desta garantia fundamental é diminuído e há uma restrição deste. As restrições, por sua vez, dividem-se em: imediatas, que são diretamente impostas pela Constituição; mediatas, as que não são expressas, mas decorrem da reserva da lei restritiva; e implícitas, que são aquelas que apesar de não estarem expressamente autorizadas pela Constituição, são consequência da necessidade de salvaguarda de outros bens e direitos constitucionalmente garantidos⁴².

Com efeito, as últimas três leis de Orçamento Geral de Estado do Governo Português enquadram-se nas restrições implícitas ou não expressamente autorizadas pela Constituição, ou seja, apesar de não serem autorizadas pela Constituição, em decorrência da necessidade de proteção de outros valores constitucionais, podem ocorrer se respeitarem os parâmetros rígidos

41 É aquilo que Jorge Reis Novais, adepto da teoria interna, chama de reserva geral imanente de ponderação. J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*, Coimbra, 2012, 91 e 92. Na visão do autor, porém, o bem em colisão não precisa ser protegido constitucionalmente, basta que seja um bem digno de proteção.

42 Neste sentido: J. MIRANDA – *Manual de Direito Constitucional*, TOMO IV, 4.ªed, 2008, 369-372; J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 1276 e 277.

que tal medida restritiva impõe. Todavia, como temos afirmado, a diminuição do âmbito de um direito fundamental, não está imune à fiscalização de constitucionalidade, ainda que esta seja autorizada. Pelo contrário, a afetação negativa de um direito fundamental requer um controle de constitucionalidade forte, capaz de verificar de forma racional, fundamentada e responsável, se a medida é ou não constitucional.

O Direito à Retribuição, regido pelo regime próprio dos direitos fundamentais e a ele, ao nosso ver, pertencendo, é um trunfo contra a maioria política que merece especial proteção, sobretudo em um momento sensível como o que se vive na sociedade portuguesa, em que toda a ponderação de valores e erudição multidisciplinar, não pode perder o foco de erradicação da pobreza e da justiça social, sob pena de desvirtuamento do Estado Social de Direito.

3.1. AS LEIS DE ORÇAMENTO DE ESTADO ENQUANTO LEIS RESTRITIVAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À RETRIBUIÇÃO

As leis de OGE dos anos de 2010, 2011 e 2012, que fizemos referência na introdução deste trabalho, como se percebe agora que traçamos o regime de proteção do direito fundamental à retribuição, reduziram o âmbito de concretização da garantia fundamental em questão de uma categoria de trabalhadores. Portanto, podemos afirmar, com um elevado grau de confiança, que são uma restrição ao direito fundamental à retribuição.

E, neste sentido, a pergunta que nos cabe fazer é: estas restrições são ou não constitucionais? Estas respostas, em certa medida, *talvez insuficiente*, foram dadas pelo Tribunal Constitucional, através dos acórdãos que analisaremos no próximo bloco de trabalho.

Com efeito, primeiramente, a fim de analisarmos as deci-

sões da Corte, entendemos que é necessário traçar os padrões que, segundo a doutrina portuguesa, devem ser seguidos diante de uma restrição a direito fundamental. Para então, e somente no último capítulo, concluirmos se o Tribunal Constitucional cumpriu satisfatoriamente seu papel de guardião da constituição.

3.2. CONTROLE DA RESTRIÇÃO

No campo das afetações negativas a direitos fundamentais, surge, em decorrência do carácter constitucional da garantia, o princípio do carácter restritivo das restrições, também conhecido como restrições às restrições ou limites aos limites. Consequentemente, após a verificação do âmbito de proteção do direito, a doutrina indica os requisitos formais ao qual a lei restritiva deve se submeter para que não seja declarada inconstitucional⁴³.

Em que pese o esforço e rigor técnico doutrinário da maioria dos constitucionalistas portugueses, ao nosso ver, relativamente ao controle das restrições, a forma mais eficaz é a traçada por Jorge Reis Novais *na principal monografia em língua portuguesa sobre esta problemática*⁴⁴.

Assim, para que o controle seja eficaz, se respeite o princípio da separação de poderes e se diminua a subjetividade das decisões, a fiscalização constitucional deve ser feita com recurso a novos juízos de ponderação de bens, através da aplicação racionalizada dos *limites aos limites*, submetendo a medida restritiva a comparação entre medidas adequadas à prossecução do fim desejado, a observância dos princípios da proibição do excesso, da igualdade, e da proteção da confiança⁴⁵.

43 Sobre o assunto: J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 376-379; J.J. CANOTILHO – *Direito ...cit*, 451-461.

44 Definição usada por Jorge Miranda: J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 373.

45 J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 874-877. Em sentido contrário, alegando que a decisão interpretativa, pelo *cânone principiológico* pode constituir um fator de

3.2.1. ÂMBITO DE PROTEÇÃO

Para auferir a constitucionalidade da restrição, importa em primeiro lugar verificar qual é o âmbito de proteção do direito fundamental e até onde vai o domínio de proteção da norma, ou seja constatar se há direito ou não, emergindo quase sempre, nesta fase, uma indeterminação do comando constitucional⁴⁶.

Quando o preceito constitucional é fixado com natureza de regra, essa atividade de delimitação é muito mais fácil, pois a constituição consagrou de antemão o âmbito de proteção de forma definitiva. Quando, porém, a norma tem natureza de princípio, que é o mais comum e é o foco do estudo aqui veiculado, a verificação deve ser feita pelo juiz. Em bom rigor, trata-se de verificar o que é a partida protegido enquanto garantia jurídica pelos direitos fundamentais.

Da centralidade desta análise, para nortear esta primeira fase de controle, importa delimitar o conteúdo protegido pela norma, que pode decorrer de: (1) uma concepção restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais; (2) uma concepção ampliativa da previsão normativa dos direitos fundamentais; (3) ou ainda, de uma concepção restritiva mitigada da previsão normativa dos direitos fundamentais⁴⁷.

A concepção restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais, de Müller, pretende, já nesta primeira fase,

destruição da normatividade constitucional: C. BLANCO DE MORAES – *Curso de Direito Constitucional: As funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*, TOMO I, 2.ªed, 2008, 177-198.

46 Essa primeira fase de verificação do direito é dispensável para Alexy, pois para o autor tudo é *prima facie* direito.

47 Neste sentido: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 396-437. Passando por essa divisão, ainda que em sentido diverso, identificando as análises do âmbito de garantia como: interpretação enunciativa, ampliativa e restritiva: J. C. VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 4ª ed., 2009, 265-279.

solucionar antecipadamente o problema de restrições ao direito fundamental, neste sentido entende que somente aquilo que indiscutivelmente estiver abarcado pela norma constitucional será objeto de proteção fundamental. Consequentemente, a restrição será inconstitucional porque trata-se de uma afetação indiscutível do conteúdo protegido; ou será constitucional porque seria apenas uma restrição aparente, dado que o conteúdo sobre o qual incide não era abarcado, a partida, pela proteção jusfundamental. Ora, essa não é uma solução adequada, tendo em conta a natureza da garantia, pois com essa concepção só restariam protegidas as modalidades de exercício de direito que integrassem o núcleo essencial do direito. Com efeito, esse exercício teleológico é redutor e portanto incompatível com a natureza de trunfos inata a esta categoria de direitos⁴⁸.

Em sentido completamente inverso, tem-se a concepção ampliativa da norma, de Alexy, segundo a qual tudo está à partida garantido na previsão normativa, maximizando ao limite a proteção garantida pelo direito fundamental. Assim, esta primeira fase de apuramento do conteúdo protegido, torna-se dispensável, pois tudo é *prima facie* um direito amparado. Do mesmo modo que a concepção restritiva, tal interpretação, não é a mais correta, pois corre o risco de incluir no âmbito da garantia, situações não amparadas jusfundamentalmente, ainda que venham a ser excluídas em uma fase seguinte de controle⁴⁹.

A meio caminho está a concepção restritiva mitigada, que apesar de aceitar que nem todas as faculdades são *prima facie* um direito fundamental, entende que a exclusão de garantias do âmbito de proteção da norma só se justifica se tal faculdade estiver evidentemente excluída e o restante deva ser incluído –

48 Explicando a Concepção Restritiva da norma e entendendo que trata-se de uma interpretação insuficiente do âmbito de proteção: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 396-416

49 Defendendo que a Concepção Ampliativa é insustentável e inconveniente: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 409.

ainda que tal garantia possa ser restringida ou limitada na fase posterior. Em rigor, esse método de interpretação é capaz de fornecer de uma forma mais precisa e justa aquilo que está indiscutivelmente incluído na norma e o que está seguramente excluído do âmbito de proteção⁵⁰.

3.2.1.1. MARGEM DE CONTROLE DO JUIZ FRENTE À ESTRUTURA DA NORMA

Quando está em causa uma restrição não constitucionalmente autorizada, além do âmbito de proteção do direito fundamental, o juiz tem de ter em conta a justificação da medida restritiva. Quando, porém, a própria constituição prevê uma restrição (*restrição imediata*), ou autoriza uma diminuição (*restrição mediata*), o juiz não precisa avaliar a plausibilidade das justificações da afetação, pois a possibilidade da restrição / diminuição da garantia fundamental foi previamente consagrada, o que eleva o juiz para a fase seguinte de controle. Com efeito, não significa isso que a medida restritiva seja constitucional, tendo que se submeter ao crivo dos demais princípios estruturantes.

Entretanto, como temos dito, na maior parte dos casos, a análise da justificação é necessária. Nesta fase, ainda é importante ter em conta a estrutura da norma de direito fundamental, pois em um primeiro momento a forma de consagração constitucional da norma influencia a margem de atuação do juiz. Assim, *no que diz respeito a estrutura da norma constitucional*, se vier consagrada como norma regra, a margem do juiz será total diante deste direito, pois a constituição já fixou o seu conteúdo definitivo. Ao contrário, se for consagrada como norma princípio, com muito maior abertura, o legislador acaba por ter uma margem mais ampla na escolha da forma adequada de realização do direito, e, neste caso, a densidade do controle do

50 Posição defendida por: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit.*, 427.

juiz resta diminuída em razão do princípio da separação de poderes.

Convém porém lembrar que, apesar de ser aberta ou consagrada em forma de princípio, a atuação do legislador integra o conteúdo da norma. E, nesta medida, quanto mais o âmbito de proteção da norma for sendo concretizado pelo legislador, maior será o poder de controle do juiz perante uma restrição daquele âmbito.

3.2.2. JUSTIFICAÇÃO

Após a verificação da existência do direito, em um segundo momento, se a restrição não for expressamente autorizada, cabe verificar se a justificação para restringir a garantia constitucional é ou não apta para fazer ceder um direito fundamental.

Quanto a nós, apesar de seguirmos a posição do Prof. Jorge Reis Novais e partirmos do pressuposto de que os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, desempenhando a função de armaduras contra terceiros e necessitando de um controle forte (*limites aos limites*), no que tange às *justificações* das restrições não expressamente autorizadas pela constituição, discordamos⁵¹.

Em que pese o brilhantismo singular deste doutrinador, neste ponto específico, preferimos a posição do Prof. Jorge Miranda, por ser mais conservadora. É que, ao nosso ver, as restrições têm de ser excepcionais, e por isso mesmo tem de lhes ser imposto o *princípio do carácter restritivo das restrições*⁵².

Em nossa opinião, com a aplicação desse princípio, a idéia de direitos fundamentais como trunfos fica ainda mais

51 Não negamos que haja restrições implícitas. Mas discordamos do autor no que tange às justificações das mesmas.

52 J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 366.

forte. Ao contrário, ao defender que quase todas as justificações, menos as manifestamente inadmissíveis, são aptas a justificar uma restrição, Reis Novais contradiz a aludida metáfora. Para além disso, quando o referido autor afirma que há razões inadmissíveis para justificar restrições, e fala em *peso da justificação*, no fundo, acaba por reconhecer que há razões que não são de maneira alguma compatíveis com a constituição. E, de forma indireta, reconhece que há bens que, ainda que não estejam expressamente escritos na Grande Norma, são abarcados pelo âmbito de proteção constitucional⁵³.

O direito fundamental à retribuição, do nosso ângulo de análise, assim como os outros direitos fundamentais, não são afetados por uma reserva imanente de ponderação. Aliás, como dissemos, isso é contrário a idéia de trunfos. Pelo que, na nossa interpretação, as restrições não autorizadas, constituem algo exterior aos direitos e, quando excepcionalmente ocorrem, reduzem o conteúdo e o âmbito da garantia constitucional e por isso devem justificar-se em valores constitucionalmente amparados⁵⁴.

Admitir que valores incompatíveis com a Constituição possam prevalecer sobre princípios constitucionais, mais do que um desrespeito a unicidade da constituição, é dar um poder excessivo aos juízes, que passariam assim a poder aceitar justificativas que não se sujeitariam a hierarquia das fontes. Aliás, é a conexão da interpretação conforme a constituição com, passo a redundância, a interpretação segundo princípios, nomeadamente o princípio da proporcionalidade, que faz com que o risco de um decisionismo judicial se sobreponha à atividade

53 Isso, para nós, é decorrência lógica do sentido da Constituição. Pois é impossível ao legislador prever todas as situações possíveis. Quanto à possibilidade de bens constitucionalmente garantidos, justificarem limitações não expressas: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 1277. Quanto à *reserva da Constituição*: J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 372-374.

54 Defendendo a teoria externa: J. MIRANDA – *Manual ...cit* 374; J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 1277. Em sentido contrário, adepto da teoria interna: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais e Justiça ...cit*, 102.

legislativa amparada na separação de poderes⁵⁵.

3.2.2.1. MARGEM DE CONTROLE DO JUIZ FRENTE À NATUREZA DO DEVER ENVOLVIDO

Com efeito, diferentemente do que ocorria no Estado Liberal, no Estado de Direito Democrático existe, para cada direito fundamental, o dever de respeito, promoção e proteção. De forma consequente, no controle judicial a natureza desses deveres assume importância vital na temática de direitos fundamentais, pois o dever em causa tem influência direta na margem do controle judicial.

É que o dever de promoção e de proteção, por envolverem prestações fácticas, beneficiam-se da reserva do politicamente adequado e do financeiramente possível. Assim, na análise da justificação, quando estiver em causa um destes deveres, o argumento político e financeiro, pode servir de justificação para a restrição do direito.

Desta forma, a não ser quando o direito for consagrado como *regra*, caberá ao juiz fazer a análise das ponderações feitas pelo legislador, sendo que nesta fase, as margens do juiz frente a colisão dos bens, consagrados como *princípios*, vai variar de acordo com o dever estatal envolvido no caso concreto.

3.2.2.1.1. DEVER DE RESPEITO

Comum a todos os direitos e decorrente do reconhecimento da autonomia individual, está o Dever de Respeito pelos direitos fundamentais. Também conhecido pela sua função de defesa dos direitos fundamentais, dado que atribui competência negativa ao Estado e funciona como uma barreira a determina-

55 Neste sentido: P. BONAVIDES – *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 26.º ed, 2011, 425-427.

das práticas de intervenção estatal.

Diante da dimensão negativa de um direito fundamental, o Dever de Respeito impõe que o setor público não interfira em áreas de autonomia individual da norma protegida pela garantia fundamental. Entretanto, é possível que o próprio Estado tenha de intervir de forma negativa no referido espaço de autonomia, a fim de resguardar outro bem constitucionalmente digno de proteção, o que decorre da possibilidade de restrição aos direitos fundamentais, uma vez que, na sua maioria, não são absolutos.⁵⁶

Por outro lado, embora na maior parte dos casos o dever de respeito apareça na vertente negativa, ou seja na obrigação de não ingerência, cabe igualmente referir uma perspectiva positiva para esta obrigação estatal. É que o dever de respeitar pode significar fazer algo, como, por exemplo, remover algum impedimento específico à realização daquele direito.

O Dever de Respeito, que pouco ou nada exige do Estado, na medida em que na maior parte dos casos, caberá a este somente abster-se, reclama uma densa observação estatal. Com efeito, em caso de descumprimento do dever ora em análise, o controle de constitucionalidade deve ser *pleno* e o juiz deve verificar se tal incumprimento do dever é plausível do ponto de vista constitucional através da análise dos princípios estruturantes.⁵⁷

3.2.2.1.2. DEVER DE PROTEÇÃO

O Dever de Proteção, na perspectiva positiva, impõe ao Estado a realização de atuações destinadas à proteção eficaz dos direitos fundamentais e a consequente progressão desta, através de condutas positivas.⁵⁸ Em uma perspectiva negativa,

56 Sobre este ponto: J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 117 e 118.

57 No que se refere a densidade do controle: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 275 e 276.

58 Neste sentido: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 259-261.

referido dever, exige que, uma vez realizado um determinado grau de proteção, o Estado não ponha em causa aquilo que já foi protegido.

Com efeito, para proteger um direito há várias alternativas, e cada uma das opções têm eficácias diferentes. Assim, os direitos que necessitam de proteção se sujeitam à reserva do politicamente adequado, pois cabe ao órgão político a escolha do melhor meio de proteção da garantia.⁵⁹ Da mesma maneira, dada a natureza das coisas, pode haver a necessidade de regressão ou modificação das medidas outrora escolhidas para proteção de determinada garantia. Nesta altura, a reserva do politicamente adequado também poderá ser ativada, quando os poderes públicos pretenderem adaptar a proteção anteriormente conferida⁶⁰.

Significa isto que, em caso de descumprimento do Dever de Proteção, soma-se às obrigações do juiz, a luz do princípio da separação de poderes, na fase de controle judicial, a verificação e o respeito pela reserva do politicamente adequado. Em consequência, a análise necessária da reserva do politicamente adequado, fará com que a densidade do controle do juiz reste diminuída em relação às situações que envolvam somente o Dever de Respeito.

3.2.2.1.3. DEVER DE PROMOÇÃO

O Dever de Promoção, por sua vez, é consequência lógica do Estado Social, no qual não basta a consagração de direitos, mas cabe ao Estado assegurar o acesso aos bens constitucionalmente garantidos, através de prestações fáticas e eficazes.

Tendo em vista a necessidade de promoção do acesso aos bens e o correspondente custo que isso implica, como a reali-

59 Acerca da reserva do politicamente adequado: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 2010, 277.

60 Neste ponto, ainda: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 2010, 281.

zação destes direitos tem relação estreita com as disponibilidades financeiras do Governo, uma vez que quase sempre exigem prestações fáticas, temos aqui, além da reserva do politicamente adequado / oportuno, a reserva do financeiramente possível⁶¹. Ou seja, o Governo pode alegar que incumpriu o seu Dever de Promoção de acesso a garantias fundamentais por razões de insuficiência financeira, que no limite possam pôr em causa a existência do próprio Estado.

Por outro lado, quando o Estado promove um determinado acesso a um grau de realização de um direito fundamental, surge, em contrapartida, na dimensão negativa, o direito de não ver aquela promoção já realizada suprimida. Todavia, da mesma maneira que o Estado beneficia-se da reserva do financeiramente possível para promover o acesso ao bem, nesse momento, caso os poderes públicos vejam-se obrigados a modificar os meios de acesso a determinado bem, deverão beneficiar-se igualmente da margem que esta reserva confere.

Aliás, é da necessidade de aplicação desta reserva do financeiramente possível que decorre a inaplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso. Pois esta teoria, admitia a utilização da reserva para justificar a não realização de algo, mas, paradoxalmente, não reconhecia a possibilidade de ativar esta reserva quando o que estava em causa era a falta de possibilidades de manutenção de determinado grau de realização do direito⁶². Com efeito, diferentemente do que afirmava na edição de 1991, atualmente, até mesmo o precursor da teoria da proibição do retrocesso, em clara concordância com a necessidade de ativação da reserva do financeiramente possível, afirma que: “*A ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica)*.”⁶³

61 Sobre este ponto: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 2010, 263.

62 J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 2010, 286 e 287.

63 Sobre o posicionamento adotado: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 339; Comentando a mudança de posicionamento de Canotilho, veja-se tam-

Significa isto, que diante da não observância por parte do Estado do Dever de Promoção de garantias fundamentais, tendo em vista a legítima ativação da reserva do politicamente adequado e do financeiramente possível, a margem de intervenção do juiz será menor.

3.3. CONTROLE PROPRIAMENTE DITO – ANÁLISE DOS PRINCÍPIOS ESTRUTURANTES

Tendo ocorrido uma violação a um direito fundamental, consagrado como princípio e por isso restringível, deve-se traçar o âmbito de proteção e a justificativa para a afetação para, posteriormente, executar o controle propriamente dito da restrição.

Com relação à melhor forma de controle, entendemos que a metodologia mais eficaz de salvaguardar os direitos fundamentais em fase de fiscalização de constitucionalidade é a conhecida como *limites aos limites*, através da qual o controle da medida restritiva submete-se à análise dos princípios estruturantes da República Portuguesa⁶⁴.

Com efeito, verificado o âmbito de proteção do direito fundamental e a justificação da restrição, a medida de afetação negativa da garantia deverá passar pelo do filtro dos princípios estruturantes da República Portuguesa. São eles: a Igualdade, a Proteção da Confiança, a Dignidade da Pessoa humana e a Proibição do Excesso⁶⁵.

3.3.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A Dignidade Humana é corolário dos Estados Democráticos de Direito, e fundamento no qual a República Portuguesa

bém: J. MIRANDA – *Manual ...cit.*, 436.

64 Acerca do método de controle: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais e Justiça ...cit.*, 122-133.

65 Desenvolvido em: J. REIS NOVAIS – *Os Princípios ...cit.*

se baseia.

Em realidade, é uma questão ancestral e tem seus fundamentos no Cristianismo, com o reconhecimento do ser humano como “*imagem e semelhança de Deus*”⁶⁶. Afeta o Homem crente ou cético e está no *nexus* de todas as ciências sociais e humanas, inclusive, em decorrência do imperativo categórico de Kant⁶⁷, na medida em dispõe que nenhum ser humano deve ser usado como meio para atingir outros fins, mas como fim em si mesmo.

Em termos de consequências jurídicas práticas é um *dever-ser jurídico* que vincula os poderes, representando não só uma obrigação para o Estado, mas um limite da sua atuação. Desta forma, quando estiverem em causa restrições a direitos fundamentais, caberá ao judiciário o controle da correta aplicação deste princípio⁶⁸.

Assim, a dignidade da pessoa humana enquanto limite à atuação do Estado é *a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano* implicando deste modo um rol de direitos e deveres fundamentais e impedindo qualquer tratamento desumano ou degradante⁶⁹.

No que tange aos procedimentos de controle, este princípio tem sobeja importância, dado orientar a utilização e fundamentar a existência de outros princípios que são decorrência

66 Gênesis 1: 26. BÍBLIA SAGRADA; Como explica, Jorge Miranda: “*É com o cristianismo que todos os seres, só por o serem e sem aceção de condições, são considerados pessoas dotadas de eminente valor.*”:J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 21.

67 Esta máxima decorre da *lei moral* através da qual, segundo o autor, seria possível resolver o problema da felicidade e do bem-estar social. IMMANUEL KANT – *Crítica da Razão Prática*, 3.^a ed, Tradução Rodolfo Schaefer, São Paulo, 2003, *em especial*: 140 e 141. Tal imperativo é referenciado também por Nietzsche, que elogia a descoberta da moralidade enquanto vetor de política realista. FREDERICO NIETZSCHE – *Para Além de Bem e Mal*, Tradução HERMANN PFLÜGER, Lisboa, 1987, 24 e 25.

68 J. REIS NOVAIS – *Os Princípios ...cit*, 51-64.

69 I. WOLFGANG SARLET – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2001, 60.

lógica do mesmo. Neste sentido, por ser o pavilhão da idéia de bem e moralidade na sociedade, enquanto tábua sobre a qual o Estado Social se alicerça, quando outros princípios de Estado de Direito são violados, a dignidade da pessoa humana também é afetada⁷⁰.

3.3.2. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Produto da Revolução Oitocentista e consequência da ruptura definitiva dos vínculos de vassalagem, o Princípio da Igualdade é exigência de qualquer Estado Democrático e do reconhecimento da dignidade humana inata aos cidadãos. Embora este princípio se tenha aperfeiçoado com o decorrer dos séculos e só tenha atingido o seu estado de maturação no pós Segunda Guerra, foi tratado por autores como Thomas More, quando de forma vanguardista afirma que *a dignidade real não está em reinar sobre mendigos, mas sim sobre homens livres e ricos* e chamava a atenção para os ensinamentos de Platão quando alertava que *a humanidade atingirá a felicidade perfeita no dia em que os filósofos forem reis e os reis filósofos*⁷¹.

Em Portugal, o Princípio da Igualdade consta do artigo 13.º da CRP e determina que todos são iguais perante a lei, impedindo discriminações. Em bom rigor, esta garantia resulta da dignidade humana, no sentido de que todos os seres humanos devem ser tratados igualmente pois são todos, passo a redundância, igualmente dignos de respeito.

Este comando tem duas vertentes, o direito a igual tratamento (*equal treatment*) e o direito ao tratamento como igual (*treatment as equal*). O primeiro é um direito a ter uma igual oportunidade, recurso ou encargo; o segundo é o direito de ser tratado com igual dignidade e respeito⁷².

70 Com argumentação coincidente: J. REIS NOVAIS – *Os Princípios ...cit.*, 63.

71 THOMAS MORE – *Utopia*, 3.ª ed, Tradução MARIA ISABEL GONÇALVES TOMÁS, Lisboa, 1995, 44 e 45.

72 Acerca das vertentes da igualdade: RONALD DWORKIN – *Taking ...cit.*, 227.

Em clara preocupação com a efetividade do princípio da igualdade no campo de restrição a direitos fundamentais, a Constituição Portuguesa, em seu artigo 18.º n.º 3, prescreve que as leis restritivas de direito têm de se revestir de carácter geral e abstrato.

A lei restritiva individual e / ou concreta, é aquela cujo os destinatários são determinados ou determináveis através da conformação da lei, ou então disciplina uma situação determinada ou determinável.⁷³ Portanto, uma norma com esta natureza fere não só o Princípio da Igualdade, como é uma afronta a referida regra constitucional.

O grande problema aqui é que o legislador *pode sempre escapar à proibição de emitir leis restritivas individuais e / ou concretas através de uma redacção dissimulada (...)* Nessas situações, o órgão de fiscalização acaba por se ver obrigado a prescindir do parâmetro de controlo do n.º3 do artigo 18.º. E é nesta altura que o Tribunal nega a natureza jusfundamental em causa e foge ao reconhecimento da sua natureza restritiva.⁷⁴

Deste modo, em razão da maneira como essas leis se dissimulam, uma lei restritiva, individual e / ou concreta, sob justificativas excepcionais e fortes, deve ser sujeita, como todas as leis deste tipo, a classificação em categoria suspeita e portanto submetida a um controle ainda mais forte e atento.

3.3.3. PRINCÍPIO PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

O Princípio da Proteção da Confiança, também conhecido como Segurança Jurídica, ainda que não seja expresso na Constituição, se retira da leitura do artigo 2.º da CRP e visa proteger as expectativas legítimas dos cidadãos. É corolário do Estado de Direito e neste sentido condiciona a atuação estatal.

73 Sobre a natureza das leis: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit.*, 454-455.

74 Explicitando a maneira como o legislador disfarça a natureza da lei em causa: J. REIS NOVAIS – *Os Princípios ...cit.*, 107 e 108.

Relativamente à proteção dos direitos fundamentais, desempenha um importantíssimo papel na medida em que proíbe a edição de leis restritivas retroativas.

Neste plano, diante da necessidade de um controle de constitucionalidade forte, em razão da natureza da lei, a busca de sentidos jurídicos capazes de garantir a natureza de trunfo inata a garantia fundamental torna-se essencial, pois sem essa garantia, sem a possibilidade de prever as atuações dos poderes públicos, no dizer de Jorge Reis Novais: “*o indivíduo converter-se-ia, com violação do princípio fundamental da dignidade humana, em mero objecto do acontecer estatal*”.⁷⁵

Em Portugal, a incidência desta garantia é ainda mais reforçada do que em outros sistemas jurídicos porque a CRP prescreve, em seu artigo 18.º, n.º 3, a proibição de edição de leis restritivas de direitos fundamentais retroativas. Todavia, a natureza das coisas e o ensinamento da história nos faz reconhecer que não é possível garantir uma inalterabilidade absoluta das várias situações jurídicas, pelo contrário, o próprio direito evolui e se modifica com a sociedade – ressaltamos aqui a já referida inaplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso.

O interesse público, a necessidade de proteção de valores constitucionalmente protegidos e a própria margem de conformação do legislador, podem pôr em causa a confiança legítima que um cidadão depositava na inalterabilidade de um quadro legislativo diante da eventual edição de uma lei restritiva retroativa. Por essas razões, consensualmente admite-se que seja possível o recurso à emissão de leis retroativas, todavia, sobretudo na delicada seara de garantias fundamentais, há uma clara preocupação com a rigidez de controle a que tal legislação deva ser submetida⁷⁶.

Esta retroatividade pode se dar através da *retroactividade*

75 J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit.*, 745.

76 Neste sentido, ainda: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit.*, 747.

inautêntica, por meio da incidência de uma norma sobre relações ou situações jurídicas anteriores àquela regulação, que pretenda surtir efeitos para o futuro (*eficácia ex nunc*); ou, quando uma norma pretende produzir efeitos jurídicos sobre o passado (*eficácia ex tunc*) afetando a situações existentes e decretando a sua validade e vigência a partir de um marco temporal anterior a sua entrada em vigor, o que constitui a *retroatividade autêntica*⁷⁷.

Diante da *retroatividade autêntica*, que produz efeitos *ex tunc*, não há muito espaço para ponderações, pois tendo em vista a gravidade de seus resultados a lei será, com uma grande probabilidade, inconstitucional por violação ao princípio da proteção da confiança. Não obstante esta decisão de inconstitucionalidade dependa, em bom rigor, da ponderação entre a segurança jurídica e outros valores que possam estar em causa na situação concreta⁷⁸.

Na *retroatividade inautêntica*, também conhecida como retrospectividade, a nova norma jurídica não pretende ter efeitos *ex tunc* mas invariavelmente acaba por atingir / restringir garantias jurídicas criadas no passado, acerca das quais os cidadãos têm expectativa de continuidade. Diante desta espécie retroativa de lei restritivas, como dissemos, a doutrina e a jurisprudência, têm-se inclinado para uma menor intensidade da incidência do princípio da proteção da confiança. Não significa isso que o crivo do princípio da confiança seja dispensável. Todavia, diante da problemática, deverá ser desenvolvida uma retórica argumentativa que torne o alcance do princípio da proteção da confiança mais transparente e o risco de subjetivismo da decisão judicial menor⁷⁹.

A realidade Constitucional prende-se, no mais das vezes, com *casos difíceis*, sobretudo no campo de restrições aos direi-

77 Sobre este ponto: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 261 e 262.

78 Com argumentação neste sentido: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 747.

79 Acerca dos graus de retroatividade das leis: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 261 e 262.

tos fundamentais. Assim sendo, a maior parte dos casos de leis restritivas configura-se como uma *retroactividade inautêntica*. Estas situações, especialmente quando envolvam garantias fundamentais, reclamam a salvaguarda do princípio da proteção da confiança. Com efeito, este controle dependerá em última instância da ponderação do juiz entre os interesses que pretendem justificar a restrição e permanência de uma situação sobre a qual os cidadãos tenham uma legítima expectativa.

3.3.4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

A moderação sempre foi prescrita pelos homens sábios e anciãos das várias civilizações, e os Romanos já diziam *virtus in media stat*. Com efeito, as sociedades atuais, que atingiram um padrão de bem-estar elevado para as suas populações, são pautadas por estabilidade e segurança.

O Princípio da Proibição Excesso ou simplesmente Princípio da Proporcionalidade em sentido lato, tem origem no pós segunda guerra como instrumento de limitação do poder. Trata-se de um padrão de razoabilidade e racionalidade da lei e legitimação da própria ordem constitucional, pois como salienta Aristóteles “*Nas aristocracias e governos constitucionais a injustiça das classes governantes pode conduzir à revolução, mas isso se dá com menor frequência nos governos constitucionais.*”⁸⁰

Diante das restrições a direitos fundamentais, a aplicação deste parâmetro de controle assume carácter decisivo e é de observância fundamental, pois ainda que passe pelos crivos anteriormente referidos, é necessário que a afetação do direito fundamental em questão não seja excessiva, sob pena de atingir o núcleo essencial de existência da garantia.

Com efeito, o que se deve fazer para que haja um contro-

80 ARISTÓTELES – *Política*, Tradução PEDRO CONSTANTIN TOLENS, 6.ª ed, 9ª Reimpressão, São Paulo, 2013, 44.

le realmente rigoroso, é o controle da proporcionalidade da medida restritiva, comparando os benefícios e sacrifícios produzidos pela medida⁸¹. Em rigor, a análise deste princípio se dá em três fases, passando pelo filtro de três subprincípios, são eles: o Princípio da Aptidão / Adequação, que consiste em analisar se a média é apta ou não para atingir o fim desejado; o Princípio da Necessidade / Indispensabilidade, que determina que diante de duas medidas igualmente aptas, deve-se optar pela que imponha menos sacrifícios; e pelo Princípio da Proporcionalidade em sentido estrito, que analisa se uma medida, apesar de ser apta e necessária, quando se analisam benefícios e sacrifícios, é ou não desproporcional.

O controle de constitucionalidade deve, em cada uma das fases ou análises dos subprincípios, verificar se haveria uma possível medida alternativa para a situação. Em rigor, só assim é possível verificar os benefícios e sacrifícios marginais de uma medida, e, conseqüentemente, fazer um controle eficaz de proporcionalidade que o tema impõe⁸².

Ainda nesta perspectiva, a Constituição Lusa determina que as restrições devem respeitar o núcleo essencial do direito, mas então pergunta-se: qual é o conteúdo do núcleo essencial? Quanto a esta delimitação, em resposta, a doutrina divide-se em teoria objetiva e subjetiva do núcleo essencial.

A teoria objetiva considera que o núcleo essencial deve referir-se a norma expressamente prevista de direito fundamental, e não a posição individual concreta do sujeito de direito, ou seja, visa assegurar a eficácia do direito na sua totalidade; a teoria subjetiva, ao seu turno, preocupa-se com a posição jurídica concreta do particular, corroborando o entendimento de que, em caso algum, o direito subjetivo de uma pessoa pode ser sacrificado a ponto de deixar restar esvaziado de significado⁸³.

81 Sobre a melhor forma de fazer a ponderação: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais e Justiça ...cit*, 128.

82 J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais e Justiça ...cit*, 128-133.

83 Neste sentido: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 458-459.

Se, na fiscalização da medida restritiva, o juiz adotar exclusivamente a teoria objetiva, somente as restrições que ponham em causa de forma incontroversa a dignidade humana serão declaradas inconstitucionais e isso geraria um direito constitucional do mínimo que é contrário a natureza fundamental dos direitos em análise, uma vez que estes reclamam uma realização o mais completa e ótima possível. Igualmente, se tiver em conta somente a teoria subjetiva, o juízo seria irrealista, dado que os direitos fundamentais têm existência na comunidade como um todo. Portanto, o juiz deve ter em conta, para efeitos de aferição de constitucionalidade, as duas teorias do núcleo essencial. Ou seja, deve ter em atenção a função e sentido global do direito fundamental, bem como a dimensão subjetiva e individual destas garantias. Com efeito, uma aniquilação de um direito fundamental, seja na sua totalidade ou na sua dimensão individual, afeta o núcleo essencial e a restrição, *ceteris paribus*, deve ser considerada inconstitucional.

3.4. AS MARGENS DO JUIZ DIANTE DO CASO EM ANÁLISE

Traçado o regime geral de controle de constitucionalidade frente às restrições de direitos fundamentais, com foco central no direito à retribuição, importa agora verificar qual a margem do juiz, frente às restrições operadas pelas últimas três Leis de Orçamento de Estado em Portugal.

Tendo em vista a consagração da garantia à retribuição prevista no artigo 59.º, em forma de norma princípio, constatamos que, diante do caso concreto envolvendo uma afetação negativa deste direito, a margem do juiz varia de acordo com a natureza do dever estatal envolvido.

Em decorrência, pela maneira como foi suscitada a fiscalização das leis de OGE, o que está em causa é a perspectiva negativa do direito fundamental à retribuição. Por tal, o Estado

incumpriu *o dever de respeito*, na medida em que interferiu quando deveria se abster; bem como *os deveres de promoção e de proteção*, pois afetou negativamente posições jurídicas anteriormente promovidas, uma vez que, quando o Estado realiza positivamente um direito, surge automaticamente um direito negativo de que o Estado não afete as medidas de proteção e promoção efetuadas⁸⁴.

De fato, o que se suscita nos pedidos de fiscalização, não é uma ação positiva por parte do Estado, através de uma melhoria das condições já existentes, ou a atuação legislativa, mas o que se reinvidica é a manutenção de um grau de concretização já existente e a não interferência do Estado no grau já obtido.

Se só estivesse envolvido o dever de respeito as margens de controle do juiz seriam plenas. Porém, e tendo em vista as perspectivas negativas dos deveres de promoção e proteção, na medida em que as aludidas leis afetam negativamente as posições anteriormente atribuídas, a *margem do juiz resta um pouco diminuída*, pois o legislador beneficia-se aqui da atenuação da densidade do controle judicial, que decorre das reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível.

Por isto, apesar de ser constitucionalmente aberta, o fato é que, no que concerne ao direito de retribuição, o legislador ordinário já fixou contornos do âmbito de proteção que integram a garantia fundamental e portanto a norma já não é assim tão indeterminada e aberta.

Além disso, como referimos inicialmente, há uma série de documentos internacionais que regulam a matéria e que, por força do artigo 16.º da CRP, o legislador é obrigado a observância. Significa isso que o controle do juiz deve ser forte, pois esse direito não é assim tão indeterminado quanto se parece a partida.

Partindo da premissa que a Constituição não prevê ne-

84 J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 282-301.

nhuma autorização de restrição expressa ao direito à retribuição, após a verificação do âmbito de garantia fundamental, um controle eficaz e correto, passaria por verificar a justificação, nos moldes já referidos, levando em conta as reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível, e por fim fazer a análise dos *limites aos limites*.

Entretanto, é importante referirmos que a ativação destas reservas só tem impacto sob as justificações, diminuindo a densidade de controle do juiz sobre aquelas, pois além das razões constitucionais que podem ser alegadas para a medida restritiva, neste caso, também pode haver argumentos de razões políticas e financeiras. Com efeito, em função do princípio da separação de poderes, não cabe ao juiz a verificação da existência ou não de recursos financeiros, nem tampouco definir a melhor maneira de alocação destes recursos, mas é sua função verificar se a justificativa de dificuldade financeira é suficientemente relevante do ponto de vista da prossecução do interesse público para fazer ceder o direito em causa⁸⁵.

Diversamente, no que se refere ao controle propriamente dito, nada muda, pois ainda que a ativação destas reservas constitua justificação apta para a restrição do direito em nome do interesse público, a sua aceitação não dispensa a submissão da restrição aos parâmetros dos princípios estruturantes⁸⁶.

Finalmente, diante do padrão ideal de controle traçado, importa agora estudar criticamente o processo de tomada de decisão e qual o posicionamento adotado pelo Tribunal Constitucional na fiscalização de constitucionalidade feita frente as mais recentes restrições em matéria retributiva, operadas pelas últimas três leis de orçamento de estado do Governo Português.

4. AS RESTRIÇÕES EM MATÉRIA RETRIBUTIVA NO

85 Acerca da reserva do financeiramente possível e os limites da separação de poderes: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 115-122.

86 J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais ...cit*, 292.

ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – BREVE ANÁLISE ÀS FISCALIZAÇÕES DOS ORÇAMENTOS DE ESTADO DE 2011, 2012 E 2013 PELO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

O enquadramento do regime da matéria retributiva no ordenamento constitucional Português e a análise do sistema de garantia deste direito fundamental frente às restrições, reclamam, para que a matéria fique melhor elucidada do ponto de vista da sua aplicação prática, uma análise do posicionamento da Corte Constitucional Lusa, através do estudo crítico da jurisprudência deste Tribunal perante a problemática.

Beneficiando-nos do momento histórico que Portugal vive, e por entendermos, ancorados na idéia de trunfos, que é justamente em situações sensíveis, como a que a sociedade civil portuguesa atualmente experiencia, que a esfera dos direitos fundamentais deve ganhar mais relevo, para enriquecer a temática das margens do juiz frente às restrições dos referidos direitos, faremos uma análise breve das três últimas leis de OGE e das suas respectivas fiscalizações pelo Tribunal Constitucional.

Por meio deste exercício, o que se pretende é perceber qual a lógica usada pela Corte Constitucional para julgar os *casos difíceis* envolvendo direitos fundamentais; verificar se a fiscalização de constitucionalidade é ou não satisfatória à luz dos parâmetros constitucionais, que foram apontados nos capítulos anteriores; e, finalmente, constatar se os direitos fundamentais estão a ser levados a sério ou, pelo contrário, se estão sendo tratados como se fossem “um direito qualquer”.

4.1. CONTEXTO ECONÔMICO

O problema da crise, brevemente referido na nossa nota introdutória, tornou-se um termo banalizado e constantemente

ouvido pelos diferentes públicos da nossa sociedade. Não merece aqui refutar se, de fato, o termo crise é bem utilizado no contexto atual. É, no entanto, válido reconhecer números econômicos que mostram ausência ou desaceleramento do crescimento do PIB, um elevado défice financeiro, escassez de liquidez, elevado desemprego na população ativa, entre outros fatores, que, tomados como um todo, obrigaram Portugal a recorrer a um pedido de ajuda externa, o qual implicou a assunção de condições e a assinatura de uma série de documentos acerca da concessão de ajuda à Portugal⁸⁷, que tinham implícitas as expectativas dos credores referentes a Portugal naquele dado momento.

Não é igualmente nosso objetivo verificar se a assinatura dos documentos de condicionalidades econômicas, decorrentes do empréstimo concedido à Portugal, seguiu ou não os parâmetros estabelecidos constitucionalmente, pois essa matéria é estranha ao nosso âmbito de estudo. Com efeito, não consideramos sequer a possibilidade do não cumprimento das condições acordadas e do não pagamento da dívida. Partimos antes do pressuposto de que estes memorandos são vinculativos para o Estado Português, na medida em que se fundamentam em instrumentos de Direito Internacional e de Direito da União Europeia, os quais são reconhecidos pela Constituição, desde logo no artigo 8.º, n.º 2.

As circunstâncias reais, com as quais o Estado Português tem de lidar no dia-a-dia para a governação deste país, passam necessariamente pela imposição dos credores de várias medi-

87 Entre os documentos estão: *Programa de Estabilidade e Crescimento*, apresentado pelo Governo a 16 de Março de 2010, conhecido como PEC I, e que inaugurou a fase de austeridade; O *Programa de Estabilidade e Crescimento*, PEC II, anunciado a 13 de Maio de 2010; o PEC III, apresentado em 29 de Setembro de 2010, com medidas para integrar o Orçamento de Estado de 2011; e o PEC IV, anunciado em 11 de Março de 2011; bem como os Memorandos assinados com o BCE, FMI e Comissão Europeia, dentre os quais merece destaque o Memorando da Troika. Atualmente o Governo está sujeito ao Plano de Assistência Económica e Financeira (PAEF), que tem duração prevista até 2014.

das como condição para o cumprimento faseado dos empréstimos concedidos. Assim, têm impacto sobre a garantia retributiva em apreço, a imposição de flexibilização da legislação do emprego e redução de despesa pública.

Concomitantemente, a matéria de retribuição sofreu uma série de alterações desde 2011, decorrentes não só das leis que vamos referir, mas também em virtude das últimas modificações feitas ao Código do Trabalho de 2009, que não terão aqui espaço de análise, por se tratarem de disposições relativas ao setor privado do Estado.

Neste campo orçamental, nos interessa somente a matéria retributiva, pois é através deste estudo que responderemos as questões inicialmente colocadas. Portanto, não faremos à análise dos acórdãos na íntegra, mas somente das partes que correspondem ao controle da restrição ora em foco. Para além da exclusão de questões de segurança social e fiscais, não faremos igualmente menção a questão da redução do acréscimo da retribuição por trabalho suplementar e aos abonos dos magistrados, dado a natureza complementar remuneratória e não retributiva destas parcelas. *Com foco exclusivo na natureza retributiva, cumpre-nos analisar os cortes nos vencimentos e a suspensão dos subsídios de Férias e de Natal.*

No que diz respeito às alegações de ordem processual, limitar-nos-emos a relatar aquilo que foi o entendimento da Corte e portanto não faremos apreciação crítica do assunto. Com relação às discussões de direito material retributivo, como não poderia deixar de ser, serão feitas em lugar próprio, ou seja, no final da síntese de cada decisão.

4.2. LEI OGE 2011 E O ACÓRDÃO DO TC N.º 396/2011⁸⁸

A Lei 55-A/2010, que aprovou o orçamento de Estado

88 A lei está disponível em: www.dre.pt ; o Acórdão em: www.tribunalconstitucional.pt .

para 2011, veio propor um orçamento que continha reduções remuneratórias de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas⁸⁹. Estas reduções, afetavam os rendimentos totais ilíquidos dos funcionários públicos com vencimento superior a 1500 euros e variavam de 3,5% a 10% sobre o valor total das remunerações⁹⁰.

Como justificativa, o governo afirmou que tais reduções se inseriam num "contexto de excepcionalidade" não visando qualquer tipo de retrocesso social, mas sim o cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento, a manutenção e sustentabilidade do Estado Social e a assunção das responsabilidades e dos compromissos do Estado português, pelo que haveria um interesse público geral nas medidas. E neste sentido, dado que os funcionários públicos teriam maior estabilidade de emprego e em média maiores remunerações, caberia a este grupo social um maior sacrifício.

Um grupo de deputados requereu a inconstitucionalidade dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da aludida lei, relativos as reduções remuneratórias, com o argumento de que tais disposições do

89 São atingidos: titulares de órgãos de soberania, dos demais órgãos constitucionais e de cargos públicos, os militares das Forças Armadas e da Guarda Nacional Republicana, os gestores públicos e equiparados, e os trabalhadores na Administração central, regional e local do Estado, bem como em empresas, fundações e estabelecimentos públicos. Além dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público.

90 Artigo 19.º: “*Redução remuneratória :1 — A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos: a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000; b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165; c) 10 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 4165.*” O artigo 20.º e 21.º, alteram os Estatutos dos Magistrados Judiciais e do Ministério Público, reduzindo as remunerações nos termos do artigo 19.º e, em 20%, os subsídios de fixação e compensação dos trabalhadores regidos pelos referidos estatutos. Lei 55-A/2010, disponível em: www.dre.pt

orçamento afetariam o Princípio do Estado Democrático de Direito, na vertente do Princípio da Proteção da Confiança; o Princípio da Igualdade; o Princípio da Irredutibilidade Salarial; que violaria o direito de participação na elaboração da legislação, por não ter sido precedida de audição das entidades representativas dos trabalhadores; e que, em razão da vigência indeterminada, haveria uma afronta inconstitucional da lei ao direito fundamental.

O Tribunal Constitucional, ao seu turno, em sede de fiscalização através do acórdão n.º 396/2011, decidiu pela não inconstitucionalidade das normas, com apenas três votos contrários, cujo teor passamos a expor na ordem em que foi analisado pelo tribunal.

Relativamente à alegação de vigência indeterminada das normas, pois não vinham acompanhadas de cláusula de temporalidade, os magistrados entenderam que o requerimento não deveria prosperar, pois estando na lei de orçamento, as medidas se revestiam de carácter orçamental e neste sentido tinham vigência e regime correspondente. Com efeito, entendeu-se que o instrumento legal não necessitaria de conter cláusula de temporalidade, pois o seu termo é definido constitucionalmente no artigo 106.º, n.º1 da CRP e não pode ter duração que não seja a anual. Não consubstanciando assim inconstitucionalidade daí decorrente.

No que tange à suposta falta de participação das organizações representativas dos trabalhadores na elaboração da lei, o entendimento da Corte Constitucional foi de que não havia qualquer vício formal de procedimento neste sentido. Segundo o posicionamento desta jurisdição, através da publicação da proposta da lei, bem como por meio da comunicação da mesma às organizações sindicais e estruturas representativas dos trabalhadores da administração pública, cumpriu-se o procedimento de audição que o artigo 54.º, n.º5, alínea *d*) e 56.º, n.º2, alínea *a*) impõe – pelo que a alegação de inconstitucionalidade, em

consequência deste fundamento, não prosperou.

Ultrapassadas as questões processuais, o Tribunal começa a análise de forma desastrosa e afirma: “*Não consta da Constituição qualquer regra que estabeleça a se, de forma directa e autónoma, uma garantia de irredutibilidade dos salários. Essa regra inscreve-se no direito infraconstitucional. (...) uma coisa é o direito à retribuição, outra, bem diferente, é um direito a um concreto montante dessa retribuição.*”⁹¹ Pelo que, no entendimento sufragado, a intocabilidade salarial, não está abarcada no âmbito de proteção do direito, e portanto uma redução do *quantum* remuneratório não se traduz, na visão dos juízes do Palácio Ratton, em uma afetação ou restrição do direito.

Para além disso, afirmam os conselheiros, que ainda que a garantia da irredutibilidade conste de norma infraconstitucional, esta não é absoluta, pois o artigo 129.º, n.º1 do CT 2009 e a alínea *d*) do artigo 89.º do RCTFP, proíbem que a entidade empregadora diminua arbitrariamente o quantitativo da retribuição, mas os próprios instrumentos e os IRCT podem prever exceções.

De resto, uma vez garantido o mínimo, o entendimento do Tribunal defendido nesta decisão, é de que a irredutibilidade não é uma exigência da dignidade humana e por isso, uma vez que as reduções só atingiam retribuições superiores a 1500 Euros, não se poderia falar em inconstitucionalidade por violação da garantia retributiva.

Em uma fase seguinte, os membros do Tribunal passam então à análise do Princípio da Proteção da Confiança. Nesta dinâmica, em consonância com a jurisprudência estabilizada nesta matéria, o princípio é resumido a duas vertentes: expectativa legitimamente fundada e ponderação entre os interesses frustrados e o interesse público que justifica a medida.

Com relação à verificação das expectativas, os magistra-

dos reconhecem que a redução remuneratória não cai na zona de previsibilidade e portanto frustram as expectativas fundadas das pessoas pagas por dinheiro público, pelo que o primeiro requisito de afronta ao princípio resta preenchido. Porém, na visão desta Corte, é na ponderação entre as expectativas fundadas e o interesse público, que a medida viola ou não o princípio.

Neste caso, conseqüentemente, a frustração das expectativas legítimas obtiveram o aval constitucional, pois na lógica interpretativa do Palácio Ratton, o interesse público, na problemática em apreço, se reveste de especial importância nacional e deve ser tido por prevalecente. Entretanto, para averiguar se a medida produzia uma afetação proporcionada da posição de confiança, seguiram com a análise do Princípio da Proibição do Excesso.

Diante do Princípio da Proporcionalidade em sentido lato, os conselheiros “caíram” no vício da doutrina portuguesa de fazer uma verificação sucessiva dos subprincípios e se limitarem a um critério de evidência.⁹² Foi assim que consideraram a medida apta para atingir o fim, por fazer face à situação de déficit; relativamente à necessidade, remeteram a questão para o Princípio da Igualdade, para verificar se uma medida alternativa poderia ser adotada; e, por fim, consideraram que a medida, por ser indispensável, não era excessiva.

Finalmente, diante do Princípio da Igualdade, a Corte Constitucional Portuguesa considerou que: “*quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os restantes cidadãos, pelo que o sacrifício adicional que é exigido à essa categoria de pessoas não consubstancia um tratamento injustificadamente desigual.*”⁹³

Com a interpretação assim estabilizada, consideraram

92 Defendendo que o controle não deve se resumir a um controle sucessivo da observância dos vários princípios, mas sim por meio de uma lógica de comparação de medidas: J. REIS NOVAIS – *Direitos Fundamentais ...cit*, 129-133.

93 Página 22 do Ac. n.º 396/2011 do TC.

que, não havendo razões de evidência em sentido contrário, os sacrifícios adicionais impostos a esta categoria, tendo em vista a transitoriedade das medidas e montantes afetados (somente acima de 1500 euros), colocavam a Lei de OGE dentro dos “limites do sacrifício”.

Em sentido contrário, votaram os Conselheiros Carlos Pamplona de Oliveira, José Cunha Barbosa e João Cura Mariano.

O primeiro entendeu que, apesar de haver um interesse público protegido constitucionalmente, a justificação da medida não encontrava relação com as normas, pois não existia relação entre o interesse da generalidade dos cidadãos e o sacrifício imposto somente a uma classe de pessoas, pelo que a medida violava o Princípio do Estado Democrático conjuntamente com o Princípio da Igualdade.

José Cunha Barbosa, por sua vez, entendeu que tratava-se de inconstitucionalidade por violação do Princípio da Igualdade, pois, para o Conselheiro, o interesse público geral deve ser prosseguido por todos que se encontrem em mesma situação remuneratória, sob pena de discriminação negativa.

João Cura Mariano, entendeu que as medidas afrontavam o Princípio da Proteção da Confiança, argumentando que a medida não preenchia o requisito da necessidade em relação ao meio escolhido e entendendo que, em que pese o interesse público, a medida utilizada deveria ser mais benigna atingindo a todos os cidadãos.

4.2.1. ANÁLISE CRÍTICA

4.2.1.1. QUANTO À VIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ORÇAMENTO

A lei em questão, na medida em que atinge situações jurídicas garantidas no passado, relativamente às quais os traba-

lhadores, ora atingidos pela medida, possuíam expectativa de manutenção, sobretudo se analisarmos os aumentos consecutivos dos salários desta categoria ao longo dos anos, é de se caracterizar como lei restritiva retroativa.

Apesar de haver uma aceitação de um certo grau de *retroatividade inautêntica* desta categoria de leis pela doutrina e jurisprudência⁹⁴, a natureza da medida, para além de um controle de constitucionalidade forte, exige uma observância às regras de aplicação de lei no tempo – confirmação do direito em vigor, entrada gradual da nova lei em vigor, dilatação do intervalo entre leis, entre outras medidas de salvaguarda da segurança jurídica – e este é o posicionamento da doutrina majoritária: “*entre a permanência indefinida da disciplina jurídica existente e a aplicação incondicionada da nova normação existem condições soluções de compromisso plasmadas em normas ou disposições transitórias*”⁹⁵. Com efeito, olvidaram-se os juízes desta imposição decorrente da garantia fundamental.

Não é presumível, como pretendeu o TC, que estas restrições tenham duração de um ano, aliás, o que se veio a confirmar nos anos seguintes é que as restrições não só manteram-se, como agravaram-se. Ao nosso ver, o juízo acerca da vigência destas normas foi insuficiente e partiu de uma presunção falaciosa.

4.2.1.2. QUANTO À NATUREZA FUNDAMENTAL DO DIREITO EM QUESTÃO

Não resistimos a adiantarmo-nos no resumo da decisão quanto ao nosso posicionamento, pois a decisão, de fato, começa de uma forma desastrosa e incompreensível para aqueles

94 Sobre a proibição da retroatividade de leis restritivas ver *Ponto 3.3.3.* deste trabalho.

95 Acerca do regime aplicável às leis restritivas retroativas: J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit.*, 257-266.

que supostamente são os Guardiões da Constituição. Afirmar que a irreduzibilidade de retribuição não é uma dimensão garantística contida no âmbito de proteção do direito à retribuição é negar a própria Constituição e a existência de direitos fundamentais.

Os Conselheiros partem de uma concepção restritiva da previsão normativa dos direitos fundamentais. Consequentemente, fazem parecer que não há, em realidade, restrição, pois esta seria somente uma restrição aparente, dado que o conteúdo sobre o qual incide não era abarcado, à partida, pela proteção jusfundamental. Esta não é uma solução adequada, pois com essa concepção só restariam protegidas as modalidades de exercício de direito que integrassem o núcleo essencial do direito. Com efeito, esse exercício teleológico é redutor e incompatível com a função que deveriam desempenhar.

Em rigor, diante da negação da natureza fundamental da problemática em questão, não se reconhece o carácter da lei em apreço. Nesta medida, a decisão começa muito mal e os efeitos são ainda mais nocivos, *pois o TC não trata do tema do ângulo do Direito Fundamental à Retribuição*. O problema da Lei 55-A/2010, como demonstramos ao longo deste estudo, é um problema de restrição ao direito fundamental a retribuição e por isso mereceria um controle extremamente forte de constitucionalidade.

Negar que a atividade feita pelo legislador em sede de concretização integra o conteúdo do direito é uma visão restritiva do mesmo e um vício de formalismo que só prejudica a consagração constitucional do direito. Nenhuma constituição pode prever todas as situações possíveis, do que decorre que a delimitação ou regulamentação do direito fundamental pelo legislador ordinário integra o conteúdo e a norma de direito fundamental. Aliás, por força da cláusula aberta do artigo 16.º n.º1 da CRP, se aquela ampliação for revertida, então a atuação

do legislador converte-se em restrição.⁹⁶

A legislação infraconstitucional nesta matéria, CT 2009 e RCTFP, é concretização do direito fundamental e garante a irredutibilidade da retribuição. Tanto é assim, que a própria doutrina laboral fala em princípio da irredutibilidade de retribuição. Portanto, se a quantidade, a natureza e a qualidade do trabalho se mantêm, como ocorre neste caso concreto, então a retribuição também tem de ser a mesma. Em bom rigor, esta relação de correspondência entre o montante retributivo e o tempo de trabalho é exigência constitucional do artigo 59.º, n.º1, alínea *a*), na medida em que garante *a retribuição do trabalho, segundo a quantidade, natureza e qualidade*.

Da mesma maneira, a exigência de uma Retribuição Justa, consta não só do artigo. 127.º, n.º1, *b*) do CT 2009 e do artigo 87.º do RCTFP, mas também do artigo 7.º do PIDESC e do artigo 4.º da Carta Social Européia. Pelo que, nos termos da cláusula aberta do artigo 16.º, n.º1 da CRP, a retribuição justa, conforme quantidade de trabalho prestado, pode ser tida como Direito Fundamental⁹⁷. E, nas palavras de Vieira de Andrade, *“a tutela jurídica dos direitos fundamentais realiza-se, portanto, através de todos os ramos de direito.”*⁹⁸

Neste sentido, como afirma Jorge Leite, ao comentar o presente acórdão: *“A eventual inconstitucionalidade das normas em análise não se esgota, na verdade, na resposta à questão da existência de norma constitucional expressa que proíba a sua redução. À semelhança do que sucede com todas as medidas restritivas dos direitos fundamentais, haverão de ser as sujeitas aos sucessivos testes de constitucionalidade”*⁹⁹.

96 Neste sentido: J. REIS NOVAIS – *Direitos Sociais...cit*, 154; J. MIRANDA – *Manual ...cit*, 313. J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 338 e 339.

97 Acerca do conjunto normativo que limitam a redução das remunerações: G. DA FONSECA – *Anotação ao acórdão 396/2011 do Tribunal Constitucional*, in: J. BACELAR GOUVEIA (Dir), *Revista de Direito Público*, Ano II, N.º6, JUL/DEZ 2011, 271, 269- 278.

98 J.C. VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais ...cit*, 313.

99 J. LEITE – *Estatuto Constitucional do Salário: Considerações a propósito do*

O Tribunal, porém, faz parecer que, por permitir exceções, o princípio da irredutibilidade não é de observância obrigatória. Todavia, nos casos excepcionais em que é permitida a redução do montante retributivo, esta vem comumente acompanhada da correspondente redução do tempo de trabalho¹⁰⁰.

O que criticamos não é o fato de o Tribunal considerar que o direito deve ser submetido à análise dos princípios estruturantes, para a verificação da constitucionalidade da restrição. Ao nosso ver, o que aqui é absurdo é a Corte não considerar sequer que o que está em causa é um direito fundamental e uma restrição a este. Ou seja, o problema não foi tratado de início da maneira correta. Neste caso, estamos sim diante de um direito fundamental¹⁰¹ e, portanto, tal instrumento legislativo deve ser tratado como aquilo que é: uma restrição a um direito fundamental. Com efeito, somente em uma fase seguinte, depois de estabilizados os referidos pressupostos, e após a verificação da justificação, é que deveria ser realizada a análise dos filtros estruturantes.

4.2.1.3. QUANTO À JUSTIFICAÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA

No momento de analisar a justificação da medida restritiva, como consequência do não reconhecimento da natureza fundamental do direito, o TC acabou por se limitar a fazer um juízo de evidência amparado em um critério de arbitrariedade.

Diante de um direito fundamental, enquanto armadura

Artigo 19.º da Lei 55-A/2010, in: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Org.) O Memorando da Troika e as Empresas, Congresso 10 anos do IDET, Coimbra, 2012, 163 e 164, 161-179.

100 Relativamente ao princípio da irredutibilidade de retribuição, bem como as situações em que é permitida a redução da retribuição veja-se: ponto 1.4.3. deste trabalho.

101 Ao não ser tratada como direito fundamental, a garantia retributiva perde também a natureza de trunfo, e consequentemente o direito fica à partida mais fraco.

contra intervenções contra maioritárias que é, a justificação para a sua restrição se submete a uma série de requisitos. No caso em análise, estamos diante de uma restrição não constitucionalmente autorizada. Quando isto acontece, dada a natureza da afetação, a justificativa utilizada tem de ser forte, coerente, constitucionalmente amparada e ter relação com a medida utilizada¹⁰².

Se os conselheiros do Palácio Ratton tivessem delimitado o âmbito de proteção do direito de forma correta e, consequentemente, tratado a lei em questão como uma restrição a um direito fundamental, então este controle teria sido muito mais denso. E, em consonância, verificar-se-ia que a justificativa apresentada pelo Governo não era idônea para suportar as razões de aplicação da medida restritiva.

A maior estabilidade de vínculo laboral e uma maior média de remunerações dos trabalhadores do setor público, apresentadas como justificativa da medida, não tem relação lógica com os cortes retributivos para a satisfação de um interesse geral. Ora, se a justificativa é a maior estabilidade, então essa é outra questão que decorre do direito de segurança no emprego e não do direito à retribuição.

Do mesmo modo, o argumento de maior média de vencimentos não é suficiente, pois há variadíssimas situações em que o trabalhador do setor público aufere uma menor retribuição do que o que está na iniciativa privada. Neste sentido, não sendo idônea a justificação, a medida restritiva já não poderia passar pelo crivo constitucional, por não ser apta para justificar a restrição de um trunfo. E, já nesta fase, ao nosso ver, deveria ter sido “chumbada”.

4.2.1.4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

102 Acerca de como deve ser feita a análise das justificações pelo TC, ver ponto 3.2.2 deste trabalho.

Com relação a análise do Princípio da Proteção da Confiança, ainda que identificando as expectativas dos trabalhadores como legítimas, entendeu-se que o interesse público deveria prevalecer. Para nós, pelas mesmas razões apontadas pelos votos vencidos, a medida afronta não só a Proteção da Confiança, mas também os Princípios da Proibição do Excesso e da Igualdade¹⁰³.

O interesse público de diminuição do déficit que o Tribunal considerou ser fulcral e de premente, existe sim, entretanto e nos dizeres de Guilherme da Fonseca: “*não é um dogma que devemos respeito e observância*”¹⁰⁴, como incorretamente pretendeu o Tribunal. Aliás, o direito fundamental adquire muito mais facilmente essa natureza.

A lei em apreço, dada a sua natureza restritiva e retroativa, carecia de um controle muito mais cuidado no que se refere a manutenção de expectativas legítimas desta categoria de pessoas. Ademais, tendo em vista que se dirige a uma situação passada e determinável, incorre também, esta lei na proibição do artigo 18.º, n.º 3 da CRP, violando assim a proibição de lei não geral e / ou abstrata¹⁰⁵.

4.2.1.5. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Para reduzir o déficit público, o governo tem ao seu dispor, um vasto conjunto de recursos e formas de alocação, possíveis e eficazes. Ao contrário do que alguns possam pensar e afirmar, não se trata de situação de exceção do direito¹⁰⁶, mas é

103 Considerando o artigo 19.º inconstitucional por violação do Princípio da Igualdade: J. LEITE – *Estatuto ...cit*, 179, 161-179; e L. M. T. MENEZES LEITÃO – *Anotação ao acórdão 396/2011 do Tribunal Constitucional*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 71, Vol. IV, Out/Dez 2011, 1284, 1279- 1285.

104 G. DA FONSECA – *Anotação ...cit*, 273, 269- 278.

105 Afirmando que, na medida em que as leis retroativas incidem sobre situações determinadas, tais instrumentos ferem também a proibição do artigo 18.º n.º 3 da CRP: J. REIS NOVAIS – *As Restrições ...cit*, 748.

106 Apontando a forma como o Governo e o poder da Troika têm se comportado

especialmente nestes momentos que os direitos fundamentais devem ser ainda mais protegidos. *Porém, para o Tribunal, não esteve em causa um direito fundamental!*

Por isso, no que tange ao Princípio da Proibição do Excesso, a verificação deveria ter sido feita comparando benefícios e sacrifícios de medidas alternativas. Pois não restam dúvidas de que a medida em foco seja apta para atingir o fim desejado. Todavia, com relação a indispensabilidade do meio escolhido, não se pode afirmar o mesmo, tendo em atenção que o governo teria outras formas de redução do déficit, por meio do aumento da receita, reorganização do trabalho ou de outras formas de redução de despesa, que não impusessem tantos sacrifícios e de forma discriminatória somente a uma categoria de cidadãos.

Com relação à proporcionalidade em sentido estrito, corrobora o mesmo posicionamento, pois ao compararmos benefícios e sacrifícios, essa medida se revela desproporcionada para um determinado grupo de trabalhadores que é sacrificado para um benefício geral que se dispersa *quase* uniformemente por toda a sociedade; sendo certo que este benefício poderia ser alcançado de uma forma mais justa e partilhada.

4.2.1.6. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O tribunal faz um controle do Princípio da Igualdade sob o prisma, mais uma vez, da arbitrariedade. Com efeito, considera que só afronta a igualdade a diferenciação que não for justificada e portanto for arbitrária. Contudo, casos que envolvem direitos fundamentais, devem ter uma análise muito mais profunda deste princípio. Esta obrigação foi incumprida pelos juízes em decorrência da incoerência dogmática tomada como

com base na presumível legitimidade do estado de exceção, discordando das medidas adotadas e criticando fortemente o atual estado do Direito Português da Austeridade: A. CASIMIRO FERREIA – *Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*, Porto, 2012, 67.

pressuposto do julgamento, ao não considerarem a garantia como fundamental.

De fato, esta medida de corte da despesa ofende claramente o Princípio da Igualdade, uma vez que a observância do corolário dos Estados Democráticos, impõe que os encargos ou restrições dessa natureza, sejam devidos de maneira igual pelos cidadãos.¹⁰⁷ Em rigor, trata-se de uma lei individual e concreta, porquanto aplica-se a uma situação determinada. Contudo, o legislador escapou à proibição de emissão de leis restritivas individuais e / ou concretas, através de uma redação dissimulada, e o Tribunal, por seu turno, negou a natureza jusfundamental em causa e fugiu ao reconhecimento da sua natureza restritiva. Uma lei com esta natureza fere não só o Princípio da Igualdade, como é uma afronta a referida regra constitucional¹⁰⁸.

A Constituição é universal e portanto o seu conteúdo dirige-se a todos os cidadãos e, derivadamente, a norma do artigo 59.º dirige-se a todos os cidadãos que trabalhem, independentemente do setor onde o façam. Da mesma forma, a garantia jusfundamental da retribuição, é um trunfo de *todos aqueles mesmos* cidadãos em razão da igual dignidade humana. Em consequência, o corte dirigido de forma exclusiva aos trabalhadores da administração pública, nos moldes em que foi feito, seria similar ao Governo proibir os funcionários públicos de usufruírem da saúde pública sob a justificativa de que recebem em média maior rendimento e por isso poderiam arcar com estes custos de saúde. Esta justificativa é irracional, não tem amparo constitucional e trata-se de uma afronta ao Princípio da Igualdade.

Porém, os Conselheiros consideraram que, por terem regime diferenciado, poderia ser exigido um sacrifício adicional

107 J.J. GOMES CANOTILHO – *Direito ...cit.*, 431.

108 Acerca desta proibição e da forma que o legislador usa para escapar ao controle ver o ponto 3.3.2. deste estudo.

desta categoria de pessoas. Ocorre que a justificação dada e a medida restritiva, não têm relação uma vez que, se o regime dos trabalhadores do setor público é mais favorável então esse regime, se o legislador achar por bem e o Tribunal Constitucional aprovar, é que tem que ser mudado¹⁰⁹. Mas um direito que é garantido constitucionalmente de forma igual a todos os trabalhadores, independentemente do setor que trabalham, não pode ser tolhido sob uma justificação desta natureza.

Os meios para a redução do défice público são de competência do legislador; aliás, é isso que prescreve a reserva do politicamente adequado, que condiciona a dimensão negativa dos deveres de promoção e proteção visados. Entretanto, a livre escolha do legislador está condicionada pelos princípios estruturantes e tem de respeitar os parâmetros constitucionais, pois: “*O Direito não pode ser uma função da razão económica sob pena de deixar de ser Direito*”¹¹⁰.

4.3. LEI OGE 2012 E O ACÓRDÃO DO TC N.º 353/2012¹¹¹

A lei n.º 64-B/2011 de 30 de Dezembro, que aprovou o Orçamento de Estado para o ano de 2012, através do artigo 21.º, impôs: (1) a suspensão total do pagamento do subsídio de Férias e de Natal para trabalhadores com rendimentos superiores a 1100 euros; e (2) a redução, de forma proporcional, do pagamento do subsídio de Férias e de Natal dos trabalhadores

109 Alertamos para a recente publicação da Lei 68/2013 de 29 de Agosto, que alterou o horário de trabalho da Função Pública para 40 horas semanais a exemplo do que ocorre na iniciativa privada. Ao nosso ver, esta Lei, diferentemente dos instrumentos que aprovaram os últimos orçamentos de estado, respeita os princípios estruturantes da República Portuguesa – e neste caso, especialmente, o da Igualdade – e tem uma justificativa legítima. A lei está disponível em: www.dre.pt

110 A. CARLOS DOS SANTOS e C. CELORICO PALMA – *O acórdão do Tribunal Constitucional N.º353/2012, de 5 de Julho: A prevalência da Razão Jurídica sobre a Razão Económica*, in: E. PAZ ferreira, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.*, Ano 5, Vol.2, 31- 53, 40.

111 A lei está disponível em: www.dre.pt ; o Acórdão em: www.tribunalconstitucional.pt .

que recebam entre 600 e 1100 euros¹¹².

Como justificativa para estas medidas, o governo apontou a necessidade de garantia da sustentabilidade das contas públicas, bem como o dever de cumprimento das metas do PAEF. Com efeito, para justificar a natureza não universal dos cortes, apontaram como razões para a afetação exclusiva aos cidadãos com emprego público, a sua maior segurança no em-

112 Artigo 21.º : “*Suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou equivalentes: 1 – Durante a vigência do Programa de Assistência Económica e Financeira (PAEF), como medida excepcional de estabilidade orçamental é suspenso o pagamento de subsídios de férias e de Natal ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses às pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de Agosto, e 60-A/2011, de 30 de Novembro, cuja remuneração base mensal seja superior a 1100 euros. 2 - As pessoas a que se refere o n.º 9 do artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de Agosto, e 60-A/2011, de 30 de Novembro, cuja remuneração base mensal seja igual ou superior a (euro) 600 e não exceda o valor de (euro) 1100 ficam sujeitas a uma redução nos subsídios ou prestações previstos no número anterior, auferindo o montante calculado nos seguintes termos: subsídios/prestações = 1320 - 1,2 x remuneração base mensal. 3 - O disposto nos números anteriores abrange todas as prestações, independentemente da sua designação formal, que, directa ou indirectamente, se reconduzam ao pagamento dos subsídios a que se referem aqueles números, designadamente a título de adicionais à remuneração mensal. 4 - O disposto nos n.os 1 e 2 abrange ainda os contratos de prestação de serviços celebrados com pessoas singulares ou colectivas, na modalidade de avença, com pagamentos mensais ao longo do ano, acrescidos de uma ou duas prestações de igual montante. 5 - O disposto no presente artigo aplica-se após terem sido efectuadas as reduções remuneratórias previstas no artigo 19.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, alterada pelas Leis n.os 48/2011, de 26 de Agosto, e 60-A/2011, de 30 de Novembro, bem como do artigo 23.º da mesma lei. 6 - O disposto no presente artigo aplica-se aos subsídios de férias que as pessoas abrangidas teriam direito a receber, quer respeitem a férias vencidas no início do ano de 2012 quer respeitem a férias vencidas posteriormente, incluindo pagamentos de proporcionais por cessação ou suspensão da relação jurídica de emprego. 7 - O disposto no número anterior aplica-se, com as devidas adaptações, ao subsídio de Natal. 8 - O disposto no presente artigo aplica-se igualmente ao pessoal na reserva ou equiparado, quer esteja em efectividade de funções quer esteja fora de efectividade. 9 - O regime fixado no presente artigo tem natureza imperativa e excepcional, prevalecendo sobre quaisquer outras normas, especiais ou excepcionais, em contrário e sobre instrumentos de regulamentação colectiva de trabalho e contratos de trabalho, não podendo ser afastado ou modificado pelos mesmos.” Lei 64-B/ 2011 de 30 de Dezembro. Disponível em: www.dre.pt*

prego e o seu nível remuneratório superior a média.

Pela introdução destas medidas restritivas, um grupo de deputados requereu a inconstitucionalidade do artigo 21.º da lei, alegando que tal orçamento afetaria o Princípio do Estado Democrático de Direito, na vertente do Princípio da Proteção da Confiança; o Princípio da Igualdade; e o Princípio da Proporcionalidade¹¹³.

Em decisão, os Conselheiros reconheceram que os subsídios integram a remuneração anual e, assim sendo, têm natureza retributiva. O que lhes levou a concluir, que estas suspensões, cumuladas com as reduções nos vencimentos efetuadas pelo orçamento anterior (Lei 55-A/2010), o congelamento dos salários e o aumento da carga fiscal, fariam com que algumas pessoas chegassem a ver suprimido até 14,3% das suas remunerações anuais.

Ao contrário do entendimento sufragado no acórdão anterior, desta feita, a Corte Suprema verificou que as medidas teriam duração de pelo menos três anos – tempo de vigência do PAEF – e por isso deixariam de ter o carácter de transitoriedade levado em conta anteriormente.

Além disto, os julgadores, consideraram que a justificação governamental de afetação dos trabalhadores do setor público, em razão da maior garantia de subsistência do vínculo laboral ou dos maiores níveis médios de remuneração, era insuficiente e não idônea para justificar a diferenciação na participação dos cidadãos nos encargos com a diminuição do défice público.

Relativamente ao Princípio da Proporcionalidade, o tribunal não negou a eficácia da medida para alcançar o fim desejado e portanto a sua aptidão. Porém, analisando as justificati-

113 O artigo 25.º da lei estendeu às suspensões do pagamento do subsídio de Férias e de Natal aos reformados e aposentados. Como não poderia deixar de ser, esse artigo também foi alvo de fiscalização e foi declarado inconstitucional. Todavia, tendo em vista a observação que fizemos inicialmente, não trataremos da matéria pois trata-se da disciplina da segurança social.

vas, entendeu que o sacrifício adicional exigido a essas pessoas era desproporcional frente ao benefício que geraria para a sociedade, pelo que não estava justificada a adoção de soluções alternativas para a diminuição do défice.

Neste sentido, em jeito de defesa própria, uma vez que no acórdão anterior, havia afirmado que: *“Quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com o restante dos cidadãos”*, desta feita o Tribunal afirma que: *“na verdade, a igualdade jurídica é sempre uma igualdade proporcional, pelo que a desigualdade justificada pela diferença de situações não está imune a um juízo de proporcionalidade.”*¹¹⁴

E, neste juízo de igualdade proporcional, por meio, *mais uma vez*, de um critério de evidência, os Conselheiros entenderam que o conjunto de medidas impostas a esta categoria de cidadãos, em razão do sacrifício excessivo exigido, ultrapassa aquele *limite de sacrifício*, violando o Princípio da Igualdade na dimensão da igualdade na repartição de encargos públicos, consagrado no artigo 13.º da CRP. Assim, a norma foi declarada inconstitucional.

Paradoxalmente, sob a justificativa de a execução orçamental encontrar-se em curso avançado, em razão das consequências que a decisão poderia gerar nas contas públicas, os juízes do Palácio Ratton, decidiram restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos do artigo 282.º n.º4 da CRP, não os aplicando à suspensão do subsídio de Férias e Natal, ou quaisquer prestações correspondentes ao 13.º e 14.º mês de 2012.

Contra a limitação dos efeitos de inconstitucionalidade, votaram os Conselheiros: Catarina Sarmento e Castro, por entender que, nos termos do artigo 282.º da CRP, a declaração de inconstitucionalidade deve produzir efeitos desde logo e que no caso não se vislumbrava a comprovação de que o governo não pudesse encontrar soluções alternativas para cumprir as metas;

114 Página 22 do Ac. n.º 396/2011 do TC; página 16 do Ac. n.º 353/2012 do TC.

Carlos Pamplona de Oliveira, argumentando que os efeitos só poderiam ser restringidos em razão de interesse público, e que o dever de comprovar esse interesse excepcional seria do Governo, que não o fez, de maneira que não haveria justificativa para a limitação dos efeitos; e José Cunha Barbosa, por entender que a limitação dos efeitos é incompatível com a declaração de inconstitucionalidade.

Divergiram da decisão de declaração de inconstitucionalidade os Conselheiros: Vitor Gomes, entendendo que as medidas não ofendem o Princípio da Igualdade; Maria Lúcia Amaral, por entender que o Tribunal não tinha nenhuma evidência que lhe permitisse comparar medidas alternativas com as implementadas, e por isso, neste caso, a medida não seria desproporcionada e nem tampouco inconstitucional; e Rui Manuel Moura Ramos, defendendo que a diferenciação feita nas categorias de cidadãos não é excessiva, tendo em vista a necessidade urgente a que está submetido o Estado Português.

4.3.1. ANÁLISE CRÍTICA

4.3.1.1. QUANTO À VIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ORÇAMENTO

No julgamento da Lei de OGE de 2011 (Lei 55-A/2010), os membros do TC, partiram de uma presunção falaciosa, de que as restrições feitas através daquele instrumento eram transitórias e teriam a duração de um ano, por estarem contidas em Orçamento de Estado de duração anual. Esta falácia foi neste momento reconhecida, pois o Governo, para o orçamento de 2012, ora em análise, regula reduções com duração de 3 anos, por meio de um instrumento que *supostamente* tem duração de um ano.

Desta feita, a exemplo do primeiro acórdão, olvidaram-se os juízes da observância das regras de aplicação de lei no tem-

po. Assim sendo, a insegurança generalizada no sentimento da sociedade portuguesa resta ainda mais prejudicada. Pois, em bom rigor, assim como os primeiros cortes – referidos no ponto anterior deste exercício crítico – permaneceram vigentes na ordem jurídica, não há garantia alguma, muito menos do Tribunal Constitucional, acerca do período durante o qual as medidas agora implementadas permanecerão vigentes.

Com efeito, sob o dogma da *transitoriedade*, o Governo implementa medidas de austeridade e o Palácio Ratton, por meio da aceitação de excepcionalidade, foge ao âmagô da questão, para legitimar a austeridade e escapar ao controle da lei retroativa “dada a transitoriedade das medidas”¹¹⁵. Efetivamente, esta transitoriedade, pela gravidade acentuada que representa, deveria ser submetida a um controle ainda mais denso do que a lei definitiva, já que esta última viria, *ceteris paribus*, acompanhada da *vacatio legis* exigida.

4.3.1.2. QUANTO À NATUREZA FUNDAMENTAL DO DIREITO EM QUESTÃO

Ainda que seja plausível do ponto de vista da declaração de inconstitucionalidade das normas, mantemos as críticas feitas ao acórdão de n.º 396/2011, pois, mais uma vez, o Tribunal ignora a problemática dos direitos fundamentais e das leis restritivas.

Aliás, como afirma em voto vencido a Conselheira Lúcia Amaral, ainda que para chegar em conclusão diversa da nossa, a decisão não esclarece: “*i) qual o estatuto constitucional das posições jurídico-subjetivas afetadas com a suspensão de pagamento dos subsídios de férias e Natal; ii) qual o conteúdo do princípio ou princípios constitucionais que poderão justificar a*

115 Em certa medida é esta a crítica feita por Casimiro Ferreira quando afirma que: “*Mantendo o argumento da normatividade de exceção associada à austeridade, a fronteira entre o constitucional e o inconstitucional tornar-se-á inevitavelmente um campo de disputa política*”. A. CASIMIRO FERREIRA – *Sociedade ...cit*, 72.

compreensão dessas posições subjetivas; iii) qual o alcance dos instrumentos que dispõe o juiz constitucional para resolver a antinomia existentes entre os direitos das pessoas, afetadas pelas medidas orçamentais, e os princípios constitucionais com ela conflitantes.”¹¹⁶

Apesar dos aplausos ofertados por alguns doutrinadores ao Tribunal Constitucional, no sentido de que agora a Corte teria reafirmado a sujeição do legislador aos direitos fundamentais e aos princípios estruturantes de direito, ao nosso ver, a decisão deixou muito a desejar¹¹⁷. A decisão em causa, em bom rigor, não passou de um aviso ao Governo para o próximo ano, mas, infelizmente, temos de discordar da doutrina que aceita que, ao declarar a referida inconstitucionalidade, o TC tenha se afirmado como Guardião dos Direitos Fundamentais. Se o TC tivesse se portado da referida maneira, não teria limitado os efeitos da decisão, que é, *per se*, incompatível com a defesa da Constituição.

Os subsídios de Férias e Natal, como bem reconheceu esta Corte, têm natureza retributiva e neste sentido, integram o âmbito de proteção jusfundamental do artigo 59.º da CRP. Contudo, tendo em atenção que esta jurisdição não reconhece a irredutibilidade de retribuição como integrante da norma fundamental do direito à retribuição, porque funda-se em instrumento infraconstitucional, como era previsível, também não reconhece a fundamentabilidade das parcelas em questão.

Com efeito, os juízes do TC ignoram a natureza fundamental do direito em causa, bem como a natureza restritiva da lei. E assim, *mais uma vez*, não tratam o problema como deveria ser tratado: *uma restrição a um direito fundamental*. Com

116 Página 23 do acórdão.

117 Veja-se por exemplo: A. CARLOS DOS SANTOS e C. CELORICO PALMA – *O acórdão...cit.*, 31- 53, 40; Saudando a inversão da jurisprudência, ainda que criticando os critérios de fundamento das decisões: L. M. T. MENEZES LEITÃO – *Anotação ao acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional*, in: Revista da Ordem dos Advogados, Ano 72, Vol. I, Jan/Março 2012, 415, 415-420.

isso, a decisão que, do ponto de vista da declaração de inconstitucionalidade, é acertada, fica muito fragilizada, pois funda-se em juízos de evidências, sem fixar padrões rígidos e objetivos de fundamentação¹¹⁸.

4.3.1.3. QUANTO À JUSTIFICAÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA

Quanto à justificação, ao nosso ver, o juízo feito pelos conselheiro é mais rígido neste acórdão que no ano anterior. E, ainda que por vias tortas, foi decisivo para a declaração de inconstitucionalidade, pois a interpretação do Tribunal foi alicerçada na justificação de que maior estabilidade no emprego ou maiores níveis de remuneração, não são idôneas para fundamentar as ditas medidas, por não existência de uma inerente relação com as mesmas.

Nesses moldes, as justificações seriam, se assim entendesse o juízo constitucional, suficientes para que se procedesse a alteração do regime do contrato de trabalho em funções públicas, alterando outros benefícios como o de segurança no emprego. Contudo, por não haver uma diferenciação clara e inequívoca entre as retribuições dos trabalhadores do setor público e do setor privado, não há razão para a discriminação, exigindo um sacrifício adicional a esta categoria de pessoas. *Com efeito, remetemos o leitor para o ponto iii) do ponto 4.2. deste estudo.*

4.3.1.4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A falha dogmática na análise do Princípio da Igualdade, por parte dos juízes do Palácio Rattón, prende-se com a incon-

118 Nos dizeres de Menezes Leitão: “Era útil que para o futuro o Tribunal Constitucional definisse um critério rigoroso sobre o que admite e o que não admite em termos de redução de salários.” L. M. T. MENEZES LEITÃO – Anotação ao acórdão 353/2012 ...cit, 415, 415-420.

sistência da apreciação, através de critério de evidência, que só permite auferir se diferenciação é ou não manifestamente arbitrária. A lei em análise, na medida em que se dirige a destinatários determinados, e vem disciplinar uma situação determinada, é de se caracterizar como lei restritiva individual e concreta, e, assim sendo, fere a exigência do n.º 3 do artigo 18.º da CRP. Estando em causa uma situação desta natureza, o Tribunal, deveria tê-la classificado em categoria suspeita e portanto tê-la submetido a um controle ainda mais forte e atento, o que, infelizmente, não veio a ter lugar.

Não negamos que o vínculo de emprego com o setor público é diferente do vínculo laboral com a iniciativa privada e, neste aspecto, pode-se falar em alguma diferença de regime de estabilidade e segurança no emprego. Porém, relativamente ao direito à retribuição, ora em causa, constitucionalmente consagrado e concretizado de igual maneira pelo CT 2009 e pelo RCTFP, não há nenhuma diferença autônoma e própria.

As diferenças remuneratórias podem existir devido a função, diversidade de realidades empresariais, territórios diferentes, fixação por convenção coletiva, entre outros fatores. Decorrente destes, estas diferenciações acontecem entre trabalhadores do setor privado, não consubstanciando daí nenhuma ilicitude – e privilegiando a especialização do fator trabalho. Mas a garantia jufundamental do direito à retribuição é igual e é universal. No entanto, a diferenciação feita através do OGE é por si só arbitrária, uma vez que não tem fundamento idôneo.

Todavia, apesar da incoerência da análise, por caminhos tortuosos, os mesmos juízes afirmaram que, apesar de não haver igualdade total, a diferenciação deveria ser sempre proporcional. E, neste sentido, de forma bastante frágil em termos dogmáticos, acabaram por declarar a inconstitucionalidade da norma por violação do Princípio da Igualdade na dimensão de igualdade perante encargos públicos.

Quanto a nós, a violação do Princípio da Igualdade se dá

per se no campo da discriminação negativa feita aos funcionários públicos, por isso discordamos da alegação de que este princípio seria afetado somente por ultrapassar os limites possíveis de diferenciação na dimensão da divisão dos encargos públicos. Em realidade, este juízo de inconstitucionalidade fundou-se no Princípio da Proporcionalidade e somente aí a medida foi chumbada. Vem assim demonstrar – de forma errônea por não ser esse o grau de otimização que a natureza do direito em causa reclama – que a lógica do Tribunal é o controle de evidência, reduzindo o direito ao núcleo essencial e considerando inconstitucional exclusivamente aquilo que for *manifestamente contrário as garantias constitucionais*.

4.3.1.5. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO

Uma análise correta do Princípio da Proibição do Excesso, como vimos afirmando, deve ser realizada comparando benefícios e sacrifícios globais de medidas necessárias à prossecução do interesse público, levando em apreciação o peso dos outros bem jurídicos em causa.

Desta feita, no que se refere a proporcionalidade da medida restritiva, o problema torna-se ainda mais grave, pois somam-se as medidas do orçamento de Estado de 2010, sacrifícios ainda maiores para um grupo que chegará a perder até 14,3% do seu rendimento anual, em completa desproporção face ao restante da coletividade que se beneficiará da redução do défice. Não teria o Governo ao seu dispor, com graus de eficácia equivalentes, outras medidas alternativas para fazer face ao equilíbrio das contas públicas?

Em nossa interpretação, antes de colocar em causa a Constituição, deve-se dar total prioridade a outras soluções de alocação de recursos que não violem os seus princípios, neste caso, o Princípio da Proporcionalidade. Em consequência, as medidas deveriam ter sido declaradas inconstitucionais, não só

por violação do Princípio da Igualdade, mas também por violação do Princípio da Proibição do Excesso nas suas intrínsecas vertentes da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

4.3.1.6. RESTRIÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO

Finalmente, aproveitando-nos do voto vencido do Conselheiro José Cunha Barbosa, ressaltamos que merece censura a restrição de efeitos da decisão, pois tal artifício jurídico é incompatível com a declaração de inconstitucionalidade. Percebemos a preocupação dos conselheiros com a solvabilidade das contas públicas, mas, ao nosso ver, restringir os seus efeitos é ofuscar o brilhantismo da atividade de Guardiões da Constituição que caberia à esta jurisdição.

Admitir que uma norma declarada inconstitucional continue a vigorar em uma ordem jurídica, além de paradoxal, é não levar a sério os direitos. Pelo que, seguindo a lógica de Dworkin¹¹⁹, não podemos jamais concordar com essa restrição de efeitos, pois, no jogo da crise, o TC faz parecer que ter um coringa de nada serve para defesa dos Direitos Fundamentais.

4.4. LEI OGE 2013 E O ACÓRDÃO DO TC N.º 187/2013¹²⁰

A lei de Orçamento de Estado de 2013, n.º 66-B/2012, em razão das medidas que impôs a diversos setores da sociedade, foi alvo de uma série de pedidos de fiscalização de constitucionalidade. Os processos requeriam a declaração de inconstitucionalidade dos artigos: 27.º, relativo as reduções de remunerações

119 Referimo-nos a parte em que Dworkin afirma que: *“the institution of rights is therefore crucial, because it represents the majority’s promise to the minorities that their dignity and equality will be respected.”* RONALD DWORKIN – *Taking ...cit*, 205.

120 A lei está disponível em: www.dre.pt ; o Acórdão em: www.tribunalconstitucional.pt .

nerações dos funcionários públicos; 29.º, que suspendeu o pagamento do subsídio de Férias dos funcionários públicos; 31.º, que estendeu o regime dos artigos 27.º e 29.º as atividades de docência e de investigação; 45.º, acerca da redução do adicional do pagamento por trabalho extraordinário; 77.º, que suspendeu o pagamento dos subsídios de Férias dos aposentados e reformados; 78.º, que instituiu a contribuição extraordinária de solidariedade; 117.º, que instituiu a contribuição sobre subsídio de doença e desemprego; 186.º, que procedeu a alteração do Código do Imposto sobre Rendimento das Pessoas Singulares; e o artigo 187.º, respeitante a sobretaxa do IRS.

*Relativamente ao direito do qual tratamos*¹²¹, foram intentados os seguintes processos: (1) o processo n.º 2/2013, pelo qual o Presidente da República, solicitou ao Tribunal a análise da eventual inconstitucionalidade do artigo 29.º, por violação do Princípio da Igualdade na dimensão da Proporcionalidade; (2) o processo n.º 5/2013, intentado pelos deputados do PS, pedindo a inconstitucionalidade do artigo 29.º, por violação do Princípio da Igualdade, da Confiança e da Proporcionalidade na Adequação e Necessidade, bem como a violação da regra da anualidade orçamental; e (3) o processo n.º 8/2013, através do qual um grupo de deputados do PCP, BE e PEV, requereu a inconstitucionalidade dos artigos 27.º, 29.º e 31.º, por violação da Dignidade Humana, Proteção da Confiança, Proibição do Excesso, Direito à Contratação Coletiva, Direito ao Salário, violação do artigo 105.º n.º 2 da CRP e Caso Julgado¹²².

121 Como dissemos, a Lei foi alvo de vários pedidos de fiscalização. Os processos que fizemos referência também solicitaram a apreciação de outros artigos. Entretanto, tendo em vista o tema tratado, não nos cabe a análise das outras questões.

122 O artigo 27.º da referida Lei, faz transitar, nos mesmos moldes, a redução de remuneração instituída pelo artigo 19.º da lei n.º 55-A/2010 (Lei OGE 2011), e transposta para o artigo 20.º da lei n.º 64-B/2011 (Lei OGE 2012), que passou pelo crivo do TC no acórdão 396/2012. Sendo que a redução atinge os rendimentos acima de 1500 euros, variando entre os 3,5% e 10%, proporcionalmente em razão dos níveis de retribuição. Ao seu turno, o artigo 29.º determina, durante a vigência do PAEF, a suspensão total do pagamento do subsídio de férias ou quaisquer prestações

No que concerne às alegações formais, ofensa do caso julgado, violação da regra da anualidade orçamental e violação do n.º 2 do artigo 105.º da CRP, o Tribunal considerou que as alegações não deveriam prosperar. Para esta Corte, o argumento de que a matéria em causa (suspensão de subsídio) já teria sido declarada inconstitucional, e haveria assim ofensa ao caso julgado, é manifestamente infundado, pois o conteúdo das normas agora em apreciação é diverso do conteúdo das normas dos orçamentos anteriores, sendo que aquela declaração recaiu sobre as normas da Lei n.º 64-B/2011 (OGE 2012) e desta feita as normas são outras¹²³.

Quanto a vigência das disposições, segundo os requerentes, o fato de a norma do artigo 29.º, que suspendeu o pagamento do subsídio do 14.º mês, ter um período de vigência (PAEF) superior à do orçamento (anual), violaria o artigo 106.º n.º1 da CRP. Entretanto, esta alegação foi declarada igualmente improcedente, pois o Tribunal entendeu, socorrendo-se da doutrina, que a referida cláusula é compatível com a orçamentação plurianual, pois não tem ela própria expressão orçamental equivalente, uma vez que se alicerça numa previsão de receita e despesa, pelo que não dispensa a reiteração nas leis orçamentais subsequentes¹²⁴.

A alegação de violação da regra do n.º 2 do artigo 105.º da CRP, por meio da qual os requerentes reclamam que as reduções das prestações pecuniárias a cargo do Estado-Empregador, contrariam a Constituição (na parte em que esta manda elaborar o orçamento tendo em conta as obrigações de-

correspondentes ao 14.º mês, dos funcionários públicos com rendimentos superiores a 1100 euros e a suspensão parcial daqueles que auferem rendimentos entre os 600 e 1100 euros. E por fim, o artigo 31.º manda aplicar os artigos 27.º e 29.º aos valores pagos por contratos que visem atividade de docência e investigação, que sejam financiados por entidades privadas, pelo Programa Quadro de Investigação e Desenvolvimento da União Europeia e por instituições estrangeiras ou internacionais, exclusivamente na parte financiada por fundos nacionais do Orçamento do Estado.

123 Página 39 do Ac. n.º 187/2013 do TC.

124 Página 40 do Ac. n.º 187/2013 do TC.

correntes de lei ou de contrato), na interpretação do Tribunal não tem pertinência, pois a aludida norma não estabelece a necessidade de correspondência financeira entre a dotação orçamental e as obrigações legais.¹²⁵

Ao dispor que regimes de redução remuneratória têm natureza imperativa, prevalecendo sobre IRCT, surgiu ainda a alegação de que as normas dos artigos 27.º e 29.º violariam o direito à Contratação Coletiva. Quanto a isso, os Conselheiros entenderam que a medida *não representava uma intromissão nos “núcleos materiais reservados” que o legislador ordinário se encontrava constitucionalmente obrigado a não excluir do âmbito material da reserva da contratação colectiva*, e por isso não haveria inconstitucionalidade daí resultante¹²⁶.

Com relação ao direito fundamental à retribuição, os juízes mantiveram o mesmo posicionamento, não atribuindo o estatuto jusfundamental ao direito de Irredutibilidade à Retribuição. Mas, paradoxalmente, reconhecem que *uma vez fixados critérios de direito ordinário, o conteúdo do direito ao salário, uma mudança legislativa que afete negativamente esse conteúdo tem que encontrar justificação bastante, à luz dos princípios constitucionais pertinentes, sob pena de inconstitucionalidade*¹²⁷.

A Lei de Orçamento de Estado de 2013, fez transitar, por meio do artigo 27.º a redução dos vencimentos, nos mesmos termos que anteriormente no artigo 19.º da Lei 55-A/2010, em valor variável de até 10% das remunerações íliquidas. A decisão, ao analisar tal disposição, limitou-se a verificar os Princípios da Proporcionalidade na dimensão de Igualdade e da Proteção da Confiança.

No que tange ao Princípio da Proporcionalidade na dimensão de Igualdade, o posicionamento defendido no acórdão

125 Páginas 40 e 41 do Ac. n.º 187/2013 do TC.

126 Página 41 e 42 do Ac. n.º 187/2013 do TC.

127 Página 46 e 47 do Ac. n.º 187/2013 do TC.

n.º 396/2011 foi mantido, pelo que considerou-se que o sacrifício adicional exigido não consubstanciava tratamento injustificadamente desigual e, portanto, o artigo em questão não poderia ser considerado inconstitucional por esta via. Já quanto ao Princípio da Proteção da Confiança, entenderam os juizes que, em razão da manutenção da excepcionalidade financeira, essas medidas não se tratavam de mutação de ordem jurídica com a qual os destinatários não pudessem contar e que o fundamento das mesmas deveria ser tido por prevalecente, não podendo haver neste sentido um juízo de inconstitucionalidade.

Diversamente, com relação à suspensão do pagamento do subsídio de Férias, instituído pelo artigo 29.º, a análise do Tribunal foi mais cuidada, pois ao analisar a justificação das medidas restritivas, entendeu que não se tratava de verificar a existência ou não de interesse público, mas, na verdade, a verificação da constitucionalidade teria de passar pelo crivo dos princípios. Pois, apesar de não reconhecer a irredutibilidade, a lei fundamental, segundo o TC, é sensível as variações *para menos* de concretização legislativa.

Diante do filtro do Princípio da Proteção da Confiança, o posicionamento veiculado acerca da manutenção da redução salarial foi de que a medida não se tratava de um quadro injustificado de instabilidade da ordem jurídica e que por isso, havendo indícios da necessidade de manutenção das medidas, não haveria afronta suficiente a confiança capaz de ensejar a inconstitucionalidade por esta via.

Por fim, o Tribunal analisou conjuntamente o Princípio da Proporcionalidade e da Igualdade e decidiu declarar a norma do artigo 29.º inconstitucional por violação do Princípio da Igualdade na repartição de encargos públicos e do Princípio da Igualdade Proporcional, declarando conseqüentemente inconstitucional a norma do artigo 31.º.

Apesar de manter o posicionamento, considerando que a diferença de tratamento, nos moldes desses orçamentos não é

arbitrária e concluindo pela admissibilidade de alguma diferenciação entre quem recebe por verbas públicas e quem atua no setor privado da economia, afirmou o Tribunal que esta diferenciação não está imune a um controle de proporcionalidade e que a racionalidade das medidas, ainda que credenciáveis, não era suficiente por si só para assegurar a validade constitucional.

Assim, tendo em vista o grau de diferenciação, a Corte decidiu que o sacrifício adicional exigido a essa categoria de pessoas, cumulado com os efeitos globais das outras medidas de austeridade, que atingem toda a sociedade, põe em causa a Igualdade na dimensão de repartição de encargos públicos. Do mesmo modo, em razão do efeito conjugado da recessão da economia e o pacote de austeridade, ainda que se revelasse mais eficaz, o tratamento diferenciado dos funcionários públicos, na visão dos Conselheiros, não poderia continuar a servir de fundamento para imposição continuada de sacrifícios a estes, pelo que a medida foi adicionalmente declarada inconstitucional pela afronta à Igualdade Proporcional.

Votaram contra a declaração de inconstitucionalidade do artigo 29.º os Conselheiros: Vitor Gomes, Pedro Manchete, Maria João Antunes, José Cunha Barbosa e Maria Lúcia Amaral. Na visão destes juízes, o controle da atuação do legislador deve ser externo; neste sentido, não cabe ao tribunal e sim ao legislador as escolhas das medidas adequadas para a prossecução do interesse em causa. Assim, o órgão jurisdicional só deveria interferir quando as escolhas fossem desrazoáveis. Desta maneira, entenderam que não era juridicamente possível ao Tribunal verificar e demonstrar se as medidas eram dispensáveis e se se encontravam ou não dentro dos limites do sacrifício.

Parcialmente vencida, restou a Conselheira Maria José de Rangel Mesquita, quando a inconstitucionalidade do n.º2 do artigo 29.º. Pois, na sua interpretação, a declaração deveria fundar-se na inconstitucionalidade por violação ao Princípio da

Igualdade na dimensão da Igualdade.

Relativamente a não declaração de inconstitucionalidade do artigo 27.º, restaram vencidos os Conselheiros: Maria de Fátima Mata-Mouros, que votou pela inconstitucionalidade por violação do Princípio da Igualdade do artigo 27.º e a consequente aplicação desta declaração ao artigo 31.º; Catarina Sarmento e Castro, no mesmo sentido da primeira; e Fernando Vaz Ventura, votando pela inconstitucionalidade do artigo 27.º, por violação do Princípio da Igualdade na repartição de encargos públicos.

4.4.1. ANÁLISE CRÍTICA

4.4.1.1. QUANTO À VIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ORÇAMENTO

De forma irresponsável, os Conselheiros do Palácio Raton, continuam a não se debruçar sobre a questão da vigência das normas, sem levar em conta que trata-se do terceiro ano consecutivo de manutenção das afetações negativas dos direitos fundamentais da categoria de cidadãos em questão, ou seja, o TC não esclarece qual é a duração das aludidas restrições.

Com efeito, esta Corte de Justiça faz parecer *de forma implícita* que a vigência é a mesma do PAEF. Mas a duração equivalente ao PAEF – da mesma maneira que as primeiras medidas desta natureza, feitas pelo OGE de 2010, não tinham duração apenas de um ano, como presumiu o TC – não passa de uma expectativa que pode ou não vir a se confirmar. A interpretação nestes moldes dá a entender que, por serem transitórias, as medidas restritivas não são assim tão graves.

Passados três anos, os juízes entendem que: “*persistem as razões que, no contexto normativo subjacente ao art.º 19.º, n.º 1, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, conduziram o Tribunal a não pôr em causa o seu carácter transitório e tem-*

porário”. Sem levar em conta, como salienta Menezes de Leitão: “*As inúmeras insolvências das pessoas singulares que ocorreram durante estes três anos*”¹²⁸.

O que determina a transitoriedade de uma medida, não são as razões que conduziram o legislador a socorrer-se de um meio para salvaguardar uma determinada situação, mas a vigência da norma em questão. A reincidência dos cortes retributivos, sob a máscara de tábua de salvação da solvabilidade das contas portuguesas, demonstra que a presunção de transitoriedade da medida é incompatível com a realidade temporal das mesmas. Incompreensivelmente, o Tribunal, em detrimento das expectativas e garantias legítimas dos cidadãos, não faz esta constatação¹²⁹.

4.4.1.2. QUANTO À NATUREZA FUNDAMENTAL DO DIREITO EM QUESTÃO

Infelizmente, temos de manter às críticas feitas ao acórdão de n.º 396/2011 e n.º 353/2012, pois a Corte Constitucional Lusa, passa por cima, mais uma vez, da problemática dos Direitos Fundamentais, repetindo, nos mesmos termos do Acórdão n.º 396/2010, que a irredutibilidade de retribuição não é abarcada pelo Direito Fundamental a Retribuição¹³⁰.

Com efeito, verifica-se que os juízes do Palácio Ratton, por teimosia ou preguiça argumentativa, repetem incansavelmente os mesmos juízos. E, como brilhantemente afirma Menezes de Leitão, através de uma “*reiteração sucessiva de posições anteriormente assumidas pelo próprio Tribunal Constitucional. Verifica-se assim a denominada auto-observação, uma*

128 L. M. T. MENEZES LEITÃO – *Anotação ao acórdão 187/2013 do Tribunal Constitucional*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. IV, Out / Dez 2012, 1483-1784, 1780.

129 Acerca do assunto ver ponto 3.3.3., 4.2.1.1. e 4.3.1.1. deste exercício crítico.

130 Por isso, acerca das demais apreciações crítica que esta decisão impõe ver pontos 4.2.1 e 4.3.1 deste trabalho.

vez que o Tribunal utiliza uma definição autoreferencial para chegar a sua decisão construindo-a através das decisões que foi sucessivamente tomando”, faz *copy paste* de suas decisões como se existisse um precedente interno legitimado para fundamentar todas as decisões¹³¹.

4.4.1.3. QUANTO À JUSTIFICAÇÃO DA MEDIDA RESTRITIVA

Na lógica do *copy paste*, no que se prende a problemática da justificação, os juízes mantêm o mesmo posicionamento veiculado nas decisões anteriores. Nós, por consequência, mantemos as críticas feitas anteriormente, ressaltando a gravidade que a insistência nesta jurisprudência de austeridade, pode gerar no contexto jurídico português e sobretudo no Direito Constitucional Luso¹³².

Parece-nos, que a cada novo julgamento, ao invés de fazer a análise segundo a Constituição, como manda a Lei, a Corte Constitucional busca em sua própria jurisprudência, fundamentos por ela criados, numa lógica de interpretação *Ad Hoc*, ou, como tão bem definiu Casimiro Ferreira, *Direito de Exceção*, para repetir e tentar, através da criação do suposto precedente, legitimar a sua decisão.

4.4.1.4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA SOB O ARTIGO 27.º

Ao analisar o artigo 27.º, relativo aos cortes até 10% nos vencimentos, sob o prisma do Princípio da Proteção da Confiança, entendeu-se que a manutenção dos cortes não era algo com que os trabalhadores não pudessem contar, dada a manu-

131 L. M. T. MENEZES LEITÃO – *Anotação ao acórdão 187/2013 ...cit*, 1778-1779, 1483-1784.

132 Ponto 4.2.1. deste trabalho.

tenção do défice público, e, por isso, não se poderia falar em expectativa fundada. Quanto a necessidade, do mesmo modo, os juízes entenderam que as medidas eram necessárias e, assim sendo, deveriam prevalecer sobre a expectativa (que neste caso era pouco significativa).

Desta feita, pode-se dizer que não havia expectativa da alteração do quadro restritivo do orçamento de Estado, em razão dos sucessivos cortes governamentais. Ademais, considerando a generalidade da cultura europeia, mais cética e racional do que outras, poderíamos dizer que não há possibilidade de proteção de uma expectativa legítima diante do estado das coisas, pelo que concordamos com os Conselheiros no sentido de que não é daí que decorre inconstitucionalidade.

4.4.1.5. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO E DA IGUALDADE SOB O ARTIGO 27.º

Com relação aos cortes de até 10% nos vencimentos, diante da análise do Princípio da Proibição do Excesso, mais uma vez, esta categoria de cidadãos, afetada pelas normas em questão, ficou sujeita ao critério de evidência do Palácio Ratton. É que, ao verificar Proporcionalidade, os membros daquele Palácio, repetem o posicionamento difundido no primeiro acórdão, entendendo que a medida não é arbitrária, pois, segundo eles, apoia-se em um *fundamento legítimo de diferenciação uma vez que quem recebe por verbas públicas não está em posição de igualdade com os outros cidadãos*¹³³.

Ora, no segundo acórdão n.º 353/2012, ao julgar a constitucionalidade da suspensão dos subsídios de Natal e de Férias, os juízes tiveram uma luz e afirmaram que a justificação nos moldes em que foi feita – amparada no nível médio de diferença remuneratória e maior estabilidade – não era idônea para justificar a diferenciação. Retiramos daqui que, afinal, na lógi-

ca interpretativa da jurisprudência constitucional portuguesa, tal diferenciação discriminatória, apesar de não idônea, é suportável até 10%; se, porém, ultrapassar este marco, passa a ser muito evidente e terá que ser eliminada da ordem jurídica. Significa isso, que para o Tribunal Constitucional, só aquilo que for evidentemente inconstitucional e desproporcional consubstanciar-se-á em arbitrário e por isso em uma afronta aos princípios estruturantes. Porém, uma medida que desrespeite o Princípio da Igualdade, é *per se* arbitrária¹³⁴.

Sabendo que repetimo-nos, cumpre-nos ressaltar que não há a *nível de remuneração* diferença alguma entre um funcionário público que recebe 1500 euros e um trabalhador da iniciativa privada que receba o mesmo. O Estado está, perante esses dois cidadãos, igualmente obrigado a não intervir naquilo que já foi concretizado pelo legislador. E, nos pouquíssimos casos em que seja autorizada uma mutação da realidade jurídica, em função da *reversibilidade fáctica*¹³⁵, esta mudança sujeita-se ao crivo dos demais princípios constitucionais.

Estas medidas de cortes na retribuição, não respeitam o Princípio da Igualdade, e desta forma não podem ser Proporcionais, por isso deveriam ter sido declaradas inconstitucionais.

4.4.1.6. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO CONFIANÇA SOB O ARTIGO 27.º

O Princípio da Proteção da Confiança, diante das disposições do artigo 29.º, que suspendeu o pagamento do subsídio de Férias, em nosso entendimento, ofende expectativas legítimas desta categoria de cidadãos. Pois, com a publicação da declaração de inconstitucionalidade do artigo 21.º da Lei de OGE 2012, que mandava suspender os subsídios de Férias e

134 Aliás, esse foi o posicionamento dos conselheiros: Maria de Fátima Mata-Mouros, Catarina Sarmiento e Castro, e Fernando Vaz Ventura.

135 J.J. CANOTILHO – *Direito Constitucional ...cit*, 338 e 339.

Natal, criou-se a expectativa de que, o Governo não editaria um novo instrumento com algo que o TC já tinha declarado inconstitucional.

Em rigor, ainda que se possa, na ponderação entre interesses envolvidos, considerar que neste caso as expectativas destas pessoas tenham que ceder, não se pode deixar de reconhecer que a última decisão do TC fez reacender a chama da esperança de que os cortes parariam no teto dos 10%, ou seja, não ultrapassariam a linha ténue de sacrifício que os juízes consideram aceitável para a diferenciação. Assim sendo, ainda que não fosse capaz de gerar uma inconstitucionalidade, houve uma afronta a expectativas legítimas, o que não foi reconhecido pelos Magistrados.

4.4.1.7. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO SOB O ARTIGO 29.º

Em relação ao Princípio da Proporcionalidade, apesar de aplaudirmos a decisão de inconstitucionalidade, entendemos que, além da afronta a proporcionalidade em sentido estrito, há uma violação na vertente do subprincípio da necessidade. Pois o Governo poderia ter implementado outras medidas capazes de diminuir o défice que fossem menos sacrificantes para esta classe de cidadãos.

Ao contrário, do que dizem os Conselheiros¹³⁶, que votaram contra a inconstitucionalidade desta norma, cabe a Jurisdição Constitucional fazer o controle das escolhas do legislador através de parâmetros constitucionais. E esse controle, como sublinhamos, é feito através da comparação da relação sacrifício / benefício de medidas alternativas, pois *“A liberdade de conformação política do legislador cabe perfeitamente nos poderes de apreciação do TC, que não pode alhear-se, como*

136 Vitor Gomes, Pedro Manchete, Maria João Antunes, José Cunha Barbosa e Maria Lúcia Amaral.

Pilatos, de controlar a mais ou menos a bondade das medidas legislativas sujeitas a um juízo de (in)constitucionalidade.”¹³⁷.

4.4.1.8. PRINCÍPIO DA IGUALDADE SOB O ARTIGO 29.º

No que se refere a aplicação do Princípio da Igualdade, nas disposições de suspensão do pagamento de subsídio de Férias, consideramos que a garantia é violada em termos absolutos e não relativos. Com efeito, o artigo 29.º do diploma em análise é inconstitucional por violação do referido princípio, e não somente por violação de uma igualdade proporcional¹³⁸.

Quando o TC considera que a diferença de tratamento não é arbitrária por fundar-se em um fundamento legítimo, a interpretação que os Juízes fazem do Princípio da Igualdade, reduz aquele Princípio à proibição do arbítrio, e isso é *marcadamente insuficiente*. Nestes moldes interpretativos, a análise do Princípio da Igualdade *acaba substancialmente esvaziada de consequências jurídicas*, pois fica reduzida a necessidade de fundamentações e somente em caso extremos e evidentes a diferenciação é tida por arbitrária.¹³⁹

5. CONCLUSÃO CRÍTICA

O Direito à Retribuição ocupa na Constituição Portuguesa, assim como os demais direitos dos trabalhadores, lugar de destaque. Esse protagonismo, dado pela Carta Magna Portuguesa a garantia ora em causa, reflete-se em um amplo sistema infraconstitucional, concretizador da norma constitucional. Em decorrência do vasto sistema de proteção, internacional, comunitário e interno não restam dúvidas que trata-se de um Direito Fundamental e essa é a interpretação unânime da doutrina.

137 G. DA FONSECA – *Anotação ao acórdão 396/2011 ...cit.*, 276, 269- 278.

138 Neste ponto, seguimos o posicionamento da Conselheira Maria José de Rangel Mesquita.

139 J. REIS NOVAIS – *Os Princípios ...cit.*, 112.

Como Direito Fundamental, a garantia retributiva é um trunfo contra a maioria política e, deste modo, atua como uma armadura face as intervenções que afetem o grau de concretização a ela subjacente, pois as concretizações legislativas diminuem o grau de abstração e generalidade da norma, e aumentam a margem de controle do juiz perante uma restrição, por meio da integração do conteúdo realizado à garantia fundamental. Em rigor, caso o legislador necessite alterar o âmbito de proteção anteriormente concretizado, dada a exigência do direito em causa de maior realização possível, esta intervenção legislativa, que afete negativamente a densidade de concretização do direito, será convertida em restrição.

Tal restrição, *ceteris paribus*, em razão do amplo sistema de proteção e da natureza fundamental da garantia, deverá ser submetida a um forte controle de constitucionalidade. Nesta altura, caberá ao juiz, diante dos deveres em causa e dentro de sua margem de atuação, realizar o controle mais denso e forte possível para que este Direito, consagrado constitucionalmente e posto, em razão disso, fora do âmbito de livre disposição do legislador ordinário, não perca as características contra maioritárias que o Direito Fundamental impõe.

Dispondo dos resultados expostos e das premissas atacadas, e tendo em conta o padrão ideal de controle que deveria ter sido aplicado diante de um problema como o subjacente, consideramos que a atuação do Tribunal Constitucional foi insuficiente e incorreta. Estes acórdãos são, portanto, incompatíveis com a atual CRP no Estado Social de Direito e frustrantes do ponto de vista da expectativa e confiança dos cidadãos na justiça econômica e social, na medida em que ignoram a natureza da questão em causa e legitimam uma lei contrária aos princípios estruturantes da República Portuguesa.

Da análise conjunta dos três acórdãos, fica evidente que a interpretação e fundamentação do Tribunal Constitucional pas-sam por uma grande incoerência dogmática. Desta inconsistên-

cia interpretativa decorre o não reconhecimento do problema como uma questão de direitos fundamentais. A negação da natureza real do problema, por sua vez, impede que os juízes desenvolvam um controle rígido que, idealmente, a categoria de direito em causa, enquanto trunfo contra a maioria política, mereceria.

Importa reforçar, que, apesar da nossa sensibilidade pela gravidade da situação atual das contas públicas, a necessidade de fazer frente ao déficit não está e não pode estar acima da Constituição e do sentido Social do Estado. Não significa isto que, dada a natureza das coisas e a evolução da sociedade como um todo, o legislador não possa alterar uma situação ou benefício que outrora fazia sentido, pois isso colocaria em causa a própria evolução de garantias constitucionais. Se assim fosse, o legislador, sob pena de não poder retroceder, receoso do futuro, deixaria de criar benefícios e melhorias de condições para os cidadãos, deixando a norma de Direito muito aberta, para que assim a sua margem de justificação fosse muito mais ampla perante o incumprimento dos deveres fundamentais e, conseqüentemente, a margem de apreciação do juiz restasse diminuída.

Todavia, esse retrocesso social, ainda que não seja proibido, constitui uma restrição a Direito Fundamental. Com efeito, o juiz, ao controlar a medida em causa, deve proceder a um controle a altura da gravidade da situação – Lei Restritiva de Direito Fundamental – e da natureza de trunfo do Direito em causa – Direito Fundamental – que em momentos delicados como o que a sociedade civil portuguesa vive, reclamam maior observância.

O Governo fez parecer que a solvabilidade das contas públicas é que é um Direito Fundamental, que deveria prevalecer sobre todo e qualquer valor. Como se a situação do déficit público configurasse um Estado de Sítio ou de Exceção, com a correspondente suspensão da vigência da Constituição. E, in-

compreensivelmente, o Palácio Ratton, através da negação da natureza dos direitos em causa e da tipicidade da lei subjacente aos orçamentos, legitimou, por meio de um fraco controle de constitucionalidade, mais político do que jurídico, o ideal do Governo, como se o Estado se regesse por regras puramente econômicas e não sociais conquistadas através de lutas históricas.

Em clara violação da natureza contra maioritária das garantias em causa, o Tribunal Constitucional, através de um controle de evidência, aceitou que houvesse violação do Princípio da Igualdade, da Proteção da Confiança e da Proibição do Excesso, pois segundo aquela Corte, estas afrontas estavam *dentro dos limites de sacrifício*. A Constituição está vigente¹⁴⁰ e não se configura o Estado de Exceção. A natureza do problema ora em análise, tendo em vista a forma de Estado e da Constituição Portuguesa, reclama uma densidade de controle de constitucionalidade muito forte e que, em muito, deveria ultrapassar o critério de evidência.

O Tribunal limitou-se a fazer juízos de evidência e com isso a natureza dos direitos que deveria ser de trunfos, restou significativamente esvaziada, e só aquilo que era evidentemente desproporcional foi “chumbado”. Nestes moldes, a jurisprudência que emanou, *de forma austeriana*¹⁴¹ do Palácio Ratton, acabou por se transformar em legitimadora do suposto Direito de Exceção.

Reconhecemos que muitas vezes, diante de outros bens, os direitos fundamentais poderão ter de ceder. Todavia, nesse

140 Com efeito, a lei de orçamento de Estado, a exemplo de todos os instrumentos normativos que possam ser editados, têm sempre se submeter a Constituição, neste sentido, Tiago Duarte afirma que: “*A lei de Orçamento de Estado está, desta forma, sujeita aos condicionalismos típicos de uma lei reforçada, devendo assim, cumprir a Constituição e as suas normas e princípios, o que a inibirá de modificar ou revogar qualquer acto normativo ou contratual, sempre que, com essa atuação, se viole o texto constitucional.*”¹⁴⁰ TIAGO DUARTE – *A Lei Por Detrás do Orçamento: A Questão Constitucional da Lei do Orçamento*, Coimbra, 2007, 291.

141 Expressão de A. CASIMIRO FERREIA – *Sociedade ...cit.*

período, as restrições a estes têm de respeitar os princípios estruturantes da República Portuguesa, e, neste sentido, concluímos, que os critérios econômicos não podem “*colocar em parêntesis o direito*”¹⁴². Seria justamente nesse momento que caberia ao Tribunal Constitucional, enquanto Guardião da Constituição, defender as garantias fundamentais que, consagradas constitucionalmente, repetimos, são armaduras contra os poderes instituídos.

Os casos aqui apresentados tratam-se, sem dúvida, de *casos difíceis*. E assim sendo, aceitamos que os julgamentos aqui referidos do Palácio Ratton, não estejam simplesmente errados. Sabemos de antemão que a nossa resposta talvez não esteja totalmente certa, mas seja sim uma resposta aceitável. Por isso, o contributo que aqui encerramos é *tão obstinado quanto bem sucedido*¹⁴³. *Ist et Post*, é necessário reforçar que se o Governo não levar a sério os direitos, tampouco leva a sério o Direito¹⁴⁴.



REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert – *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción y estudio introductorio de CARLOS BERNAL PULIDO, 2ª ed, Madrid, 2008.

142 S.TAVARES DA SILVA – *Sustentabilidade e Solidariedade em Estado de Emergência Económico-Financeira*, in: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Org.) O Memorando da Troika e as Empresas, Congresso 10 anos do IDET, Coimbra, 2012, 33, 31-60.

143 Referimos-nos à conclusão de Dworkin, no sentido de que : “*the teoretical argument is contradicted by the capacities of those who make the argument, and it cannot even be stated, or so it seems, in a way that does not dissolve its claims into the very background it seeks to challenge.*” RONALD DWORKIN – *Taking ...cit*, 290.

144 “*If the Government does not take rights seriously, then it does not take law seriously either.*” RONALD DWORKIN – *Taking ...cit*, 290.

- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 1987.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, 4ª ed., 2009.
- ARISTÓTELES – *Política*, Tradução PEDRO CONSTANTIN TOLENS, 6.ª ed, 9ª Reimpressão, São Paulo, 2013.
- BARROS, Alice Monteiro de – *Curso de Direito do Trabalho*, 6.ª ed., 2012.
- BONAVIDES, Paulo – *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo, 26.º ed., 2011.
- BOTELHO, Joaquim Gomes Botelho – *O Salário na doutrina e na legislação*, Dissertação de licenciatura em ciências políticas-econômicas, Faculdade de Direito, 1948/1949.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª ed, 13.ª Reimpressão, Coimbra, 2003.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes / MOREIRA, Vital – *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra, 1991.
- CICCO, Cláudio de, – *História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito*, 3.ª ed, São Paulo, 2006.
- DUARTE, Tiago – *A Lei Por Detrás do Orçamento: A Questão Constitucional da Lei do Orçamento*, Coimbra, 2007.
- DWORKIN, Ronald – *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1997.
- FERREIA, António Casimiro – *Sociedade de Austeridade e Direito do Trabalho de Exceção*, Porto, 2012.
- FONSECA, Guilherme da – *Anotação ao acórdão 396/2011 do Tribunal Constitucional*, in: J. BACELAR GOUVEIA (Dir), *Revista de Direito Público*, Ano II, n.º6, JUL/DEZ 2011.
- FRIEDMANN, Georges – *Où va le travail humain*, Éditions Gallimard, Paris, 1963.
- GEDIEL, José Antônio Peres – *A Irrenunciabilidade a direitos*

- de personalidade pelo trabalhador*, in: I. W. SARLET (Org.), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre, 2003.
- KANT, Immanuel – *Crítica da Razão Prática*, 3.^a ed, Tradução Rodolfo Schaefer, São Paulo, 2003.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Anotação ao acórdão 396/2011 do Tribunal Constitucional*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 71, Vol. IV, Out / Dez 2011.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Anotação ao acórdão 353/2012 do Tribunal Constitucional*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. I, Jan / Março 2012.
- LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes – *Anotação ao acórdão 187/2013 do Tribunal Constitucional*, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 72, Vol. IV, Out / Dez 2012.
- LEITE, Jorge – *Estatuto Constitucional do Salário: Considerações a propósito do Artigo 19.º da Lei 55-A/2010*, in: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Org.) *O Memorando da Troika e as Empresas, Congresso 10 anos do IDET*, Coimbra, 2012.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 4.^a ed., Coimbra, 2008.
- MORAES, Carlos Blanco de – *Curso de Direito Constitucional: As funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português*. TOMO I, 2.^ªed, 2008.
- MORE, Thomas – *Utopia*, 3.^a ed, Tradução MARIA ISABEL GONÇALVES TOMÁS, Lisboa, 1995.
- NIETZSCHE, Frederico – *Para Além de Bem e Mal*, Tradução HERMANN PFLÜGER, Lisboa, 1987.
- NOVAIS, Jorge Reis – *As Restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Lisboa, 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, 2006.

- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra, 1.ª ed, Reimpressão, 2011.
- NOVAIS, Jorge Reis – *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito*, Coimbra, 2012.
- OLEA, Manuel Alonso – *Introducion al Derecho del Trabajo*, 4.ª ed, Madrid, 1981.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Igualdade de Tratamento ente Trabalhadores e Trabalhadoras em matéria remuneratória: A Aplicação da Directiva 75/117CE em Portugal* in: A. J. Moreira (Coord), *Estudos de Direito do Trabalho*, Vol. 1, 2003.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho*, I, 2.ª ed, Coimbra, 2009.
- RAMALHO, Maria do Rosário Palma – *Tratado de Direito do Trabalho*, II, 4.ª ed, Coimbra, 2012.
- SANTOS, António Carlos dos, / PALMA, Clotilde Celorico – *O acórdão do Tribunal Constitucional N.º353/2012, de 5 de Julho: A prevalência da Razão Jurídica sobre a Razão Económica*, in: E. PAZ ferreira, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal.*, Ano 5, Vol.2.
- SARLET, Ingo Wolfgang – *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, 2001.
- SILVA, Suzana Tavares da – *Sustentabilidade e Solidariedade em Estado de Emergência Económico-Financeira*, in: Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (Org.) *O Memorando da Troika e as Empresas*, Congresso 10 anos do IDET, Coimbra, 2012.
- VILLEY, Edmond – *La Question des Salaires ou La Question Sociale*, Paris, 1887.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *A Matriz Constitucional do Direito do Trabalho*, in: A. J. Moreira (Coord), III Congresso Nacional de Direito do Trabalho, Coimbra, 2000.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo – *A Constituição Portuguesa como fonte do Direito do Trabalho*, in: A. J. Moreira (Coord), Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Prof. Manuel Alonso Olea, 2004.

LISTA DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS:

Ac. TC. n.º 396/2011 de 21 de Setembro de 2011 – Constitucionalidade do OGE de 2011. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt

Ac. TC. n.º 353/2012 de 05 de Julho de 2012 – Constitucionalidade do OGE de 2012. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt

Ac. TC. n.º 187/2013 de 05 de Abril de 2013 – Constitucionalidade do OGE de 2013. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt