



**CONSTITUIÇÃO *PRIMA FACIE*: IGUALDADE,
PROPORCIONALIDADE, CONFIANÇA
(APLICADOS AO “CORTE” DE PENSÕES)**

***PRIMA FACIE* CONSTITUTION: EQUALITY,
PROPORTIONALITY AND LEGITIMATE
EXPECTATIONS (APPLIED TO PENSION
REDUCTIONS)**

Vitalino Canas
Número 1, 2014
ISSN 2183-184x

**E-PÚBLICA
REVISTA ELECTRÓNICA DE DIREITO PÚBLICO**

www.e-publica.pt

**CONSTITUIÇÃO *PRIMA FACIE*: IGUALDADE,
PROPORCIONALIDADE, CONFIANÇA
(APLICADOS AO “CORTE” DE PENSÕES)**

***PRIMA FACIE* CONSTITUTION: EQUALITY, PROPORTIONALITY
AND LEGITIMATE EXPECTATIONS (APPLIED TO PENSION
REDUCTIONS)**

VITALINO CANAS*

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade - Cidade Universitária
1649-014 Lisboa - Portugal
vitalino.canas@gmail.com

Abstract: A trilogia da constituição *prima facie* não é “liberdade, igualdade, fraternidade” mas sim “igualdade, proporcionalidade, confiança”. Os princípios da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança têm em comum, pelo menos, a função que desempenham: são instrumentos de mediação de operações de ponderação e otimização e, nessa medida, veículos da constituição *prima facie*. Em Portugal têm também em comum a circunstância conjuntural de serem os parâmetros mais invocados por quem tem suscitado a apreciação da constitucionalidade das normas legislativas que reduziram os montantes de salários e de pensões pagos com recursos abrangidos pelo Orçamento de Estado (“cortes”¹). Em resposta, o juiz constitucional tem-lhes atribuído relevância e impacto desigual. O princípio da igualdade tem sido o fundamento primordial da declaração de inconstitucionalidade de alguns daqueles “cortes”. O princípio da proteção da confiança tem sido frequentemente testado, mas só uma recente decisão de inconstitucionalidade se baseou exclusivamente na sua violação. O princípio da proporcionalidade, apesar de reiteradamente invocado pelos autores dos processos de fiscalização, tem sido remetido a uma função subsidiária (ou a uma aplicação velada?). Para que as decisões do juiz constitucional possam ser consideradas racionais do ponto de vista prático é necessário que aqueles instrumentos sejam racionais do ponto de vista teórico²: a sua estrutura dogmática e argumentativa deve ser clara, transparente, coerente e estável, sobretudo na componente valorativa, de modo a serem imunes à acusação de que funcionam como meros repercutores de inclinações ideológicas dos juizes. A profusa jurisprudência sobre os “cortes” de pensões fixada nos últimos anos pelo Tribunal Constitucional fornece uma oportunidade para avaliar se assim tem sido. No n.º 1 focaremos sumariamente o conceito de constituição *prima facie*

1. Por facilidade, usaremos a expressão comum, não técnica, de “cortes” (de pensões ou salários). No caso dos “cortes” de pensões, a expressão abrange todo o conjunto de intervenções legislativas que de alguma forma afetem negativamente posições jurídicas subjetivas sobre elas incidentes.

2. Sobre racionalidade teórica e prática na fundamentação constitucional v. a sumúla de Carlos Bernal Pulido, *El Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*, 3.ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 238 ss.

e seus veículos. No n. 2 estudaremos o princípio da igualdade como limite aos “cortes” de pensões. No n.º 3 estudaremos o princípio da proteção da confiança como limite aos “cortes” de pensões. No n.º 4 estudaremos o princípio da proporcionalidade como limite aos “cortes” de pensões.

Palavras-chave: Constituição *prima facie*; igualdade; proporcionalidade; tutela da confiança; corte de pensões

Keywords: *Prima facie* constitution; equality; proportionality; legitimate expectations; pension reduction

Sumário: 1. A constituição *prima facie* e os seus veículos, 2. O princípio da igualdade como limite ao “corte” de pensões, 2.1. O princípio da igualdade em traços gerais (contrastes com o princípio da proporcionalidade), a) Conteúdo material, b) Pressupostos de aplicação, c) Estrutura, (i) Versão fraca, (ii) Versão forte, (iii) Critérios de aplicação das versões forte e fraca, d) Metodologia de aplicação e de controlo, e) Intensidade do controlo do cumprimento do princípio da igualdade, 2.2. O princípio da proporcionalidade como limite às interferências legislativas no âmbito ideal de proteção do princípio da igualdade?, 2.3. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade como instrumentos de ponderação e otimização independentes, 2.4. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre “cortes” de salários e pensões, a) A “igualdade proibição do arbítrio” no acórdão n.º 396/11, b) A “igualdade proporcional” nos acórdãos n.º 353/12 e 187/13, (i) Acórdão n.º 353/12, (ii) Acórdão n.º 187/13, c) A “fuga” à igualdade no acórdão n.º 862/13, 3. O princípio da proteção da confiança como limite ao “corte” de pensões, 3.1. As sucessivas “fórmulas” de proteção da confiança, a) A fórmula antiga, b) A fórmula intermédia, c) A nova fórmula, d) A nova fórmula *mais*, 3.2. A intensidade de controlo do cumprimento do princípio da proteção da confiança, 3.3. Princípio da proteção da confiança como versão enfraquecida ou fortificada do princípio da proporcionalidade, ou parâmetro autónomo?, 4. O princípio da proporcionalidade como limite ao “corte” de pensões

1. A constituição *prima facie* e os seus veículos

Há um debate subliminar sobre se há uma “constituição da normalidade” e uma “constituição da crise”. Este debate tem relevo sobretudo nas áreas sociais ou prestacionais da constituição, mas a ele não fogem algumas zonas mais clássicas, como a dos direitos de liberdade que implicam posições jurídicas subjetivas de vantagem e correlativos deveres do Estado de proteção ou até de promoção. Este debate não toca o essencial. Na verdade, em situação de normalidade ou em situação de crise (económica ou outra), as constituições são em boa medida entendidas e aplicadas atualmente como *constituições prima facie*, isto é, quadros normativos que estabelecem uma disciplina de *princípio* que é superada se houver razões cuja ponderação concreta - pautada pelo que temos designado

de comandos de ponderação e otimização - justifique aquela superação³.

A Constituição *prima facie* confere superior margem de manobra ao legislador, proporcionando-lhe uma maior capacidade de adaptação às circunstâncias (inclusive de crise) e aos programas políticos. Mas também realça o papel do juiz constitucional, obrigado a intensificar o controlo da lei, particularmente nas circunstâncias em que esta, em nome de interesses públicos, por vezes de emergência, repondera os equilíbrios sociais garantidos pelos direitos e por princípios como o da igualdade.

A Constituição *prima facie* é contemporânea da *era* do princípio da proporcionalidade⁴, de uma *nova relevância* do princípio da igualdade e da *reanimação* da construção jurisprudencial do princípio da proteção da confiança, todos eles com ligação umbilical ao princípio do Estado de direito (artigo 2.^o). Outros veículos da constituição *prima facie* poderiam ser versados se espaço houvesse⁶.

3. Uma referência mais ou menos remota da ideia de Constituição *prima facie* pode buscar-se na filosofia moral de W. D. Ross e nos seus deveres *prima facie* ou *deveres condicionais*: v. *The Right and the Good*, 1930, p. 16, descarregado de <http://www.ditext.com/ross/right.html>

4. Na linha da doutrina nacional mais representativa temos usado indiferenciadamente os *nomens* proporcionalidade (particularmente em entradas de dicionários e enciclopédias e em textos com tradução para o inglês) e proibição do excesso (em monografias). Todavia, o esforço de gradual afinação analítica permite distinguir entre o macro-conceito princípio da proporcionalidade e as suas bifurcações de (proporcionalidade) concordância prática, (proporcionalidade) proibição do excesso e (proporcionalidade) proibição do defeito. Até termos oportunidade para explicitar esta matéria, continuaremos fiéis à opção de usar princípio da proporcionalidade e princípio da proibição do excesso como expressões fungíveis, havendo que reconhecer, entretanto, que o princípio faz hoje parte da *linguagem universal* do direito constitucional, com manifesta prevalência do *nomen* 'princípio da proporcionalidade'. A participação no debate universal aconselha, em última análise, a adoção deste último.

5. As referências a preceitos sem indicação de fonte reportam-se à Constituição Portuguesa de 1976.

6. Um dos mais interessantes é o princípio italiano da *ragionevolezza* que, no sentido mais amplo, se relaciona com a igualdade (onde começou a sua configuração), a proporcionalidade, a adequação, a não contradição e a ponderação ou balanceamento. Sobre o tema da *ragionevolezza*, Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in *Studi in memoria de C. Esposito*, III, CEDAM, Padova, 1973; Sandulli, "Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale", in *Diritto e Società*, n.ºs 3/4 (1975), 561-577; AAVV, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Giuffrè, Milano, 1994; Paladin, «Ragionevolezza (principio di)», in *Enciclopedia del diritto*, I, Giuffrè, Milano, 1997, 899 ss; Luther, «Ragionevolezza (delle leggi)», *Dig. It. Disc. Pubbl.*, XII, Torino 1997, 353 ss; D'Andrea, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2000; *idem*, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2003; Scaccia, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2000; Ruggeri, «Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale», in *Diritto e società*, vol. 4 (2000), p. 569; Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2001; La Torre/Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002; Francesco Viola, «Costituzione e ragione pubblica: il principio di ragionevolezza tra diritto e politica», in *Persona y Derecho*, vol 46 (2002), pp. 35-71.

Outro é o chamado *Wednesbury Reasonableness test*, usado no Reino Unido (ultimamente, fala-se também de *heightened Wednesbury test*). Sobre o teste e a sua relação com o princípio da proporcionalidade, J. Jowell, A. Lester, «Proportionality: Neither Novel nor Dangerous», in Jeffrey L. Jowell and Dawn Oliver (eds.), *New directions in Judicial Review*, Taylor & Francis, Londres, 1988, p. 51-72; Gráinne de Búrca, «Wednesbury Unreasonableness and Proportionality»

2. O princípio da igualdade como limite ao “corte” de pensões

Nos termos da Lei do Orçamento de Estado de 2011 (LOE 2011), sobre as pensões recaiu uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES), no valor de 10%, aplicável a pensões de valor mensal superior a €5000. A contribuição incidia sobre o montante da pensão que excedesse os €5000. Esta norma não foi sujeita a apreciação da constitucionalidade⁷.

A LOE 2012 manteve a contribuição extraordinária de solidariedade, mas com nova fórmula de cálculo: 25% sobre o montante que excedesse 12 vezes o valor do indexante dos apoios sociais (€5030,64), que não ultrapassasse 18 vezes esse indexante e 50% sobre o montante que ultrapassasse aquelas 18 vezes. De novo, esta norma não foi sujeita a apreciação da constitucionalidade. À CES acrescia todavia a redução ou suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal de pensionistas cujas pensões fossem iguais ou superiores a €600. As normas respetivas foram sujeitas a apreciação da constitucionalidade e julgadas inconstitucionais⁸.

A LOE 2013 manteve a contribuição extraordinária de solidariedade, mas com taxas progressivas sobre pensões a partir de €1350 (e não apenas as superiores a cerca de €5000). Por outro lado, determinou a suspensão do pagamento de até 90% do subsídio de férias, aplicável a pensões superiores a €600 mensais (a que acrescia o aumento geral de impostos sobre o rendimento). Sobre todas elas foi suscitada a fiscalização da constitucionalidade. Só não foi declarada a

ity», in Mads Andenas (ed), *English Public Law and the Common Law of Europe*, Key Haven, London, 1998; C. M. G. Himsworth, «La proporcionalidad en el Reino Unido», in *CDP*, vol. 5 (1998), p. 273 – 286; Boyron, «Propotionality in English administrative law: a faulty translation?», *OJLS* 12 (1992), 237-264; Paul Craig, «Unreasonableness and Proportionality in the UK Law», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 85-106; Lord Hoffmann, «The Influence of the European Principle of Proportionality upon UK Law», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 107-115; David Feldman, «Proportionality and the Human Rights Act 1998», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 117-144; N. Green, «Proportionality and the Supremacy of Parliament in the UK», in Evelyn Ellis (ed.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing, Oxford, 1999, pp. 145-164; Aileen Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Niels Petersen, «How to Compare the Length of Lines to the Weight of Stones: Balancing and the Resolution of Value Conflicts in Constitutional Law», in *German Law Journal*, vol. 14 (2013), pp. 1387-1408, 1397, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1559> (também sobre formas “reduzidas” do princípio da proporcionalidade)

7. Cfr. acórdão n.º 396/11 (Joaquim Sousa Ribeiro). Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional são acessíveis através do sítio www.tribunalconstitucional.pt pelo que nos dispensamos de referir o local da sua publicação oficial. Para as respetivas citações usaremos o modo de numeração tal como consta da base de dados acessível a partir daquele sítio (número, década e ano: por exemplo 396/11), embora o Tribunal o tenha alterado depois da mudança de século. Quanto à identificação do local preciso de alguma citação ou referência, não sendo possível utilizar o número de página, empregaremos o número interno do acórdão, de acordo com a organização do relator. Sempre que se referir apenas o número de acórdão, sem indicação de proveniência, deve entender-se que se trata de um acórdão do Tribunal Constitucional.

8. Acórdão n.º 353/12 (João Cura Marino).

inconstitucionalidade da CES⁹.

Finalmente, em 2013, foi aprovada uma proposta de lei, com reflexos no OE de 2014, que pretendia determinar para o futuro o *quantum* das pensões dos beneficiários da Caixa Geral de Aposentações inscritos até 31 de agosto de 1993, reduzindo-o (ou “recalculando-o”) no caso das pensões de reforma, invalidez e de sobrevivência com valor ilíquido mensal superior a 600 euros. As normas foram sujeitas a fiscalização preventiva da constitucionalidade, tendo sido julgadas inconstitucionais¹⁰.

Em quase todos os casos, exceto um, o princípio da igualdade funcionou como parâmetro central de escrutínio. Em nenhum caso o princípio da proporcionalidade, isoladamente considerado, teve qualquer papel, embora a aplicação do princípio da igualdade apareça mesclada com alusões à proporcionalidade, suscitando a questão da relação entre esses princípios.

2.1. O princípio da igualdade em traços gerais (contrastes com o princípio da proporcionalidade)¹¹

9. Acórdão n.º 187/13 (Carlos Fernandes Cadilha).

10. Acórdão n.º 862/13 (Lino Ribeiro). Aquela proposta de lei é apenas uma peça de um quadro global articulado na LOE 2014, que continua a prever a contribuição extraordinária de solidariedade, 3,5% a 10% para pensões mensais entre €1350 e €3750, valor acima do qual se aplica uma contribuição fixa de 10%

11. Sobre princípio da igualdade v. especialmente Jorge Miranda, «Igualdade, princípio da», in *Polis*, vol. 3, Verbo, Lisboa, pp. 402-10; idem, «Igualdade», in DJAP, V vol., p. 100 ss; idem, Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 265 ss. (com abundante bibliografia); *Castanheira Neves, O instituto dos assentos e a função jurídica dos Supremos Tribunais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1983, p. 118 ss.; J.J. Gomes Canotilho, - *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1982; p. 380 ss.; J. Martins Claro, - *Introdução ao estudo do princípio da igualdade em Direito Constitucional*, dissertação de pós-graduação (inérita), FDUL, Lisboa, 1983; idem, « O princípio da igualdade», in *Nos Dez Anos da Constituição* (ob. coletiva), INCM, Lisboa, 1987, 31 ss.; Maria da Glória Garcia, «Princípio da Igualdade, Fórmula vazia ou Fórmula «carregada» de «conteúdo»», in *BMJ*, vol. 358 (1986), pp. 19-64; idem, *Estudos sobre o princípio da igualdade*, Almedina, Coimbra, 2005 ; Martim de Albuquerque, *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*, Almedina, Coimbra, 1993; Maria Lúcia Amaral, ««O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa»», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 35-57; Fernando Alves Correia, *O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Coimbra, Almedina, 1989; Guilherme Machado Dray, *O Princípio da Igualdade no Direito do Trabalho – sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho*, Almedina, Coimbra, 1999; idem, «O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira», in *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, vol. 2 (2003), p. 113-137; J. Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004 p. 101 ss; Vera Raposo, *O Poder de Eva. O princípio da igualdade no âmbito dos direitos políticos problemas suscitados pela discriminação positiva*, Almedina, Coimbra, 2004; Canotilho/Moreira, *Constituição da República Portuguesa anotada*, I, 4.ª edição revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 333 ss; Miranda/Medeiros, *Constituição Portuguesa anotada*, tomo I, 2.ª ed., Wolters-Coimbra Editora, 2010, p. 213-41; Ravi Pereira, «Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público», in *REDC*, vol. 98 (2013),

pp. 317-370; Pedro Machete e Teresa Violante - «O princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade na Jurisprudência Constitucional, também em relação com a Jurisprudência dos Tribunais Europeus. Relatório do Tribunal Constitucional de Portugal», apresentado na XV Conferência trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2013, acessado em Novembro de 2013 através do sítio do TC, www.tribunalconstitucional.pt. Na doutrina continental europeia, continua essencial a dissertação de Gerhard Leibholz, *Die Gleichheit vor dem Gesetz: eine studie auf rechtsvergleichender und rechtsphilosophischer grundlage*, O. Liebmann, Berlin, 1925; utilizámos a 2.^a edição, revista e bastante alargada, de 1959; Heinrich Triepel, *Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien*, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1924; Erich Kaufmann, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Caderno 3, Walter de Gruyter, Berlin, Leipzig, 1927, pp. 2 a 23; Joseph Tussman e Jacobus tenBroeck, «The Equal Protection of the Laws», in *California Law Review*, vol. 37 (1949), pp. 341-381, consultado em <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3493&context=california-lawreview>; H. P. Ipsen «Gleichheit», in F. L. Neumann, H. C. Nipperdey and U. Scheuner (eds.), *Die Grundrechte*, vol. II, Berlin, Duncker & Humblot, 1954, pp. 111-198; Livio Paladin, *Il principio costituzionale d'egualianza*, Giuffrè, Milão, 1965; Claudio Rossano, *L'egualianza giuridica nell'ordinamento costituzionale*, E. Jovene, Napoli, 1966; Arye L. Miller, «Equality as an Integral Part of Social Justice», *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, vol. LXXII, (1968), p. 482 ss.; Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen des allgemeinen verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 1971; Michael Kloepfer, *Gleichheit als Verfassungsfrage*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980; Gerhard Robbers, *Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Nomos, Baden-Baden, 1980; *idem*, «Der Gleichheitssatz», in *Die Öffentliche Verwaltung*, vol. 41 (1988), pp. 749-758; Philippe Gérard, *Droit, égalité et idéologie. Contribution à l'étude critique des principes généraux de droit*, Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981; Christoph Link, *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat. Symposium zum 80. Geburtstag von Bundesverfassungsrichter i. R. Professor Dr. phil. Dr. iur. Dr. h. c. Gerhard Leibholz am 21. November 1981*, Nomos, Baden-Baden, 1982; Peter Westen, «The empty idea of equality», in *Harvard Law Review*, vol. 95 (1982), p. 537-596; Donald P. Kommers, «Der Gleichheitssatz: Neuere Entwicklungen im Verfassungsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland» in Christoph Link (ed.) *Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat* Nomos, Baden-Baden, 1982, pp. 31-50; Konrad Hesse, «Der Gleichheitssatz in der neueren deutschen Verfassungsentwicklung», in *AöR*, 109, (1984), p. 174 segs.; *idem*, «Der allgemeine Gleichheitssatz in der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Rechtsetzungsgleichheit», in Peter Badura, Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1993, pp. 121-131; Paul Kirchhof, «Gleichmaß und Übermaß», in Peter Badura, Rupert Scholz (org.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, Beck, München, 1993, pp. 133-149; *idem*, «Allgemeiner Gleichheitssatz», in Paul Kirchhof, Josef Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 8, 3.^a ed., C. F. Müller, Heidelberg, 2010, p. 697-838; Michael Sachs, *Grenzen des Diskriminierungsverbots Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz*, Vahlen, München, 1987; Sheilah Martin/Kathleen Mahoney (eds.), *Equality and Judicial Neutrality*, Carswell, Toronto, Calgary, Vancouver, 1987; Herbert Gottweis/Wolfgang C. Müller, *Gleichheit durch Gesetz?* Siegen, 1988; Christof Gusy, «Der Gleichheitssatz», in *NJW*, 1988, p. 2505 segs; Klaus Barchtold, «Der Gleichheitssatz in der Krise», in Manfred Nowak e outros (ed.), *Fortschrift im Bewusstsein der Grund und Menschenrechte. Festschrift für Felix Ermacora*, Engel, Kehl am Rhein, 1988, p. 327-347; Thomas Würtemberg, «Equality», in Ulrich Karpen (ed.), *The Constitution of the Federal Republic of Germany. Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pgs. 67-90; Rudolf Wendt, «Der Gleichheitssatz», in *NVwZ*, 1988, pp. 778; Reinhold Zippelius, Georg Müller, «Der Gleichheitssatz. Berichte u. Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Dt. Staatsrechtslehrer in Tübingen vom 5. bis 8. Okt. 1988», in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 47 (1989), p. 7-112; Friedrich Schoch, «Der Gleichheitssatz», in *DVB1*, 1988, pp 863-82; Barbara Bottger, *Das Recht*

O princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade são ambos tributários de uma ideia de justa medida que pauta a materialização da constituição *prima facie*, encontrando-se frequentemente nas respetivas trajetórias de aplicação. Pode falar-se de uma base comum de racionalidade¹². Por isso, há autores que vêem o princípio da proporcionalidade como decorrência do princípio da igualdade¹³, outros que não distinguem claramente os dois princípios, outros ainda que incorporam na estrutura do princípio da igualdade elementos estruturais do princípio da proporcionalidade. Mas, materialmente, correm em linhas que

auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3.2 Grundgesetz, Westfälisches Dampfboot, Münster, 1990; Stefan Huster, *Rechte und Ziele: Zur Dogmatik des allgemeinen Gleichheitssatzes*. Duncker & Humblot, Berlin, 1993; Christian Koenig, «Die gesetzgeberische Bindung an den allgemeinen Gleichheitssatz - Eine Darstellung des Prüfungsaufbaus zur Rechtsetzungsgleichheit», in *JuS* vol. 35 (1995), pp. 313-18; Ute Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Abs. 2 des Grundgesetzes*, 2.^a ed, Nomos, Baden-Baden, 1996; Alan Dashwood, *Siofra O'Leary, The principle of equal treatment in EC law: a collection of papers by the Centre for European Legal Studies (Cambridge)*, Sweet&Maxwell, London, 1997; Lothar Michael, *Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennormen komparativer Systeme*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997; *idem*, «Los derechos de igualdad como principios iusfundamentales», in Jan-R. Sieckmann (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 137-167; M. Krugmann, «Gleichheit, Willkür und Evidenz» in *JuS*, vol. 38 (1998), pp. 7-13; Brun-Otto Bryde / Ralf Kleindiek, «Der allgemeine Gleichheitssatz», in *Jura*, 1999, pp. 36-44; Juliane Kokott, «Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in: Badura / Dreier (eds.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. 2: *Klärung und Fortbildung des Verfassungsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 127-162; Eric Heinze, *The Logic of Equality: A Formal Analysis of Non-discrimination Law*, Ashgate, Aldershot, 2003; Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trad. de Julian Rivers, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 260 ss; Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4.^a ed., Editorial Trotta, Madrid, 2004, pp. 73-96; Gavara de Cara, *Contenido y Función del Término de Comparación en la Aplicación del Principio de Igualdad*, Aranzadi, Navarra, 2005; Luis Villacorta Mancebo, «Principio de igualdad y legislador: arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes)», in *REP*, vol. 130 (2005), pp 35-75; Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais. Direito Estadual II*, trad. da 23.^a ed., Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2008; Wojciech Sadurski, *Equality and Legitimacy*, Oxford University Press, New York, 2008; David Beatty, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, USA, 2005, p. 76 ss; Kenji Yoshino, «The new equal protection», in *Harvard Law Review*, vol. 124 (2011), pp. 747-803, consultado em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf.

12. Na Itália esta base comum de racionalidade é bem expressa pelo facto de a igualdade e a proporcionalidade serem comumente colocadas sob a égide aglutinadora do princípio da *ragionevolezza*: v. por exemplo v. Michela Cariglia, «L'operatività del principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale», in La Torre/Spadaro, *La ragionevolezza nel diritto*, G. Giappichelli, Torino, 2002, p. 174; Laura di Gregorio, «L'identità strutturale tra il principio di ragionevolezza e il Verhältnismäßigkeitsgrundsatz», in *idem*, p. 239 ss.

13. Cfr. Peter Wittig, «Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes», D.Ö.V., 1968, p. 821; Franz Wieacker, «Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der Verhältnismäßigen Rechtsanwendung», in *Festschrift für Robert Fischer*, W. De Gruyer, Berlin-New York, 1979, p. 877; Hugo Kellner, «Zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Begriff, Ableitung, Geltungskraft», in *SchlHA*, 1978, p. 110. Recusando a possibilidade de deduzir ou derivar a proibição do excesso ou proporcionalidade da ideia de igualdade, Lerche, *Übermass ...*, p. 29 ss., 40 ss.; Eberhard Grabitz, «Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», in *AöR.*, ano 98 (1973), p. 585; Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1981, p. 122; Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752.

divergem frequentemente. Apesar de dificuldades muitas vezes sublinhadas, a linha divisória fica traçada se olharmos para os respetivos conteúdo material e intencionalidade, pressupostos, estrutura e metódica de aplicação. Embora em rigor não seja um campo donde resultem diferenças marcadas, o próprio tema do controlo pode ajudar a clarificar os traços distintivos¹⁴.

a) Conteúdo material

Brevitatis causa, continuaremos a usar a fórmula clássica “dever de tratar o igual de forma igual e o desigual de forma desigual” para enunciar o *princípio geral da igualdade* (artigo 13.º, n.º 1). Nela entroncam as manifestações específicas do princípio, designadamente os chamados *direitos especiais de igualdade*¹⁵. A consciência de que nada é absoluta ou integralmente igual, ou diferente, encoraja fórmulas aperfeiçoadas ou enriquecidas pela consideração da *substancialidade* da igualdade ou da desigualdade. Por exemplo: “proibir o tratamento substancialmente desigual do que é substancialmente igual e o tratamento substancialmente igual do que é substancialmente desigual¹⁶. Ou então, a formulações daqueles que, como Cerri, aludem a situações *análogas* evitando falar de situações iguais¹⁷.

b) Pressupostos de aplicação

Na enunciação dos pressupostos de aplicação (bem como no estudo da estrutura e das metódicas de aplicação e de controlo, que se seguirão) reportar-nos-emos, no essencial, ao primeiro segmento do princípio geral da igualdade: “dever

14. V. o desenvolvido debate sobre a relação entre os dois princípios, entre muitos, em Hirschberg, *Der Grundsatz...*, 111 ss; Mathias Herdegg, «The Relation between the Principles of Equality and Proportionality», in *Common Market Law Review*, vol. 22., n.º 4 (1985), pp 683-696; Kirchhof, «Allgemeiner...», *cit.*; Stefan Huster, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit: der allgemeine Gleichheitssatz Als Eingriffsrecht», in *JZ*, vol. 49, n.º 11 (1994), p. 541-49; Christoph Brüning, «Gleichheitsrechtliche Verhältnismässigkeit», in *Juristen Zeitung*, vol 56 (2001), pp. 669-73; Marion Albers, «Gleichheit und Verhältnismässigkeit», *Juristische Schulung*, vol. 48 (2008), pp. 945/9; Lothar Michael, «Los derechos de igualdad», *cit.*; Lerche, *Übermass...*, p. 51 ss.

15. O tema do conteúdo material do princípio da igualdade suscita complexos desenvolvimentos em que se entrecruzam contributos de natureza lógica, filosófica, sociológica, política e outras, para além da jurídica. Aqui não podemos ir além de uma menção genérica: na doutrina nacional v. a síntese oferecida por Martins Claro, - *Introdução ao estudo...*, p. 27 ss.

16. Jurisprudência do *BVerfG*, *cit.* por Huster, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», p. 541. Estas fórmulas clássicas podem ser sujeitas a maior precisão, mas também a versões mais reducionistas. No primeiro sentido, Miranda, «Igualdade...», p. 406; Carlos Bernal Pulido, «El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana», p. 1, *acedido em* http://portal.uexternado.edu.co/pdf/2_icrp/elJuicioDeLaIgualdadEnLaJurisprudencia.pdf; Raposo, *O Poder...*, 243. No segundo sentido, Adalbert Podlech, *Gehalt und Funktionen...*, p. 57, propondo a redução da fórmula da igualdade apenas ao primeiro segmento, do tratamento igual de situações iguais.

17. “Tratamento igual para situações *análogas* e diverso para situações diversas” (itálico aditado): Augusto Cerri, *L’egualianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*, Giuffrè, Milão, 1976, p. 44 (*apud* Martins Claro, - *Introdução ao estudo...*, p. 32)

de tratamento igual de situações iguais (ou análogas)”. O que se disser sobre este segmento vale simetricamente para o segmento do “dever de tratamento diferente de situações diferentes”, cuja violação pode estar em causa quando o legislador ignora ou não considera uma desigualdade de facto existente à partida. Focaremos, pois, a situação em que a lei diferencia ou pressupõe a diferenciação de categorias, classes ou situações, não obstante a existência de similitudes *parciais* relevantes entre elas, de acordo com alguns critérios¹⁸.

O pressuposto relevante para efeitos de distinção é a existência ou não de uma colisão ou conflito de bens, interesses ou valores como pressuposto de aplicabilidade.

A aplicação do princípio da proporcionalidade a uma norma legislativa pressupõe *sempre* uma colisão ou conflito de bens, interesses ou valores, que é *sempre* a *razão justificativa* da interferência legislativa e cuja resolução (com composição dos bens, interesses ou valores colidentes, dando prevalência a uns sobre outros, ou harmonizando-os equilibradamente) constitui *sempre* o fim da norma legislativa. A distinção entre *razão justificativa* da interferência legislativa e *fim* da interferência legislativa (ou fim da norma legislativa interferente) é analiticamente relevante, mas não tem consequências ao nível da estrutura do princípio da proporcionalidade, uma vez que a razão justificativa da interferência tem sempre umnexo incidível com o fim da interferência.

Em contrapartida, a aplicação do princípio da igualdade não pressupõe a existência de um conflito ou colisão de bens, interesses ou valores¹⁹. Pressuposto exclusivo da aplicação do princípio da igualdade é uma *diferenciação* estabelecida pela norma apreciada. De forma deliberada e consciente, ou involuntariamente, como mero efeito colateral e não especificamente desejado²⁰, a norma deverá delimitar um âmbito subjetivo ou objetivo que implique um tratamento diferenciado de grupos de pessoas ou situações. Por exemplo, no primeiro caso, dentro de um universo subjetivo caracterizado por similitudes parciais (*género próximo*: por exemplo, os trabalhadores por conta de outrem), a norma circunscreve um grupo caracterizado por uma *differentia specifica* em relação aos demais (os trabalhadores remunerados por verbas públicas), aplicando-lhes um tratamento qualificável como diferenciado à luz de um critério comparativo (*tertium*

18. E não obstante a existência de dissimilitudes *parciais* dentro da categoria, classe ou situação diferenciada, uma vez que por norma nunca há similitude total. Trata-se de um lugar comum, salientado por todos os autores. V. por exemplo Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais...*, p. 133; desenvolvendo o ponto, Garcia, *Estudos...*, p. 45 ss.

19. Alguns autores partem daqui para falar de uma relação bilateral (Estado/titulares de direitos subjetivos) como típica da proporcionalidade e de uma relação trilateral (Estado/cada um dos grupos diferenciados) como típica da igualdade: cfr., entre os mais recentes, Brüning, «Gleichheitsrechtliche...», p. 670. Mas a verdade é que o princípio da proporcionalidade não se aplica apenas a normas que visam resolver conflitos ou colisões entre direitos e interesses públicos; também se aplica a normas legislativas que têm a finalidade de resolver colisões de posições jurídicas subjetivas das pessoas, podendo falar-se aí de uma relação trilateral.

20. É consensual que as diferenciações podem ser consciente e deliberadamente desejadas pelo legislador ou resultar apenas indiretamente da interpretação sistemática das normas da lei ou até um efeito colateral não pretendido: assim, Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752; Marion Albers, «Gleichheit ...», p. 948.

comparationis: sujeição ou não a reduções salariais). A verificação deste pressuposto está incindivelmente ligada a um aspeto estrutural fundamental do princípio da igualdade: a *comparação* entre grupos ou situações. Em contraste, a aplicação do princípio da proporcionalidade não pressupõe uma diferenciação normativa entre grupos de pessoas ou situações.

Crucial na dogmática do princípio da igualdade, diferentemente do que sucede com o princípio da proporcionalidade, é a distinção entre *razão justificativa* da diferenciação e *fim* da norma que contém a diferenciação. Para o tratamento diferenciado, ou diferenciação, terá de ser identificada (mesmo nos casos em que diferenciação seja um mero efeito colateral, não diretamente desejado) *uma razão justificativa*, que variará de norma diferenciadora para norma diferenciadora, *não é sempre a mesma*. Entre razão justificativa da diferenciação e fim da norma legislativa que contém a diferenciação, o nexó pode ser ou não tão direto quanto o que se verifica entre a razão da interferência e o fim da interferência no caso da aplicação do princípio da proporcionalidade. Isso depende de se o fim da norma que diferencia é um *fim interno* ou um *fim externo* ao princípio da igualdade²¹. Se a medida legislativa visar um fim de justiça ou de (r)estabelecimento da igualdade jurídica ou material, isto é, um fim vinculado ou instrumental à própria teleologia do princípio da igualdade numa das suas precipitações, trata-se de um fim *interno*²². Isso sucede, por exemplo, quando o legislador visa corresponder a uma obrigação de prossecução de certo fim de igualdade (exemplo: a igualdade entre homens e mulheres no acesso a cargos públicos, artigo 109.º). Aí, a *razão justificativa* da diferenciação é a existência de uma desigualdade de base e o *fim* a superação dessa desigualdade de base. O nexó entre razão justificativa e fim da intervenção legislativa que introduz a diferenciação é um nexó similar ao que existe entre razão justificativa e fim das interferências legislativas em bens, interesses e valores que interessam ao princípio da proporcionalidade.

Essa similitude nem sempre se verifica. Quando a norma que contém a diferenciação visa um *fim externo* ao princípio da igualdade, isto é, um fim de natureza política, económica, social, financeira, ideológica, cultural ou outra, a ligação entre a razão justificativa da diferenciação e o fim da norma pode ser mais ou menos remota. Veja-se a situação em que o legislador estabelece normas que “cortam” o valor das pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), sem tocar nas pensões pagas pelo regime geral. Os fins da norma podem ser vários, mas suponha-se que o fim nominal ou real das normas é o *fim externo* de consolidação ou redução do défice orçamental, através da redução das transferências financeiras do Orçamento de Estado para a CGA. A razão justificativa da diferenciação entre as pensões (e os pensionistas) pagas pelos dois sistemas públicos de proteção social não é certamente a consolidação orçamental (que, porventura, se atingiria mais facilmente se não houvesse diferenciação, isto é, se o “corte” atingisse todos os pensionistas). Podem conceber-se várias razões

21. V. a distinção entre fins internos e externos em Huster, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», p. 543 ss.

22. Esta uma razões porque se pode dizer que a igualdade é um objetivo em si mesmo: Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752.

alternativas justificativas da diferenciação (ao invés do que sucede com a razão justificativa das interferências legislativas que suscitam a aplicação do princípio da proporcionalidade, que é *sempre a mesma*, a existência de uma colisão ou conflito): a ideia de que os pensionistas da CGA têm pensões mais generosas, ou de que os trabalhadores públicos são mais responsáveis pelo desequilíbrio das contas públicas do que os trabalhadores privados, ou de que os pensionistas da CGA são menos reivindicativos, ou de que o sistema da CGA está em piores condições de sustentabilidade do que o sistema geral ou até a pura posição ideológica de que o setor público deve ser mais sacrificado do que o privado e muitas outras, mais ou menos discutíveis, mais ou menos relacionáveis com o fim da norma.

Esta variabilidade das relações possíveis entre razões justificativas da diferenciação e fins da norma reflete-se numa estrutura argumentativa significativamente mais complexa do princípio da igualdade. As mais relevantes consequências dizem respeito à (in)adaptabilidade dos segmentos da proporcionalidade à estrutura do princípio da igualdade, que estudaremos na secção seguinte. Por ora salienta-se apenas a repercussão ao nível da questão da *legitimidade do fim* prosseguido pela norma legislativa.

A questão da legitimidade do fim (e sua apreciação) é exterior ao princípio da proporcionalidade. A ilegitimidade do fim gera a inconstitucionalidade da norma, não por violação do princípio da proporcionalidade, mas por violação da norma constitucional que proíbe o fim prosseguido.

Em contrapartida, isso nem sempre é assim no caso do princípio da igualdade. O conteúdo normativo da igualdade desdobra-se em proibições, obrigações e autorizações. Em alguns casos o legislador está obrigado à específica prossecução de certo fim de igualdade (exemplo, a igualdade entre homens e mulheres no acesso a cargos públicos), ou especificamente proibido de prosseguir fins de desigualdade (exemplo, diferenciar filhos nascidos no casamento e filhos nascidos fora do casamento), ou sujeito a uma proibição geral de prossecução de fins de discriminação negativa especificamente direcionados²³. Nesses casos, a legitimidade do fim não é um fator externo ao princípio da igualdade, mas um fator *interno*, isto é, um *elemento estrutural*. Saber se o fim é ilegítimo ou legítimo é um tema do princípio da igualdade, com consequências ao nível da violação ou não deste princípio. A situação é diferente quando a norma legislativa visa prosseguir fins *externos*. Nesse caso, a legitimidade do fim é um *pressuposto* de aplicação do princípio da igualdade e não um elemento estrutural desse princípio. A ilegitimidade do fim, verificando-se, não constitui violação do princípio da igualdade mas da norma constitucional que proíbe aquele fim.

c) Estrutura

23. V. Tussman, tenBroek, «The Equal Protection...», p. 357:isto é, normas cujos fins são direta e inequívoca expressão do antagonismo ou da hostilidade contra certos grupos de pessoas, não tendo outro fim do que exprimir esse antagonismo ou hostilidade.

A alegação de laços entre igualdade e proporcionalidade não é de hoje²⁴, tal como não é de hoje a rejeição de relações de fundamentação, assimilação ou incorporação, recíprocas²⁵. As diferenças dos pressupostos de aplicação repercutem-se na estrutura dogmática dos dois princípios, realçando as diferenças e as semelhanças. Embora essas designações genéricas corram o risco de excessiva simplificação, a literatura identifica *grosso modo* duas versões do princípio da igualdade do ponto de vista da sua estrutura. Mantê-las-emos como ponto de partida, sublinhando algumas nuances quando oportuno. Por facilidade, designá-las-emos de *fraca* e *forte*²⁶.

(i) A versão *fraca*

Na versão *fraca* (*Willkür-Formel*), o princípio da igualdade confunde-se ou

24. As raízes da relação entre as ideias de igualdade e proporcionalidade recuam até à Antiguidade. Mais recentemente, no pensamento jurídico do século XIX a ligação entre os pensamentos da igualdade e da proporcionalidade foi feita pelo menos por K. S. Zachariä, *Vierzig Bücher vom Staate*, vol. 4, 2.^a ed., Winter, Heidelberg, 1840, p. 24 (*apud* Lothar Michael, «Los derechos de igualdad ...», p. 153) e por Karl von Rotteck, «Gleichheit», in Karl Welcker (org), *Das Staats-Lexikon*, 3.^a ed., 6.^o vol., 1862, p. 658 (*apud* Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752). Por outro lado, são recorrentes as expressões “igualdade proporcional” e outras equivalentes. Leibholz emprega aquela expressão pelo menos na segunda edição do seu *Die Gleichheit...*, p. 45 (“*unter dem Gleichheitsbegriff nur eine verhältnismässige Gleichheit zu verstehen sei*”) e Lerche, *Übermass...*, p. 29, em 1961 e Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752, referenciam decisões do *BVerfG* e autores que o faziam. Na doutrina portuguesa não era desconhecida. Por exemplo, Manuel de Andrade invocou-a na sua oração de sapiência lida em 1953, publicada sob o título «Sentido e Valor da Jurisprudência», no *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. xlviii (1972), p. 255-294, ensinando que a ideia de justiça se reconduziria «a um princípio de igualdade no sentido de proporcionalidade» (p. 262) e referindo-se à “ideia de igualdade-proporcionalidade, como ingrediente essencial do conceito de justiça” (p. 278) (itálico no original). Também Rui de Alarcão, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra, lições policopiadas de 1972, p. 29: “O princípio da igualdade é um corolário da igual dignidade de todas as pessoas, sobre a qual gira, como em seu gonzo, o Estado de Direito democrático (cf. artigos 1.^o e 2.^o da Constituição). A igualdade não é, porém, igualitarismo. É, antes, igualdade proporcional. Exige que se tratem por igual as situações substancialmente iguais e que, a situações substancialmente desiguais, se dê tratamento desigual, mas proporcionado: a justiça, como princípio objectivo, «reconduz-se na sua essência, a uma ideia de igualdade, no sentido de proporcionalidade» (citação recolhida do acórdão n.º 39/88 do Tribunal Constitucional, porventura o primeiro em que a expressão é empregue). Mais recentemente, v. Martins Claro, - *Introdução ao estudo...*, p. 54, 58; Miranda, «Igualdade...», p. 406; Raposo, *O Poder...*, p. 254 ss. A expressão também não é desconhecida na literatura americana: v. *Nan D. Hunter*, «Proportional Equality: Readings of Romer», in *Kentucky Law Journal*, vol. 89 (2000-2001), p. 885 ss.

25. Assim, já Lerche, *Übermass...*, p. 30.

26. Terminologia adotada por Alexy, *Theory...*, p. 269. No entanto a exposição subsequente afastar-se-á de alguns dos aspetos da construção do autor. Para ele, a versão a *forte* do princípio da igualdade impõe a adoção da *solução mais justa e apropriada*. Nesse contexto, dois casos são sempre substancialmente o mesmo quando o seu tratamento similar satisfaz requisitos de justiça ou *appropriateness* em maior medida do que tratando-os de forma diferente. Nos termos da versão *fraca*, procura-se apenas manter os limites da liberdade de conformação legislativa (*legislative discretion*) estabelecidos pelo conceito de arbitrariedade. Isto é, o controlo da igualdade visa apenas garantir o exercício não arbitrário da discricionariedade legislativa e não ir mais longe, garantindo, positivamente, a medida mais justa e apropriada.

reduz-se a uma instância da *proibição geral do arbítrio*²⁷. O princípio geral da igualdade traduz-se na proibição de tratar aquilo que é essencialmente igual de forma *arbitrariamente* desigual e aquilo que é essencialmente desigual de forma *arbitrariamente* igual²⁸. Pretende-se unicamente garantir que (i) há uma razão para a diferenciação e (ii) que essa razão não é arbitrária, isto é, constitui uma motivação objetiva²⁹ que justifica o *seu conteúdo*, tendo em conta o *contexto* que confere sentido à norma diferenciadora e o *fim* que esta prossegue³⁰.

Para ajuizar sobre isso não é requerida nenhuma operação de ponderação ou de comparação e fundamentação ponderativa. Se o legislador, querendo prosseguir fins de consolidação orçamental, impõe um corte de pensões que atinge apenas os ex-trabalhadores do setor público com um metro e setenta de altura, é óbvio que o critério ou *differentia specifica* que preside à delimitação do universo subjetivo de aplicação - ter um metro e setenta ou não - não está fundado em nenhuma razão justificativa racionalmente sustentável ou relacionável com o contexto da norma ou com aqueles fins. Essa norma teria de ser considerada violadora do princípio da igualdade, independentemente de qualquer ponderação. Já se atingidos forem ex-trabalhadores cuja *differentia specifica* em relação aos demais indivíduos abrangidos pelo *genus proximum* “ex-trabalhador” é a circunstância de as suas pensões serem pagas pela CGA, pode haver razões justificativas da diferenciação, objetivas, racionais ou não arbitrárias, mais ou menos remotamente relacionadas com o contexto da norma e com o seu fim, que salvem a norma à luz do princípio da igualdade na versão da proibição do arbítrio.

Embora não seja fácil estabelecer um paralelo com a jurisprudência constitucional dos EUA, onde prevalece uma perspectiva mais processual do que estrutural³¹, pode dizer-se que dos três níveis de escrutínio aplicáveis quer na apreciação do cumprimento da *equal protection clause* da 14.^a emenda, quer na apreciação das restrições ou limitações a direitos fundamentais (*rational basis*, *intermediate level of scrutiny* e *strict scrutiny*), o *rational basis test*³² é aquele que, pelo seu

27. Inicialmente criticada por ameaçar uma considerável limitação do legislador: por todos, Forsthoft, *Der Staat der Industriegesellschaft : dargestellt am Beisp. d. Bundesrepublik Deutschland*, 2.^a ed., Beck, Munique, 1971, p. 136

28. V. por exemplo Brüning, «Gleichheitsrechtliche...», p. 669; Marion Albers, «Gleichheit...», p. 945.

29. Enfatizando que a avaliação da arbitrariedade não deve ser feita por ângulo subjetivo (tendo em conta a intenção subjetiva do legislador) mas sim objetivo, v. por exemplo Martins Claro, *Introdução ao estudo...*, p. 55 ss.

30. O conceito jurídico de arbitrariedade é obviamente objeto de discussão, valendo a indicação do texto como mera base para o desenvolvimento subsequente e não como indicação definitiva. Sendo um conceito universal, ele tem suscitado ultimamente particular interesse da doutrina espanhola por a Constituição de 1978 conter, no artigo 9.º, n.º 3, uma referência à interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. V. Eduardo García de Enterría Martínez-Carande, «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria», in *Revista de administración pública*, nº 30, (1959), pp. 131-166; Milagros Otero Parga, «La arbitrariedad», in *Anuario de Filosofía Del Derecho*, vol XII (1995), pp. 387-400; Tomas-Ramon Fernandez, *De la arbitrariedad del legislador*, Civitas Ediciones, Madrid, 1998; Alejandro Nieto García, *El arbitrio judicial*, Ariel, Barcelona, 2000; Pulido, *El principio...*, p. 608 ss.

31. Tussman, tenBroek, «The Equal Protection...», p. 365.

32. Sobre os testes de racionalidade, v. Note, «Legislative purpose, rationali-

teor de baixa intensidade, pode ser visto como o contraparte processual da versão (europeia) fraca do princípio da igualdade³³

A estrutura do princípio da igualdade como proibição do arbítrio não foi vista por **Leibholz** e outros percursores na Europa, ou pela primeira jurisprudência constitucional produzida ao abrigo da Constituição portuguesa de 1976³⁴, como prototípica de uma relação causal meio-fim. Não obstante referências incidentais à desproporção ou inadequação, o juízo sobre a natureza arbitrária (ou não) da lei não visava apurar se a diferenciação por ela introduzida era adequada para *causar* os efeitos que o legislador pretendia atingir, mas sim se era adequada a parâmetros materiais e fáticos e segundo a consciência jurídica da época³⁵. Avaliava-se a sua racionalidade tendo em conta “a natureza das coisas” ou qualquer outra consideração material³⁶. Esta corrente doutrinal é secundada

ty, and equal protection», in *Yale Law Journal*, vol. 82 (1972), p. 123 ss; Gerald Gunther, «Foreword: In Search of Evolving Doctrine on a Changing Court: A Model for a Newer Equal Protection», in *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972-1973), p. 1 ss; Hans Linde, *Due Process of Lawmaking*, in *Nebraska Law Review*, vol. 55 (1975), pp. 197; Robert W. Bennett, “Mere” Rationality in Constitutional Law: Judicial Review and Democratic Theory, in *California Law Review*, vol. 67 (1979), p. 1049, consultado em Outubro de 2012 em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol67/iss5/1/>; Scott H. Bice, *Rationality Analysis in Constitutional Law*, *Minnesota Law Review*, vol. 65 (1980), p. 2; Tribe, *American Constitutional Law*, Mineola, Foundation Press, New York, 1978, 994 e segs.; *idem*, *Constitutional Choices*, Cambridge (Mass), 1985, p. 180; Robert C. Farrell, «Legislative purpose and equal protection’s rationality», in *Villanova Law Review*, vol. 37 (1992), p. 1; *idem*, «Successful Rational Basis Claims in the Supreme Court from the 1971 Term. Through *Romer v. Evans*», in *Indiana Law Review*, vol. 32 (1999), p. 356-419; *idem*, «The Two Versions of Rational-basis Review and Same-sex Relationships», in *Washington Law Review*, vol. 86 (2011), p. 281-329; Kenneth Karst, *Rational Basis*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, Macmillan, New York, 2000, pp. 2121-2122; Alec Stone Sweet, «All Things in Proportion? American Rights Doctrine and the Problem of Balancing» *Faculty Scholarship Series*, Paper 30 (2010), acedido em Dezembro 2013 em http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/30, 4 ss; Michael Bishop, «Rationality is dead! Long live rationality! Saving rational basis review», consultado em Outubro de 2012 em www.isthisseattaken.co.za/pdf/Papers_Bishop.pdf; também em Stu Woolman/David Bilchitz (eds), *Is this Seat Taken? Conversations at the Bar, the Bench and the Academy about the South African Constitution*, Pretoria University Law Press, Pretoria, 2012, pp. 2-36, consultado em http://www.pulp.up.ac.za/pdf/2012_08/2012_08.pdf.

33. Kommers, «Der Gleichheitssatz...», p. 35; Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 751. É seguro que a experiência constitucional dos EUA influenciou a construção doutrinal de Leibholz, como ressalta de vários passos do *Die gleichheit...*, cit.

34. V. a declaração de voto de Figueiredo Dias no parecer n.º 2/81 da Comissão Constitucional, in *Pareceres da Comissão Constitucional*, 14.º vol., p. 150. Cfr. porém, ambigualmente, Garcia, *Estudos...*, p. 57 (falando em insuficiência ou desrazoabilidade do critério comparativo *para atingir o fim*). Para uma listagem dos pareceres e acórdãos da Comissão Constitucional relacionados com o princípio da igualdade, Martins Claro, - *Introdução ao estudo...*, p. 21 ss, 182 ss.

35. A insistência de Leibholz (por exemplo, *Die gleichheit...*, p. 84) em vincular o conceito de proibição do arbítrio à consciência jurídica da época, como forma de salientar que aquele conceito não pode ser definido de maneira precisa, nem tão pouco definitiva e intemporal, é realçada por Mancebo, «Igualdad...», p. 167.

36. Alexy, *A Theory...*, p. 270, citando a jurisprudência do TC alemão; v. várias formulações em Mancebo, «Igualdad...», p. 170, bem como o debate crítico sobre elas ocorrido na Alemanha, normalmente centrado em torno da excessiva indeterminação e amplitude, propensa a fazer do princípio da igualdade uma espécie de Robin dos Bosques do Estado de Direito (Geiger), ou de facilitar uma arbitrária aplicação e controlo da proibição do arbítrio.

por aqueles que, como **Lerche** ou **Robbers**, entendem que uma das diferenças primordiais entre princípio da proporcionalidade e princípio da igualdade reside justamente em que o primeiro envolve a apreciação de uma relação meio-fim, ao contrário do que sucede com o segundo³⁷.

Apesar de estabelecida, essa orientação é refutada por alguns. Há quem sustente que a versão fraca da igualdade se reconduz a um *exame de proporcionalidade limitado à adequação ou idoneidade*³⁸. Esse ponto de vista só pode ser confirmado se for possível concluir que, afinal, o princípio da igualdade incide sobre uma relação meio-fim, tal como o da proporcionalidade. Além disso, terá de se demonstrar que a relação entre o meio e o fim que interessa à proporcionalidade, através da adequação, é idêntico àquela que interessa à versão fraca do princípio da igualdade.

Para aferirmos da correção desta orientação, importa começar por distinguir entre relações meio-fim em sentido autêntico e em sentido inautêntico. Na aceção *autêntica*, a solução legislativa em apreciação constitui o meio capaz de causar os efeitos que constituem fim do ato. Na aceção *inautêntica*, diversamente, não se impõe que a solução legislativa em apreciação seja o meio capaz de causar os efeitos visados, exige-se apenas que tenha uma qualquer relação com eles. A proporcionalidade, através do segmento da adequação, postula que a medida legislativa - ou a solução nela contida - seja intrinsecamente apta a promover de forma causal os efeitos pretendidos. Quando se diz que subjacente à proporcionalidade está uma relação meio-fim, trata-se de uma relação meio-fim *autêntica*, enunciada nestes termos causais.

Como vimos a propósito dos pressupostos de aplicação, o princípio da igualdade pode ter como objeto situações em que a solução diferenciadora é o próprio meio para atingir o fim. Nesse caso, o foco central da apreciação é apurar se tal meio é *adequado* para causar esse fim. Se não o for, há violação do princípio da igualdade. Nessas circunstâncias, **Lerche** e outros não têm razão. Se a medida legislativa visar um fim de justiça ou de (r)estabelecimento da igualdade jurídica ou material, isto é, um fim vinculado ou instrumental à própria estrutura do princípio da igualdade numa das suas precipitações (fim *interno*), o apuramento do cumprimento do princípio exige forçosamente que se aprecie se a diferenciação é *adequada* para prosseguir o fim interno, isto é, o fim de justiça ou de igualdade. Nestes casos pode falar-se de analogia estrutural entre o segmento da adequação do princípio da proporcionalidade (seja o segmento da adequação tal como funcionalmente adaptado à *proibição do excesso*, seja o segmento da adequação adaptado à *proibição do defeito*, nos casos em que o fim seja obrigatório) e a adequação como *componente estrutural* do princípio da

37. Übermass..., p. 30: a apreciação do cumprimento do princípio da igualdade incide sobre a "relação horizontal" entre diferenças e similitudes e outras questões factuais, as circunstâncias em que se ancora a medida legislativa. Diferentemente, o princípio da proporcionalidade descreve-se como uma ponderação entre fim (benefício) e meio (sacrifício); Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 752: o princípio da igualdade não se pode identificar com o princípio da proporcionalidade porque não se esgota numa relação meio-fim (*Zweck-Mittel-Relation*).

38. Lothar Michael, «Los derechos de igualdad ...», p. 154.

igualdade. Porém, a analogia estrutural com o princípio da proporcionalidade fica por aí. Por um lado, não há possibilidade de adaptar ou incorporar nada de parecido com um teste de necessidade. Para isso teria de se considerar que a diferenciação introduzida é uma interferência ou afetação, ou equivalente a uma afetação, do sentido material do princípio da igualdade, a ser confrontada com outras afetações menos sacrificadoras desse princípio. Isso seria incoerente tendo em conta que essa “afetação” visa justamente satisfazer o princípio da igualdade³⁹. Por outro lado, não se vê como adaptar algo parecido com o segmento da proporcionalidade em sentido estrito: seria absurdo contrapesar o benefício obtido em termos de igualdade material com o “prejuízo” eventualmente sofrido (se algum pudesse identificar-se) por quem beneficiava anteriormente de uma situação de desigualdade.

Em contrapartida, quando o fim da norma é *externo* em relação à estrutura da igualdade a negação da centralidade de uma relação meio-fim *autêntica* na avaliação da igualdade é essencialmente correta. Algumas vezes a diferenciação não foi deliberadamente pretendida pelo legislador, constituindo um mero efeito colateral, não necessariamente desejado e até eventualmente não pretendido. Outras vezes, só muito remotamente pode ser considerada como o meio através do qual se pretende *causar* os efeitos que constituem fim da norma legislativa. Em alguns casos, o fim da norma legislativa tanto pode ser alcançado havendo diferenciação, como não, e até pode suceder que soluções não diferenciadoras sejam teoricamente mais eficientes do que soluções diferenciadoras (v.g. o “corte” de pensões de todos em alternativa ao “corte” de pensões só de alguns). Objeto do princípio da igualdade - pelo menos na versão fraca - não é uma relação causa-efeito, ou meio-fim em sentido autêntico, mas sim a apreciação das razões que sustentam a diferenciação e da relação dessas razões com outras variáveis, entre as quais o contexto que dá sentido à norma legislativa e o fim prosseguido, relação essa que só podemos designar de meio-fim num sentido *inautêntico* e impreciso. As razões justificativas devem ser racionais ou não arbitrárias e devem ter uma relação *racional ou não arbitrária* com o contexto que dá sentido à medida legislativa e com o fim dela. Salvo no caso da norma apreciada prosseguir fins internos, o princípio da igualdade não exige que a diferenciação seja adequada ou idónea para promover - no sentido de causar - o fim prosseguido. Assim, no acórdão n.º 396/11 o Tribunal Constitucional considerou que a diferenciação a que eram sujeitos especificamente os trabalhadores do setor público era racionalmente justificada (não era arbitrária) tendo em conta o fim de diminuição imediata e instantânea da despesa pública. Mas no contexto da estrita apreciação do cumprimento do princípio da igualdade o Tribunal não teve de apreciar (não obstante alguma ambiguidade semântica) se essa *diferenciação em si* entre vários grupos de trabalhadores era adequada a promover ou aproximar o fim da diminuição da despesa pública.

Em conclusão, se não se pode dizer que à igualdade é indiferente a relação meio-

39. Assim Michael, «Los derechos...», p. 157; Huster, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», p. 543 ss.; Mancebo, «Igualdad...», p. 192. Para um enquadramento global, Robbers, *Gerechtigkeit...*, esp. p. 88 ss.

fim entre a medida ou solução legislativa e o fim visado, também não se pode dizer que a igualdade na sua versão fraca - proibição do arbítrio - é estruturalmente equivalente ao segmento da adequação do princípio da proporcionalidade⁴⁰.

(ii) Versão forte

A igualdade proibição do arbítrio não resolve os problemas de «desigualdade» que não se reconduzem a uma solução arbitrária⁴¹. Daí a sua superação através de uma versão forte. A versão forte do princípio da igualdade inspira-se na *neue Formel* adotada pela primeira Câmara (*erste Senat*) do Tribunal Constitucional alemão no início da década de 1980⁴²: há uma violação do princípio geral da igualdade quando um grupo de destinatários da norma é tratado diferentemente em comparação com outro grupo de destinatários da norma, apesar de não haver entre os dois grupos diferenças cuja espécie e peso possa justificar o tratamento desigual⁴³. Na versão fraca trata-se de igualdade como *proibição do arbítrio*. Na

40. Por todos, Lothar Michael, «Los derechos de igualdad ...», p. 154; v. também, com significado especial por realizar uma interpretação quase autêntica da jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol, Encarnación Rosa Trias, Maria Angeles Ahumada Ruiz, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española», texto apresentado em nome daquele Tribunal na Conferência trilateral dos Tribunais de Itália, Portugal e Espanha, em 2013, p. 19. Próximo do texto, Albers, «Gleichheit...», p. 947.

41. Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 428, defendendo a insuficiência daquela versão e, conseqüentemente, a sua superação.

42. Sentença de 7 de Outubro de 1980. Referências a outras em Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 751 e Huster, «Gleichheit...», p. 542. O debate sobre se a *neue Formel* constituiu uma mudança substancial da jurisprudência do BVerfG tem sido inconclusivo, com vezes a pronunciarem-se em sentido afirmativo e outras contra: v. o rol em Anne Lenze, «Gleichheitssatz und Generationengerechtigkeit», in *Der Staat*, 2007, p. 89 ss, nota 22. Para várias visões sobre a *neue Formel*: Robbers, «Der Gleichheitssatz», p. 751 ss; Rainald Maaß, «Die neuere Rechtsprechung des BVerfG zum allgemeinen Gleichheitssatz - Ein Neuansatz?», in *NVwZ* 1988, p. 14-21; Konrad Hesse, «Der allgemeine...», cit.; Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung...; Michael Sachs*, «Die Maßstäbe des allgemeinen Gleichheitssatzes - Willkürverbot und sogenannte neue Formel», in *Juristische Schulung*, 1997, 124 p. ss; Hans D. Jarass, «Forderungen aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG für die Prüfung von Verstößen gegen Art. 3 Abs. 1 GG», in *NJW*, 1997, pp. 2545-2550, p. 2549; Uwe Kischel, «Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz», in *AöR*, vol. 124 (1999), pp. 174 ss; Kerstin Odenhahl, «Der allgemeine Gleichheitssatz: Willkürverbot und "neue Formel" als Prüfungsmaßstäbe Forschungsplattform», in *Juristische Ausbildung*, 2000, pp. 170-176; Christoph Brüning, «Gleichheitsrechtliche ...», cit.; Marion Albers, «Gleichheit...», cit.; Lothar Michael, «Los derechos de igualdad ...», p. 154 ss; Werner Heun, «Art. 3», in H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, 3.^a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2013 (2.^a ed., 2004); Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais...*, p. 136; Mancebo, «Igualdad...», p. 178 ss; Pereira, «Igualdade...», p. 323; Dimitri Schaff, *Entwicklung von der Willkürformel zur Gruppenvergleichsformel*, GRIN Verlag, 2013 (eBook).

43. A frase mais citada é a seguinte: «Diese Verfassungsnorm [artigo 3.º, 1, sobre princípio geral da igualdade] gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung

versão forte, de igualdade como *proibição do desequilíbrio*⁴⁴.

A emergência da *neue Formel* cruza-se com a trajetória expansiva do princípio da proporcionalidade, já inequívoca na década de 1980. Consequentemente, é explicável a tentação do *BVerfG*, de outros tribunais constitucionais e de muitos autores de incorporar a ideia (ou até o princípio) da proporcionalidade na estrutura do princípio da igualdade⁴⁵. Sobre a relação entre a *neue Formel* da estrutura dogmática do princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade, a doutrina germânica pode ser organizada em quatro correntes principais⁴⁶.

Uma corrente *totalmente integradora da proporcionalidade*⁴⁷ defende que também no exame do princípio da igualdade se devem aplicar *mutatis mutandis* os três segmentos da proporcionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade e.s.e., simplesmente com a adaptação de em lugar de se ponderar a proporcionalidade da interferência num direito se ponderar a proporcionalidade da diferenciação, assimilada a uma interferência: a diferenciação deve ser adequada a prosseguir o fim da norma legislativa, não deve haver nenhuma diferenciação alternativa menos interferente e igualmente adequada e devem ponderar-se os benefícios da diferenciação com os sacrifícios por ela provocados.

Uma segunda corrente, *limitadamente integradora da proporcionalidade*⁴⁸, sustenta que o exame de proporcionalidade só pode incorporar a estrutura do exame da igualdade nas situações em que se possa falar de paralelismo estrutural entre os dois princípios. Isso sucederia apenas quando a norma legislativa diferenciadora visasse alcançar fins externos. Nesses casos de equivalência estrutural, os segmentos da proporcionalidade seriam aplicáveis com a configuração que têm quando se trata de examinar interferências em direitos de liberdade.

Uma terceira corrente, *integradora da proporcionalidade em termos modificados*,

rechtfertigen könnten".

44. Pereira, «Igualdade...», p. 324, propõe *razoabilidade como equilíbrio*, em contraposição a razoabilidade como fundamento material bastante.

45. Notando este aspeto, Pedro Machete e Teresa Violante - «O princípio da Proporcionalidade...», p. 10: na doutrina da época v. Kloepfer, «Gleichheit...», cit., p. 58.

46. Para a síntese que se segue beneficiamos essencialmente da exposição de Michael, «Los Derechos...», p. 155 ss. Cada uma das correntes referidas tem ramificações e versões diferenciadas, não havendo, além disso, absoluta estancicidade entre elas, o que possibilita posições doutrinárias dificilmente enquadráveis numa ou noutra.

47. Por todos, Jarass, «Folgerungen...», p. 2549. Na doutrina nacional v. Canotilho, p. 1216, sustentando o contributo da proporcionalidade para a metódica da igualdade. Tendo em conta que o critério que conduz à desigualdade é sempre desenhado em função de um fim, surgindo essas desigualdades também em função do fim que se pretende atingir com a medida, haveria que verificar a adequação e necessidade dessa desigualdade em relação a esse fim, bem como a proporcionalidade do tratamento desigual em relação aos fins a obter ou obtidos; v. também Garcia, Estudos..., p. 17; João Nogueira, *Direito fiscal europeu – o paradigma da proporcionalidade*, Wolters Kluwer/Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 118. Esta posição tem reflexos na jurisprudência do TC português, como se verá adiante.

48. Por todos, Huster, «Gleichheit...», p. 541ss.;

sustenta que o exame de proporcionalidade só pode ser inserido na estrutura do princípio da igualdade se for construída uma estrutura dos segmentos da proporcionalidade específica, adaptada àquele princípio. Contudo, a possibilidade de se adaptar *todos* os três segmentos da proporcionalidade é desigual. À cabeça, para se viabilizar um juízo de *adequação*, faz-se uma adaptação ao nível da relação meio-fim: se não houver uma relação *real* entre a diferenciação e o fim pretendido (isto é, se não se tratar, por exemplo, de uma norma que vise um fim interno ao princípio da igualdade), ficciona-se uma relação equivalente entre a diferenciação, as razões que a sustentam e o fim externo que a norma persegue. Nesse panorama, a proibição do arbítrio funcionaria isoladamente (como versão fraca) ou como componente estrutural da versão forte e teria o mesmo conteúdo que uma exigência de idoneidade ou adequação, traduzindo-se na proibição de proceder a diferenciações não adequadas para promover o fim interno, ou não conformes com as razões e o fim externo (cfr. *supra*). Já quanto à *necessidade*, a adaptação é impossível na maior parte dos casos. Uma adaptação passaria por uma operação orientada a verificar se existe uma medida menos diferenciadora com igual eficiência na obtenção do fim. Mas se o fim é interno, isto é, se a diferenciação visa suplantar desigualdades existentes, procurar uma solução menos diferenciadora igualmente eficiente seria um contrassenso. E se o fim da norma for um fim externo, a dificuldade de adaptação também se coloca, pelo menos quando se trate do princípio geral de igualdade. No contexto deste não se pode falar de uma ideia geral de igualitarização. Não se pode dizer, à partida, que o tratamento igual é “melhor”, ou menos “oneroso”, ou menos “interferente”, do que o tratamento diferenciado. A diferenciação não é necessariamente um *minus*. Por isso, estabelecer como intuito de uma adaptação do segmento da necessidade a procura de uma alternativa “menos diferenciadora”, presumindo que é o mesmo que “menos onerosa”, não é sustentável do ponto de vista dogmático. Nestes casos não há exame de necessidade ou algo equivalente. Só não se pode dizer o mesmo em relação às vertentes do princípio da igualdade que proíbem discriminações ou diferenciações específicas ou baseadas em critérios suspeitos (cfr. artigo 13.º, n.º 2), uma vez que nesses casos o sentido jurídico-constitucional é de facto igualitizador. Aí, a diferenciação só é válida se não houver outras soluções alternativas menos diferenciadoras, ou não diferenciadoras, que permitam atingir o fim com igual eficiência. Finalmente, para esta corrente crucial é a adaptação do segmento da *proporcionalidade em sentido estrito*, que pondera as diferenciações face às razões objetivas que as justificam: quanto maior for o peso das razões objetivas que justificam o tratamento desigual, tanto maior será a legitimação das diferenciações jurídicas⁴⁹.

Uma quarta corrente, *negacionista da integração*, sustenta que o exame da proporcionalidade não cabe na estrutura do princípio da igualdade. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade têm estruturas diversas e não intercambiáveis, correndo paralelamente e incidindo sobre objetos distintos: o princípio da igualdade pronuncia-se sobre a validade das diferenciações, o

49. Por todos Lothar Michael, «Die drei Argumentationsstrukturen des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit», *JuS*, 2001, pp. 148- 155; *idem*, «Grundfälle zur Verhältnismässigkeit, Teil III», in *JuS*, 2001, p. 866; *idem*, «Los derechos...», p. 157 ss.

princípio da proporcionalidade sobre a validade das interferências em direitos⁵⁰.

As teses que melhor correspondem ao interesse em delimitar rigorosamente a estrutura dos dois princípios, particularmente quando está em causa a estrutura do princípio da igualdade na sua versão forte, são as que realçam as diferenças (que desembocam na impossibilidade de partilharem os segmentos da adequação e da necessidade em muitos casos) *sem ignorar a proximidade* (mas não identidade) *estrutural dos momentos de ponderação* de cada um deles.

Sobre a possibilidade de “adaptabilidade” ou “transformação” dos segmentos da adequação e da necessidade, de modo a absorverem o sentido teleológico do princípio da igualdade, vale em boa medida o que se expôs a propósito da versão fraca, no caso da adequação, bem como a dificuldade que os próprios defensores das teses integracionistas reconhecem a propósito da adaptabilidade da necessidade. Tal como na versão fraca, não é sempre possível falar-se no contexto da versão forte de uma relação *autêntica*, de natureza causal, entre a diferenciação introduzida pela norma e o fim desta. Esta divergência estrutural de partida entre igualdade e proporcionalidade tem implicações no que toca à viabilidade dogmático-estrutural do segmento da necessidade como elemento estrutural da igualdade como proibição do desequilíbrio. Na metódica do princípio da proporcionalidade, averiguar se a medida é necessária é ajuizar se o meio adotado não tem alternativa igualmente ou superiormente adequada que sacrifique menos os bens, interesses ou valores objeto de interferência legislativa. Esta formulação suscita à partida um argumento lógico-formal: a necessidade pressupõe uma *comparação* de medidas igual ou superiormente *adequadas*. Todavia, como o princípio da igualdade não integra por norma um juízo sobre a adequação do tratamento diferenciado para prosseguir o fim, falece à cabeça o sustentáculo metódico para efetuar a comparação dos níveis de adequação de eventuais medidas alternativas.

Mas mais comprometedor da “adaptabilidade” da necessidade é outro argumento. Não cabendo na estrutura do princípio da igualdade a averiguação da existência de alternativas menos onerosas, menos interferentes, menos drásticas ou mais suaves, como é próprio do segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade, também não parece possível conceber-se algo *assimilável*, centrado na averiguação da existência de alternativas *menos diferenciadoras ou não diferenciadoras*⁵¹. Como já se alegou, essa opção nem sempre é dogmaticamente enquadrável no sentido teleológico do princípio da igualdade.

Poderia pensar-se, todavia, que a versão forte da igualdade partilha com o princípio da proporcionalidade o segmento da proporcionalidade e.s.e. Aquela não se limita a impor que a diferenciação tenha alguma base de racionalidade ou de não arbitrariedade. De acordo com essa versão, a diferenciação ou tratamento desigual deve ser equilibrado. Para se verificar se há *equilíbrio*, é

50. Esta corrente entronca na doutrina original de Lerche, *Übermass...*, p. 29 ss, desenvolvida mesmo antes da *neue Formel*. Por todos, mais recentemente, Werner Heun, «Art. 3», cit.; entre nós, aparentemente, Pereira, «Igualdade...», p. 360 ss.

51. V. Brüning, «Gleichheitsrechtliche...», p. 670.

efetuada uma operação de *ponderação multipolar cruzada* que contrapesa (i) a espécie, profundidade, extensão e significado do tratamento desigual sofrido por um dos grupos componentes do par comparativo em relação ao outro, (ii) as razões justificativas da diferenciação, (iii) as razões que implicariam uma não diferenciação, ou uma diferenciação diferente, e (iv) a intensidade da relação de tudo isso com o contexto normativo e factual que dá sentido à decisão do legislador e com o fim da norma⁵². Esta versão forte não postula que a opção diferenciadora adotada seja *a mais justa* das alternativas disponíveis⁵³. Mas o resultado da ponderação deve permitir concluir que as razões que fundamentam o tratamento diferenciado sob exame, com aquela *espécie* e com *aquela extensão*, têm um peso suficiente para justificar tal tratamento. Não basta que a diferenciação seja racional, razoável ou não arbitrária: se a ponderação desembocar na conclusão de que o peso das razões da diferenciação (peso essencialmente dependente da sua relação com o contexto e o fim da norma) não é superior ao valor atribuído à profundidade, extensão e significado do tratamento diferente sofrido, a norma legislativa diferenciadora claudicará. Um exemplo: se o legislador, querendo diminuir o déficit orçamental com urgência, procede a um corte instantâneo dos salários dos trabalhadores do setor público, pode entender-se que há uma razão justificativa do tratamento diferenciado suficientemente racional para superar a versão fraca do princípio da igualdade⁵⁴. Já a aplicação de uma versão estruturalmente mais forte pode conduzir a resultados diferentes se se entender, após ponderação, que o peso das razões justificativas não é suficiente para contrabalançar a espécie, intensidade, extensão e significado da diferenciação sofrida pelo grupo atingido⁵⁵.

Subjacente à ponderação está a ideia de que quanto mais intensa, extensa e lata for a diferença de tratamento, mais forte ou “pesada” deve ser a razão justificativa ou o fundamento dessa diferenciação⁵⁶. Não escapa a semelhança entre esta fórmula e a (primeira) lei da ponderação de **Alexy**, construída a pensar especificamente no princípio da proporcionalidade: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um dos princípios, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro”⁵⁷. Mas a semelhança gráfica entre leis formais de ponderação não significa que os princípios da igualdade e da proporcionalidade suscitem *ponderações sobre a mesma coisa* ou com a *mesma estrutura*. Para

52. Cfr. Marion Albers, «Gleichheit...», p. 947.

53. Diferentemente, Alexy, *A Theory...*, p. 269.

54. Cfr. acórdãos n.º 396/2011 e 187/2013 (particularmente, ponto 30).

55. Cfr. *infra*, o que se escreve sobre o acórdão n.º 187/2013, n.ºs 36 e ss.

56. V. acórdão n.º 353/2012 do Tribunal Constitucional.

57. Cfr. Alexy, « Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidade », in *REDC*, vol. 91 (janeiro-abril 2011), p. 15; *idem*, « On constitutional rights to protection », in *Legisprudence*, vol. III, n.º 1 (2009), p. 6. Em certas circunstâncias a força das razões justificativas deve crescer de forma *progressiva*. À medida que a diferenciação se torna mais marcada, a *resistência à diferenciação* aumenta, obrigando a que a força justificativa das razões aumente mais do que proporcionalmente ou sobreproporcionalmente: assim Laura Clérico, Sobre la prohibición por acción insuficiente, por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad », in Jan-R. Sieckmann (ed.) *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 201, embora outro contexto.

efeitos de aplicação do princípio da proporcionalidade - que tem entre os seus pressupostos de aplicabilidade uma colisão entre bens, interesses ou valores - contrapesam-se as intensidades do *sacrifício* de bens, interesses ou valores e da *satisfação* de outros bens, interesses ou valores. Para efeitos da aplicação do princípio da igualdade - cuja aplicação não é despoletada por uma colisão de bens, interesses ou valores -, pesa-se o que representa a diferenciação para cada um dos membros do par comparativo e contrapesa-se a *espécie, intensidade e extensão da diferenciação* com as *razões da diferenciação*. A circunstância de haver um momento ponderativo na estrutura dogmática do princípio da igualdade, na versão forte, apesar de crucial, não implica automaticamente que haja aplicação de qualquer segmento da proporcionalidade.

Tudo visto, são escassos os argumentos que sustentam o conceito de *igualdade proporcional* como versão híbrida que incorpora a proporcionalidade ou a maior parte dos traços estruturais desta. Na sua versão fraca, insofismavelmente, mas também na forte, o princípio da igualdade tem uma estrutura que, refletindo as diferenças de pressupostos de aplicação, não se confunde com a do princípio da proporcionalidade. São estas diferenças estruturais que explicam que uma mesma medida possa contender com o princípio da proporcionalidade sem contrariar o princípio da igualdade e vice-versa.

(iii) Critérios de aplicação das versões forte e fraca

Os critérios de definição das circunstâncias em que se aplica uma ou outra das versões estruturais do princípio da igualdade são extraídos da Constituição. Por um lado, o caráter fundante da dignidade da pessoa humana (artigo 1.º) implica que todas as diferenciações baseadas em características *das pessoas* (as que elas inevitavelmente têm, as que só dificilmente podem deixar de ter ou as que escolhem e querem ter), ou em características *referidas às pessoas* ou às situações das pessoas (se estão ou não desempregadas, se são ou não casadas, se vivem neste ou naquele sítio, se têm filhos ou não, se são trabalhadores do setor público ou do setor privado, se são trabalhadores *white collar* ou *blue collar*) por princípio requerem um diapasão mais intenso do que as diferenciações baseadas em *circunstâncias ou aspetos objetivos* não referidos às pessoas (a interioridade versus a litoralidade, o pequeno comércio versus as grandes superfícies)⁵⁸. Sem embargo, deve reconhecer-se que a distinção é problemática, uma vez que qualquer situação objetiva toca sempre as pessoas⁵⁹ (o tratamento diferenciado do interior do País afeta necessariamente as pessoas que vivem no interior). Por outro lado, se a diferenciação afetar o exercício de um direito fundamental isso suscita um controlo mais intenso⁶⁰. Além disso, deve atender-se à extensão ou grau da diferenciação, tendo em conta a sua importância para as pessoas

58. V. Mancebo, «Igualdad...», p. 184.

59. Brüning, «Gleichheitsrechtliche...», p. 669; Mancebo, «Igualdad...», p. 185; Marion Albers, «Gleichheit ...», p. 946 (citando Herzog).

60. V. Mancebo, «Igualdad...», p. 185.

afetadas⁶¹ e a própria profundidade com que a norma constitucional especifica certa aplicação do princípio da igualdade.

Nenhuma das versões do princípio da igualdade, fraca ou forte, elimina a liberdade de conformação do legislador, embora a forte seja mais constrangedora dessa liberdade do que a fraca⁶².

d) *Metódica da aplicação e do controlo*

É possível delimitar os seguintes passos lógicos da metódica de aplicação (continuando a tomar como paradigma o segmento “tratar o igual de forma igual”): (i) determinação do fim, que deve ser, em si, legítimo; (ii) identificação das categorias (ou classes ou classificações de pessoas ou situações objetivas), expressas ou implícitas, que o legislador conformou e tratou diferenciadamente, tendo como referência o fim visado (recorte do *par comparativo*⁶³); (iii) apuramento das razões que sustentam o tratamento diferenciado dessas categorias; (iv) confronto dessas razões com o contexto normativo e factual e com o fim da norma; (v) juízo sobre a racionalidade ou não arbitrariedade da diferenciação. Os quatro primeiros passos são comuns às duas versões da igualdade. Na versão forte o último passo é consumido pelo (vi) escrutínio do exercício ponderativo do legislador quando contrapesou a espécie, extensão e intensidade da diferenciação com as razões dessa diferenciação, tendo como pano de fundo o contexto normativo e factual e o fim, isto é, do juízo realizado pelo legislador quando atribuiu peso determinante às razões que justificam a diferença de tratamento legislativo.

e) Intensidade do controlo do cumprimento do princípio da igualdade

Não se deve confundir a *estrutura dogmática* do princípio da igualdade, as suas versões fraca e forte, e a *intensidade do respetivo controlo*⁶⁴. Em princípio a versão forte pede um controlo intenso e a versão fraca suscita um controlo mais leve. Mas teoricamente pode haver desencontro: pode suceder que a aplicação pelo legislador de uma versão forte da igualdade seja sujeita a um controlo de (apenas) média ou de baixa intensidade pelo juiz constitucional⁶⁵; ou, diversamente, que a aplicação de uma versão fraca do princípio seja submetida pelo juiz constitucional a um controlo com alguma intensidade⁶⁶.

61. Hesse, «Der Gleichheitssatz...», p. 190.

62. Assim Mancebo, «Igualdad...», p. 180.

63. Cfr. porém Alexy, *A Theory...*, p. 265, sustentando que na versão “proibição geral do arbítrio” os pares comparativos não desempenham nenhuma papel necessário.

64. V. Canotilho, *Direito Constitucional ...*, p. 429.

65. Um exemplo desta discrepância: o acórdão n.º 353/12 do TC materializa um juízo de acordo com os parâmetros estruturais da versão forte mas faz um controlo com intensidade abaixo da máxima, baseado num “critério de evidência”.

66. Aparentemente Alexy, *A Theory...*, p. 269, parte da posição de que entre versão forte e

A intensidade de controlo afere-se através de alguns indicadores: (i) a liberdade usada pelo juiz constitucional para determinar o fim prosseguido pela norma, aceitando pelo seu valor facial o fim declarado pelo legislador ou averiguando sem restrição a sua integridade; quando não declarado em termos explícitos, a disponibilidade para desvendar o fim ou, em alternativa, para assumir *prima facie* que ele não é legítimo ou que deve ser dado como existente e legítimo⁶⁷; (ii) a margem usada pelo juiz constitucional para a determinação, ou para a aceitação da configuração previamente feita pelo legislador, da classificação dos grupos ou situações relevantes (par comparativo), tratadas diferenciadamente pela lei e dos traços de similitude e de dissimilitude parcial entre elas; (iii) dependendo dessa determinação de apreciações empíricas e competindo ao tribunal apurar quais as que o legislador realizou, a opção pela atitude deferente de as admitir salvo prova em contrário, ou por as apreciar livremente, substituindo-as, no limite, por apreciações da sua própria iniciativa e responsabilidade⁶⁸; (iv) a atitude mais ou menos deferente perante as apreciações do legislador quanto à racionalidade ou não arbitrariedade da ligação entre as razões que sustentam a diferenciação, o contexto factual e normativo e o fim. No caso da versão forte da igualdade, releva também (v) a atitude deferente para com a ponderação realizada pelo legislador, partindo da assunção da sua justeza ou, em alternativa, a predisposição para fazer “tábua rasa” da ponderação do legislador, substituindo-a pela sua própria ponderação independente.

A definição da intensidade de controlo aceitável ou exigível atende a vários aspetos normativamente significativos. Primeiro, o juiz constitucional deve apurar a versão estrutural do princípio da igualdade que o legislador seguiu, ou deveria ter seguido, tendo em conta a natureza do caso. Como vimos, em princípio a versão forte da igualdade pede um controlo de alta intensidade e a versão fraca um controlo de menor intensidade, mas não pode excluir-se liminarmente que alguns dos aspetos que trataremos de seguida possam atenuar essa posição de partida.

Em segundo lugar, importa a estrutura do processo de controlo da constitucionalidade. Em certas ordens jurídicas (EUA e ordenamentos onde há queixa constitucional ou *Verfassungsbeschwerde*), os processos de controlo da constitucionalidade são processos *de partes*. Nesses casos é esperável que vigorem normas sobre a repartição da carga de argumentação ou de prova pelas partes. Sendo útil definir um princípio de repartição, parece aceitável que no âmbito do controlo do cumprimento do princípio da igualdade a carga de argumentação ou da prova caiba *prima facie* a quem sustenta a diferença de tratamento, seja o legislador, seja quem se opõe à norma legislativa: nessa linha, quem sustenta que uma categoria com similitude parcial ou com dissimilitude parcial em relação ao seu par comparativo deve ser tratada *desigualmente* suporta aquela carga⁶⁹. Ora, a entrega às partes da responsabilidade principal

intensidade elevada de controlo e entre a versão fraca e intensidade reduzida há um nexo incidental; v. também Albers, «Gleichheit...», v. p. 946, com referências à jurisprudência do *BVerfG*.

67. *Idem*.

68. *Idem*, p. 367.

69. V. Alexy, *A Theory...*, p. 271-3; W. Maihofer, «Princípios de una democracia en liber-

(ou de uma dose significativa de responsabilidade) da prova e da argumentação diminui a *centralidade* do papel do juiz constitucional e pode influir na própria questão da intensidade do controlo: por exemplo, quando a carga da prova ou da argumentação cabe a quem se opõe à lei, o insucesso no carreamento dessa prova e argumentação não pode em princípio ser superada pelo juiz através de um controlo intenso da sua responsabilidade.

Em muitos casos, porém, os processos de controlo da constitucionalidade não são processos de partes, como é o caso paradigmático de Portugal. Então, para além da versão estrutural do princípio da igualdade concretamente aplicável, decisivos são o conjunto de condições histórico-dogmáticas e das conceções gerais em vigor sobre a relação entre o legislador e o juiz constitucional: a margem de conformação de que disfruta o legislador e os limites dos poderes de escrutínio do juiz constitucional, as normas de distribuição de competências num quadro de separação de poderes e de diferentes responsabilidades e capacidades institucionais e o grau de *self restraint* que o tribunal deve observar na sua atividade de controlo. Desse quadro decorrem indicações sobre se existe uma *presunção de constitucionalidade* da lei⁷⁰ e das escolhas e apreciações do legislador (como no *rational basis test* dos EUA), questão umbilicalmente ligada à de saber se a inconstitucionalidade é declarada apenas em casos de *evidência*.

Do cruzamento de todas estas variáveis - indicadores, existência ou não de regras sobre a carga de argumentação e prova, condições histórico-dogmáticas, conceções gerais vigentes - resultam os vários graus de intensidade de controlo da igualdade, que pode oscilar entre dois extremos: (i) numa extremidade, um controlo *leve*, em que o juiz constitucional de modo geral aceita sem averiguação independente as apreciações de facto e valorativas realizadas pelo legislador, sendo estas ilidíveis apenas em situações de evidente violação do princípio da igualdade; (ii) no outro extremo (*'strict' in theory and fatal in fact*, no muitas vezes citado aforismo de **Gerald Gunther**⁷¹), o juiz põe tudo em causa, apreciações de facto e valorativas do legislador, reponderando-as e substituindo-as, numa postura de grande ativismo judicial⁷². O mais provável é que qualquer orientação judicial escape a esses dois extremos.

tad». in E. Benda, et al. *Manual de derecho constitucional*, Marcial Pons, 1996, pp. 217-323, 298. O ónus de argumentação traduz-se na seguinte proposição: “se não há um razão adequada para permitir um tratamento diferencial, então é requerido o tratamento similar”. Por outras palavras: ficando o ónus da argumentação a cargo de quem sustenta o tratamento diferencial, o *insucesso da argumentação* a favor dessa diferenciação traduz-se em proibição da diferenciação. Para Alexy, desse modo assegura-se que o princípio da igualdade seja verdadeiramente o princípio da *igualdade*, o qual requer *prima facie* igualdade de tratamento e só exige ou permite tratamento diferenciado se isso puder ser justificado por razões atendíveis. Contudo, deste princípio processual sobre ónus de argumentação não pode extrair-se a ilação *substantiva* de que uma diferenciação ou tratamento diferenciado constitui sempre *afetação* do princípio da igualdade, daí se partindo para a adaptação do segmento da necessidade (cfr. *supra*).

70. Numa expressão mais específica, o parecer n.º 26/82 da Comissão Constitucional fala de “presunção de racionalidade” (cit. por Martins Claro, - *Introdução ao estudo...*, p. 26).

71. «The Supreme Court, 1971 Term – Forword: in Search of Evolving Doctrine on a challenging Court: A Model for a Newer Equal Protection», in *Harvard Law Review*, vol. 86 (1972), p. 8.

72. *Idem*, p. 366.

2.2. *O princípio da proporcionalidade como limite às interferências legislativas no âmbito ideal de proteção do princípio da igualdade?*

É tema de controvérsia se o princípio da igualdade tem natureza essencialmente objetiva ou subjetiva. Há reflexos dessa controvérsia na doutrina nacional⁷³. Admitindo-se a natureza essencialmente subjetiva do princípio da igualdade⁷⁴ e tirando todas as consequências da consagração através de uma norma-princípio⁷⁵, podem sobrevir colisões ou conflitos entre o princípio da igualdade (ou, mais rigorosamente, as posições jurídicas subjetivas que dele decorrem) e outros princípios ou bens, interesses ou valores. Tais colisões ou conflitos suscitam eventualmente intervenções de ponderação e otimização que podem obrigar a restringir ou reduzir as possibilidades jurídicas e fáticas decorrentes do princípio da igualdade. Nesta perspectiva, aquelas obrigações e proibições são *prima facie* e não absolutas⁷⁶.

A questão não é meramente teórica e tem implicações relevantes na averiguação das relações entre igualdade e proporcionalidade (e também no que toca à aplicabilidade direta, inclusive nas relações entre particulares⁷⁷). Não pode aqui debater-se se existe um metadireito ao tratamento igual perante a lei (Ferrajoli⁷⁸), nem explorar o que isso poderia implicar quanto à relação entre os dois princípios. Cingir-nos-emos à situação menos problemática dos direitos específicos de igualdade, onde o respetivo âmbito de proteção seja suficientemente determinado, não carecendo, por isso, de mediação legislativa conformadora⁷⁹. Neste contexto, as normas do princípio da igualdade e as posições jurídicas subjetivas dele decorrentes são passíveis do mesmo tipo de operações que as dos direitos fundamentais: designadamente, interpretação e recorte do seu âmbito ideal ou potencial de proteção e intervenções legislativas que envolvem ponderação e otimização em situações de colisão com outros princípios e bens,

73. V. Miranda, *Manual...*, p. 284; diferentemente, Canotilho/Moreira, *Constituição...*, I, p. 337. Sem tomar posição clara, mas falando de princípio “em certa medida subjetivizado”, Lúcia Amaral, «O Princípio...», p. 36; Garcia, *Estudos...*, p. 67, aludindo a “verdadeiras pretensões jurídicas para os particulares”, decorrentes das normas especiais de igualdade.

74. Como já Leibholz, *Die Gleichheit...*, p. 115 ss e outros locais.

75. V. porém Lothar Michael, «Los derechos de igualdad ...», p. 147, sustentando que as componentes centrais habituais do princípio geral de igualdade têm a natureza de regras e não de princípios.

76. Sobre as proibições do artigo 13.º, n.º 2, Garcia, *Estudos...*, p. 61, nota. Cfr. porém Lúcia Amaral, «O princípio...», p. 54, admitindo que haja algumas características pessoais que *valham sempre* como proibições (absolutas) de discriminação. Em sentido inverso, no contexto alemão, Pieroth/Schlink, *Direitos Fundamentais...*, p. 132.

77. Sobre o tema v. entre nós Martins Claro, - *Introdução ao estudo do princípio...*, p. 133 ss.

78. Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías...*, p. 81.

79. O assunto tem relevância acrescida nas ordens jurídicas onde existe queixa constitucional ou recurso de amparo. Sobre o impacto em relação ao tema da proporcionalidade, v. por todos Huster, «Gleichheit und Verhältnismäßigkeit...», p. 541; Pereira, «Igualdade e proporcionalidade...», p. 360 ss.

interesses ou valores⁸⁰. Estas intervenções legislativas estão sujeitas ao princípio da proporcionalidade, como qualquer intervenção que interfira em posições jurídicas subjetivas ativas decorrentes de direitos fundamentais. Desde que observado o princípio da proporcionalidade, é possível *restringir ou limitar o princípio da igualdade* ou, mais exatamente, os bens, interesses ou valores tutelados através das posições jurídicas subjetivas que dele decorrem com suficiente precisão constitucional, quando isso for necessário para satisfazer outros bens, interesses ou valores⁸¹. Esta possibilidade é hoje potenciada pela possibilidade de o Tribunal Constitucional limitar os efeitos das suas decisões de provimento (incluindo aquelas que declarem a violação do princípio da igualdade), com fundamento na proteção de interesses públicos de excepcional relevo (artigo 282.º, n.º 4) e sujeição ao princípio da proporcionalidade⁸².

2.3. Os princípios da igualdade e da proporcionalidade como instrumentos de ponderação e otimização independentes

Os princípios da igualdade e da proporcionalidade têm distintos conteúdos, pressupostos, estruturas e metódicas de aplicação. São instrumentos da constituição *prima facie* independentes. A aplicação de cada um atende a ângulos diferentes, conduzindo a desenlaces eventualmente desencontrados: uma norma legislativa pode violar o princípio da proporcionalidade sem violar o princípio da igualdade e vice-versa; tal como pode violar ou não violar, simultaneamente, ambos.

Os exemplos demonstrativos mais fáceis são os que retomam o imaginário próximo do *Robison Crusoe* de **Lerche**⁸³. Mas não temos de recorrer a exemplos

80. Mesmo nas dimensões de maior indeterminação, não é possível dizer-se que o princípio é “completamente vazio de sentido”, ou uma “fórmula vazia”, ou que não há um âmbito de proteção pré-definido, na linha da igualdade como *empty idea* de Peter Westen, «The empty...», cit. Na doutrina portuguesa, defendendo posição que corre o risco de recair nisso, Pereira, «Igualdade...», p. 361.

81. Contra, Pereira, «Igualdade...», p. 362: «não é conceptualmente possível uma «afetação proporcional do princípio da igualdade»». Huster, «Gleichheit...», p. 543, nota que a doutrina do texto leva a que em boa verdade o princípio da proporcionalidade se torne não numa limite às restrições ou interferências em direitos (*Eingriffsbeschränkung*), mas numa autorização de uma interferência (*Eingriffsermächtigung*) num direito que a aplicação de outro princípio (o da igualdade), aplicado em termos de uma versão estrutural forte, já tinha indicado que não deveria ser violado. Porém, parece haver aí um equívoco: não é o princípio da proporcionalidade que “autoriza” ou justifica a interferência num direito, mas sim outras normas da constituição. O princípio da proporcionalidade continua a ser, mesmo nesse caso, um limite às restrições.

82. Neste sentido. Rui Medeiros, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1999, p. 716 ss; Miranda, *Manual...*, p. 306; equivalentemente, M. Medina Guerrero, «El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales», in *Quadernos de derecho público*, vol. 5 (1998), pp. 119-142, 139, na medida em que sustenta que o princípio da proporcionalidade é um parâmetro de controlo do próprio juiz constitucional.

83. *Lerche*, *Übermass...*, p. 30, nota. O autor apresenta o exemplo de um Robison Crusoe, sem a companhia de um Sexta-feira e submetido a um poder estatal imaginário, como prova de que alguém pode ser objecto de medidas desproporcionais, mas não violadoras do princípio da igualdade.

tão extremos. Casos do dia a dia mostram que pode considerar-se justificada face ao princípio da igualdade uma certa diferenciação, mas entender-se que a carga de sacrifício a suportar pela categoria atingida é excessiva e não comportável ao abrigo do segmento da proporcionalidade e.s.e. Se em 2011, na eventualidade de uma urgência ainda mais crítica do que a verificada (por exemplo, numa situação de quebra total e abrupta do financiamento externo provocada pela subida exponencial do risco da dívida soberana), o legislador em vez de reduzir os salários dos trabalhadores públicos acima de €1500 em 3,5% a 10%, como reduziu, tivesse cortado 50% de todos os salários dos trabalhadores das entidades públicas, o Tribunal Constitucional, se aplicasse a linha de argumentação que então perfilhou, poderia eventualmente considerá-la válida face ao princípio da igualdade (com fundamento nos efeitos quase imediatos de redução do nível da despesa do Estado), mas certamente que não poderia validá-la no âmbito da proporcionalidade.

Inversamente, pode suceder que a carga de sacrifício imposta pela medida legislativa seja justificada à luz do princípio da proporcionalidade, pela importância e intensidade da satisfação de bens, interesses ou valores em jogo e não seja justificada à luz do princípio da igualdade, por não haver razões que sustentem suficientemente a diferenciação entre os componentes do par comparativo. Um exemplo inspirado na jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre os “cortes” de pensões e salários dos trabalhadores do setor público⁸⁴: visando objetivos de consolidação orçamental e de redução drástica do défice das finanças do Estado, se o legislador optar por suspender uma parte dos subsídios de férias ou de Natal a trabalhadores da Administração Pública e a pensionistas dos setores público e privado, sem impor “sacrifício” equivalente aos demais membros da comunidade (por exemplo, através de impostos), há violação do princípio da igualdade, por insuficiência das razões que justifiquem a diferenciação. Sem embargo, pode não haver violação da proporcionalidade se essa suspensão parcial implicar uma intensidade de sacrifício nivelada com a intensidade de satisfação dos interesses públicos cuja tutela se visa.

Em contrapartida, há possibilidades de sobreposição ou de violação simultânea dos dois princípios pelo mesmo ato⁸⁵. No caso da suspensão dos subsídios de férias e de Natal de trabalhadores da Administração Pública e de pensionistas, a circunstância de alguns deles verem essa suspensão incidir sobre aqueles subsídios na sua integralidade não só viola o princípio da igualdade – como o Tribunal Constitucional considerou⁸⁶ – como viola o princípio da proporcionalidade⁸⁷.

2.4. A jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre “cortes” de salários e

84. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 353/2012.

85. V. um exemplo no acórdão n.º 363/91, R. Mendes (incidente sobre diploma que regula o exercício do direito de objeção de consciência).

86. Acórdão n.º 353/12.

87. Porém, o Tribunal Constitucional, na ocasião, considerou essa questão prejudicada e não se pronunciou sobre ela: v. acórdão n.º 353/12.

pensões

O princípio da igualdade tem um historial longo na jurisprudência constitucional (a começar com a Comissão Constitucional⁸⁸), que não podemos abarcar neste trabalho. Alguns dos conceitos que afloram nos acórdãos que estudaremos de seguida têm um lastro. Por exemplo, o conceito de igualdade proporcional já consta de acórdãos da década de 1980⁸⁹.

As medidas de redução das pensões suscitaram atenção residual no início do ciclo de acórdãos produzidos desde 2011, tendo essa atenção crescido depois. No acórdão n.º 396/2011 não há qualquer menção relevante; no acórdão n.º 353/2012, a questão que merece maior desenvolvimento é a da redução dos salários, havendo uma mera transposição quase mecânica das conclusões para a redução das pensões; no acórdão n.º 187/2013 já há um tratamento específico das medidas que têm uma relação com o direito à pensão; no acórdão n.º 862/13 (especificamente incidente sobre a temática) suscitam tratamento exaustivo.

a) A igualdade proibição do arbítrio no acórdão n.º 396/11

Apesar de funcionar como uma espécie de superego dos acórdãos n.º 353/12 e 187/13, o acórdão n.º 396/11 tem interesse limitado para efeitos deste trabalho. Por um lado, não se pronunciou sobre as normas incidentes sobre as pensões, na forma de uma contribuição extraordinária de solidariedade (CES). Por outro lado, no que toca às reduções salariais aplicadas às pessoas que têm uma relação de emprego público, não considerou verificada a violação do princípio da igualdade (nem de nenhum outro parâmetro constitucional). Em termos gerais, o Tribunal entendeu que, não existindo um direito constitucionalmente protegido à *irredutibilidade dos salários* e não estando em causa a afetação do direito a um *mínimo salarial*, aquelas reduções só poderiam ser apreciadas à luz dos princípios da proteção da confiança (v. *infra*) e da igualdade. Todavia, nenhum deles foi considerado infringido. No caso particular do princípio da igualdade, o Tribunal manteve-se dentro da sua orientação mais constante de aplicar a versão fraca ou de proibição do arbítrio⁹⁰. Embora tenha realizado uma investigação relativamente exaustiva *do contexto da decisão legislativa*, nenhuma ponderação das razões de diferenciação e da intensidade e extensão da diferenciação foi realizada. Indiciando um juízo de *igualdade como proibição do arbítrio*, o Tribunal concluiu que, tendo em vista o fim da norma, não era arbitrária a diferenciação dos que recebem por verbas públicas e estão especificamente vinculados à prossecução do interesse público, não sendo injustificado o tratamento desigual dessa categoria⁹¹.

88. Ver um exaustivo elenco de pareceres em Garcia, *Estudos...*, p. 30.

89. V. por todos o acórdão n.º 39/88.

90. Com interpretação diferente, v. Pereira, «Igualdade...», p. 334. A versão proibição do arbítrio seria confirmada pelo acórdão n.º 187/2013, na parte em que se pronunciou sobre a redução salarial mantida em 2013 tal como vinha já do Orçamento de Estado de 2011.

91. V. a parte derradeira da fundamentação do acórdão n.º 396/2011, imediatamente antes

b) A “igualdade proporcional” nos acórdãos n.º 353/12 e 187/13

Nos acórdãos n.º 353/12 e 187/13 o Tribunal apreciou e declarou a inconstitucionalidade de alguns “cortes” das pensões⁹². O fundamento essencial foi a violação do princípio da igualdade, tal como consta do dispositivo da decisão. Analisada a fundamentação de cada um dos acórdãos, conclui-se que o Tribunal não se ficou pela aplicação da versão fraca do princípio da igualdade.

(i) Acórdão n.º 353/12

Os ingredientes fundamentais da versão forte avultam com maior ou menor clareza do acórdão n.º 353/12⁹³: (i) a avaliação comparativa da diferença do grau de sacrifício para aqueles que são atingidos pela norma legislativa e para os que não o são; (ii) a definição da extensão, peso ou dimensão da diferença entre uns e outros e seu impacto na categoria que é destinatária da norma; (iii) a distinção conceitual entre *razões da diferenciação* (no caso, designadamente, a especial eficácia das medidas que atingem especificamente as pessoas que auferem rendimentos através de verbas públicas) e *fim* da norma (a consolidação orçamental); (iv) a avaliação de todo o contexto que dá sentido à finalidade prosseguida pelo legislador (a situação de emergência financeira); (v) a operação de ponderação entre a extensão da diferença de tratamento entre os componentes do par comparativo e o peso das razões que a justificam; (vi) a definição de uma lei da ponderação de tipo *alexiano*, nos termos da qual “quanto maior é o grau de sacrifício imposto aos cidadãos para satisfação de interesses públicos maiores são as exigências de equidade e justiça na repartição desses sacrifícios”.

Esta clareza metodológica e analítica é, todavia, obscurecida por algumas opções semânticas e pela ambiguidade que não poucas vezes acompanha a aplicação da versão forte do princípio da igualdade. Assim, quer a circunstância de o Tribunal usar o *nomen* “igualdade proporcional”, quer a afirmação de que a “igualdade jurídica é sempre igualdade proporcional”, quer ainda a referência aos “limites da proibição do excesso em termos de igualdade proporcional”, suscitam dúvidas sobre se o Tribunal entende que só há *uma* versão da estrutura do princípio da igualdade⁹⁴ (sendo a adotada no acórdão n.º 296/2011 *exatamente* a mesma

da decisão.

92. Para uma exposição sintética dos aspetos essenciais, Pereira, «Igualdade...», p. 335 ss.

93. Coincidentemente, Pereira, «Igualdade...», p. 338 ss. Na exposição subsequente reportar-nos-emos ao ponto n.º 5 do acórdão, sendo daí retiradas as citações e a doutrina expendida no texto.

94. Implicitamente, parece ser essa a posição de Machete/Violante, «O Princípio...», p. 74, quando escrevem que “desde o início da sua jurisprudência sobre o princípio da igualdade que o Tribunal Constitucional associa aquele princípio com a ideia de proibição do excesso”. E continuam: “ao interpretar o artigo 13.º, n.º 1, da Constituição como *proibição do arbítrio*, o Tribunal considerou estar em causa nesse preceito a proibição de medidas manifestamente *desproporcionadas* ou *inadequadas*, por um lado, à ordem constitucional dos valores e, por outro, à situação fáctica a regulamentar ou à questão a decidir. Posteriormente, essa associação

que a deste acórdão de 2012) e sobre qual a relação da igualdade proporcional com o princípio da proporcionalidade. Sobre o segundo ponto, as diversas interpretações que vimos existirem a propósito da *neue Formel* do *BVerfG* no seio da doutrina alemã poderiam valer no contexto da doutrina nacional. Já apresentámos os argumentos a favor de uma clara separação dogmático-estrutural entre os dois princípios. Essa separação beneficiaria em clareza se o Tribunal, por exemplo, expurgasse do contexto da *avaliação do cumprimento do princípio da igualdade* aspetos que dizem estritamente respeito a outro princípio autónomo. Por exemplo, o juízo sobre se haveria a possibilidade de o legislador recorrer a “soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (...), quer pelo lado da receita (...)” é um juízo que quadra com o segmento da necessidade do princípio da proporcionalidade e que não integra a estrutura do princípio da igualdade. Como vimos acima, a circunstância de haver medidas alternativas “menos onerosas” ou (adaptando à teleologia do princípio da igualdade) “menos diferenciadoras”, ou “não diferenciadoras de todo”, não diz nada sobre o cumprimento ou incumprimento do princípio da igualdade pela norma legislativa. Uma medida alternativa não diferenciadora ou menos profundamente diferenciadora pode, ela também, violar o princípio da igualdade e até violá-lo mais intensamente. Nos termos deste princípio, uma medida não diferenciadora ou pouco diferenciadora pode infringi-lo se no caso houver diferenças que determinem o tratamento desigual. Por isso, tentar incorporar na estrutura dogmática do princípio da igualdade algo semelhante ao segmento da necessidade é misturar dois planos normativos - o da igualdade e o da proporcionalidade - que ganham em ser separados com nitidez.

O acórdão n.º 353/12 é relevante por outro motivo atinente à relação entre os princípios da igualdade e da proporcionalidade. O Tribunal Constitucional decidiu limitar os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, determinando que eles não se aplicassem à suspensão do pagamento dos subsídios de férias de Natal, ou prestações equivalentes, de 2012. Trata-se de uma decisão de provimento fictício⁹⁵, com natureza *materialmente legislativa*. Por isso, essa decisão está, ela própria, sujeita ao princípio da proporcionalidade. O TC, quando produz estas decisões ao abrigo do artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, está obrigado a um juízo de proporcionalidade⁹⁶. No caso do acórdão em apreciação, o Tribunal teria de verificar se o sacrifício do princípio da igualdade e das posições jurídicas subjetivas a que ele dava concretamente abrigo é adequado, necessário e proporcional e.s.e ao interesse público de excecional relevo que justifica a restrição dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. A proporcionalidade, pelo menos neste contexto, funciona como instrumento de ponderação de afetações do princípio da igualdade motivadas pela prossecução

é reforçada pela adoção pelo Tribunal Constitucional também da «nova fórmula» do *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE 55, 72 [88]) no Acórdão n.º 330/93” (ênfase no original).

95. É a designação que propomos desde o nosso *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional. Os seus efeitos em particular*, Cognitio, Lisboa, 1984, p. 100 ss; *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*, 2.ª ed. revista, AAFDL, Lisboa, 1994, p. 203 ss.

96. V. as posições antes citadas de Medeiros, *A decisão...*, p. 716 ss e de Miranda, *Manual...*, IV, p. 306.

de interesses públicos de excecional relevo.

(ii) Acórdão n.º 187/13

O Tribunal começou por considerar que a existência de um fim de interesse público com cuja prossecução as medidas possam ser funcionalmente relacionadas exclui a possibilidade de as considerar arbitrárias. No caso, o fim de correção do desequilíbrio orçamental está funcionalmente ligado à redução da despesa. E um dos modos de reduzir a despesa é a redução de salários das pessoas que auferem rendimentos pagos por verbas públicas⁹⁷. Sendo assim, há razão justificativa e critério razoável ou racionalmente credenciável (“não é patentemente desrazoável”⁹⁸) para o legislador tratar a situação destas pessoas de forma diferente em relação à de outras pessoas que, nos termos desse critério, estejam em situação diferente⁹⁹. No contexto de uma versão de simples proibição do arbítrio, sujeita a um controlo de baixa intensidade, esta conclusão seria suficiente para viabilizar a norma legislativa à luz do princípio da igualdade.

No entanto, o Tribunal entendeu que o princípio da igualdade “exige que, a par da existência de um fundamento material para a opção de diferenciar, o tratamento diferenciado assim imposto seja proporcionado”, havendo que efetuar, então, um juízo de proporcionalidade¹⁰⁰. Este juízo de proporcionalidade é “bi-direccional”: (i) por uma lado, aprecia se o meio (medida diferenciadora) é proporcional em relação à finalidade, isto é, se é “necessário, adequado e não excessivo do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar”¹⁰¹; (ii) por outro lado, aprecia a “medida da diferença verificada existir entre o grupo dos destinatários da norma diferenciadora e o grupo daqueles que são excluídos dos seus efeitos ou âmbito de aplicação”, “do ponto de vista daquela finalidade, entre uns, outros e o Estado”¹⁰².

Mais uma vez, tal como no acórdão analisado na secção anterior, este trecho alimenta a dúvida sobre se o Tribunal entende que *só há uma versão estrutural* do princípio da igualdade, dando como definitivamente superada a versão proibição do arbítrio. E, também mais uma vez, alude-se à comparação com as medidas alternativas disponíveis^{103/104} e utiliza-se irrestritamente a linguagem da

97. No Acórdão n.º 187/2013,

98. Acórdão n.º 187/2013, n.º 35.

99. Acórdão n.º 187/2013, n.º 35. No n.ºs 65 e ss., o Tribunal invocou *mutatis mutandis*, por maioria de razão, a fundamentação que se resume a seguir também para a declaração da inconstitucionalidade da suspensão de parte do subsídio de férias aos pensionistas no Orçamento de Estado de 2013, por violação do princípio da igualdade (proporcional): cfr. n.º 69.

100. *Idem*, n. 36.

101. Acórdão n.º 187/2013, n.º 37.

102. Acórdão n.º 187/2013, n.ºs 36, 37.

103. *Idem*, n.º 37.

104. Todavia, diferentemente do que sugere Pereira, «Igualdade...», p. 355, não merece reparo que o Tribunal tenha também considerado na operação de ponderação o agravamento da carga fiscal, embora esta abranja os dois grupos do par comparativo. Na verdade, esse elemento adicional, na medida em se agrega às reduções salariais dos trabalhadores com funções públicas, faz com que a diferenciação em si produza um impacto mais do que proporcional

proporcionalidade e da proibição do *excesso*¹⁰⁵, aludindo-se, designadamente, à obrigação de as medidas diferenciadoras e o grau de diferenciação por elas imposto serem adequados, necessários e não excessivos do ponto de vista do interesse que se pretende acautelar¹⁰⁶.

Desse modo ficam abertas todas as portas sobre a relação entre princípio da igualdade e princípio da proporcionalidade: (i) a proporcionalidade é um simples componente da aferição da razoabilidade da diferenciação (nos termos de alguma das versões integracionistas identificada a propósito da *neue Formel* alemã); ou (ii) os dois juízos são autónomos e, quando conjugados, geram um *tertio genus* com identidade própria, misto de igualdade e proporcionalidade; ou (iii) o juízo sobre a razoabilidade da diferenciação é um *pressuposto* do juízo de proporcionalidade. Sem embargo, deste acórdão parece resultar, mais marcadamente do que dos anteriores, a adesão a uma linha *totalmente integradora da proporcionalidade*, na medida em que não se esboça sequer uma fórmula adaptativa dos segmentos da proporcionalidade.

Não obstante as ambiguidades, é inequívoco que o Tribunal aplica uma *versão forte* do princípio da igualdade, corretamente materializada através de uma operação de ponderação do grau e intensidade da diferenciação introduzida entre os componentes do par comparativo e das razões justificativas dessa diferenciação (parecendo ter sido decisivo o juízo de que a força ou peso destas razões tem vindo a diminuir ao longo dos exercícios orçamentais), tendo como pano de fundo o contexto e o fim prosseguido pela norma. Porém, essa operação de ponderação é estruturalmente diversa da que é efetuada no contexto do princípio da proporcionalidade, pelo que o uso da linguagem da proporcionalidade, para além de impróprio, arrisca obscurecer em vez de contribuir para a indiscutibilidade da fundamentação das decisões do juiz constitucional.

c) A “fuga” à igualdade no acórdão n.º 862/13

Não obstante o investimento quase exclusivo numa versão forte do princípio da igualdade nos acórdãos anteriormente analisados, o Tribunal parece ter infletido na sua “estratégia” jurisprudencial ainda em 2013. No acórdão n.º 862/13 o núcleo central da fundamentação foi direcionado para a demonstração de que a medida em causa (redução ou recálculo de pensões já atribuídas no âmbito do sistema da Caixa Geral de Aposentações) claudicava por atingir apenas uma das componentes do *sistema público global* de pensões¹⁰⁷ e não todas as componentes, sobrecarregando, portanto, apenas o grupo de pensionistas pagos através do sistema da Caixa Geral de Aposentações e não todos os pensionistas pagos por verbas públicas, como o Tribunal entende que deveria ocorrer. Trata-se, portanto, de uma situação em que está em causa, antes do mais, a violação do princípio da igualdade. A argumentação do Tribunal (que seguiu uma linha não totalmente previsível, tendo em conta a jurisprudência anterior sobre o tema do “corte” de

sobre esse grupo.

105. *Idem*, n.º 36.

106. *Idem*, n.º 37.

107. V. acórdão n.º 862/13, n.º 42 e outros locais.

pensões) poderia ter desembocado na conclusão de que a diferenciação entre os pensionistas provenientes do setor público, com pensões pagas pela Caixa Geral de Aposentações e os pensionistas do regime geral, com pensões pagas pela Segurança Social, não tem sustentação face ao princípio da igualdade. Contudo, o Tribunal preferiu concentrar-se na “norma parâmetro” do princípio da proteção da confiança¹⁰⁸, preterindo por inteiro, desta feita, o princípio da igualdade e continuando a ignorar o princípio da proporcionalidade¹⁰⁹.

3. O princípio da proteção da confiança como limite ao “corte” de pensões

O princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*) é outro veículo da constituição *prima facie*. Interessa-nos enquanto instrumento de mediação de operações de ponderação e otimização efetuadas pelo legislador e enquanto instrumento de controlo da constitucionalidade de normas legislativas¹¹⁰. Trata-

108. Não obstante, a semântica da igualdade (ou da igualdade proporcional: cfr. n.º 45) transparece em numerosos trechos do acórdão. Por exemplo: «[c]onsequentemente, é a proteção da confiança de certos pensionistas - aqueles que são afetados - que tem de ser considerada e confrontada com a posição dos demais pensionistas” (n.º 38); “não podem sacrificar-se exclusivamente os direitos dos pensionistas da CGA em função das invocadas razões de consolidação orçamental, já que é legítimo que os pensionistas de qualquer um desses dois regimes se considerem titulares de um direito à pensão com igual consistência jurídica” (n.º 39); “não poderão ser só [os beneficiários atuais do regime da Caixa] a suportar a diferença a pretexto da necessidade da reposição da igualdade” (n.º 41); “(...) não se pode obter uma solução globalmente justa através de um critério *nominalmente igualitário* (...)” (n.º 42). As ênfases foram aditadas.

109. Neste caso, todavia, com apreciação crítica das juizes Maria de Fátima Mata-Mouros e Maria José Rangel de Mesquita, expressa em declaração de voto.

110. O princípio tem aplicações que vão além disso, valendo em vários setores do ordenamento jurídico, particularmente nos regidos pelo direito público. Entre extensa bibliografia, v. Johannes Mainka, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Ludwig Röhrscheid, Bonn, 1963; Eberhard Grabitz, «Vertrauensschutz als Freiheitsschutz» in *Deutsches Verwaltungsblatt*, ano 88, Heft 18, (1973), p. 680; Volkmar Götz, «Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz», in Christian Starck (ed.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Zweiter Band. Verfassungsauslegung*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1976, pp. 421-452; Hans Huber, « Vertrauensschutz – Ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik und in der Schweiz» in Bachof, Heigl, Redeker, (Coord.). *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung. Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts*. C. H. Beck, München, 1978, p. 317; Beatrice Weber-Dürler, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht*, Helbing und Lichtenhahn, Basel e Frankfurt am Main, 1983; Klaus-Dieter Borchardt. *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Schriftenreihe Europa-Forschung. Band 15, N. P. Engel, Kehl-Strassburg-Arlington, 1988; Stefan Muckel. *Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989; Eugénie Prevedourou *Le Principe de Confiance Légitime en Droit Public Français*, P. N. Sakkoylas, Atenas, 1998; Sylvia Calmes, *Du Principe de Protection de la Confiance Légitime en Droits Allemand, Communautaire et Français*, tese de doutoramento, 2000, acedida em <http://www.u-paris2.fr/html/recherche/Theses%20en%20ligne/DR0010.pdf> ; Robert Thomas, *Legitimate Expectations and Proportionality in Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000; Blanco de Moraes, «Segurança Jurídica e Justiça Constitucional», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n.º 2, 2000, pág. 619-630; Kyrill-A. Schwarz, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen*, Nomos, Baden-Baden, 2002; Javier García Luengo, *El Principio de Protección de la confianza en el*

se da norma-princípio, de gestação essencialmente jurisprudencial, com raiz no princípio do Estado de direito (artigo 2.^o¹¹¹), que determina que *as autoridades públicas não devem contrariar ou afetar com os seus atos as expectativas legítimas dos particulares, a não ser que um interesse de peso superior justifique essa afetação*¹¹².

Também este instrumento medeia operações que conduzem a que aquilo que é *prima facie* tutelado pela constituição - neste caso, expectativas de particulares -, ceda perante razões com maior peso.

3.1. As sucessivas “fórmulas” da proteção da confiança

É possível organizar o percurso da jurisprudência constitucional respeitante ao princípio da proteção da confiança em quatro etapas (não necessariamente cronológicas): (i) fórmula antiga; (ii) fórmula intermédia, ou dos dois critérios; (iii) nova fórmula, ou dos quatro requisitos; (iv) nova fórmula mais, ou dos quatro requisitos mais um. A *antiga* transparece na doutrina da Comissão Constitucional e nas primeiras decisões do Tribunal Constitucional. A *intermédia* tem o seu ponto de referência mais citado no acórdão n.º 287/90. A *nova* emergiu no acórdão n.º 128/2009. No acórdão n.º 862/13 ganhou corpo a *nova fórmula mais*.

a) A fórmula antiga

O princípio da (proteção) da confiança teve as suas primeiras aplicações na doutrina da Comissão Constitucional¹¹³. A sua primeira âncora foi a referência ao *primado do Estado de Direito democrático* constante do preâmbulo da

Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 2002; Gary S. Schaal, *Vertrauen, Verfassung und Demokratie. Über den Einfluss konstitutioneller Prozesse und Prozeduren auf die Genese von Vertrauensbeziehungen in modernen Demokratien*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2004; J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 261 ss; Lúcia Amaral, *A forma da República. Uma introdução ao estudo do Direito Constitucional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 180 ss; Daphne Barak-Erez, «The Doctrine of Legitimate Expectations and the Distinction between the Reliance and Expectation Interests», in *European Public Law*, vol. 11 (2005), pp. 583-601 (com referências bibliográficas da literatura anglo-saxónica); João Carlos Loureiro, «Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito de segurança social», in *XXV Anos de Jurisprudência Constitucional Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 255 - 398; Valter Shuenquener de Araújo, *O Princípio da Proteção da Confiança*, Impetus, Niterói, 2009; idem,- «O princípio da proteção da confiança», acessado em <http://www.impetus.com.br/atualizacao/download/122/material-de-apoio---o-principio-da-protecao-da-confianca> em Dezembro de 2013.

111. Cfr. Miranda/Medeiros, *Constituição...*, I, p. 99 e 102 ss.

112. Outras definições em Luís Roberto Barroso, «Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária. Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais», in *Revista de Direito do Estado*, n.º 2, 2006, p. 276; Araújo, «O princípio da proteção...», p 73 ss.

113. V. a listagem de pareceres e acórdãos relevantes da Comissão Constitucional no acórdão n.º 20/83, n.º 2.2.

Constituição, na ausência de consagração expressa no articulado da versão original do texto constitucional (a qual só passaria a constar do artigo 2.º a partir da revisão constitucional de 1982). O Tribunal Constitucional retomá-la-ia quase sem alterações nos seus primeiros acórdãos¹¹⁴. Já nesta fase há alusões a uma estreita ligação entre o princípio da proteção da confiança e uma ideia de proporcionalidade¹¹⁵, embora em termos difusos.

b) A fórmula intermédia

A fórmula intermédia não constituiu uma ruptura em relação à antiga, mas antes uma tentativa de maior precisão. No acórdão n.º 287/90¹¹⁶ o Tribunal fixou que há violação do princípio se se verificar uma afetação *inadmissível, arbitrária* ou *demasiadamente onerosa* de expectativas juridicamente tuteladas. Para aferição da inadmissibilidade, arbitrariedade ou onerosidade da afetação definiu uma *fórmula de dois critérios*:

“a) afectação de expectativas, em sentido desfavorável, será inadmissível, quando constitua uma mutação da ordem jurídica com que, razoavelmente, os destinatários das normas dela constantes não possam contar; e ainda

b) quando não for ditada pela necessidade de salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos que devam considerar-se prevaletentes (deve recorrer-se, aqui, ao princípio da proporcionalidade, explicitamente consagrado, a propósito dos direitos, liberdades e garantias, no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, desde a 1.ª revisão).

Mesmo relevando a indeterminação de muitos dos conceitos utilizados, porventura inevitável, estes dois critérios suscitam comentários e interrogações. Embora o segundo critério aponte explicitamente para a incorporação de um juízo de proporcionalidade¹¹⁷, não é esclarecido se esse juízo é o mesmo que

114. Desde logo, no acórdão n.º 11/83 (Martins da Fonseca), incidente sobre uma questão de retroatividade de impostos, sendo também relevante o acórdão n.º 141/85 (Jorge Campinos). Na altura não vigorava ainda a proibição da retroatividade da lei fiscal, tendo os acórdãos discutido se, no caso concreto, o princípio da confiança obstava ou não a essa retroatividade. V. também os acórdãos n.º 20/83 (com declaração de voto relevante de José Magalhães Godinho, frisando pontos que mantém centralidade na jurisprudência do Tribunal) e 23/83, ambos especificamente sobre a alteração retroativa de regimes de aposentação.

115. Esta orientação foi fixada pela Comissão Constitucional, em cujo parecer n.º 14/82 se pode ler: «(...) a retroactividade das leis fiscais será constitucionalmente legítima, quando semelhante retroactividade não for arbitrária ou opressiva e não envolver assim uma violação demasiado acentuada do princípio da confiança do contribuinte. Equivale isto a dizer — visualizada a questão de outro ângulo — que a retroactividade tritutária terá o beneplácito constitucional sempre que razões de interesse geral a reclamem e o encargo para o contribuinte se não mostrar desproporcionado — e mais ainda o terá se tal encargo aparecia aos olhos do contribuinte como verosímil ou mesmo como provável.»

116. Relatório por Sousa Brito, incidente sobre normas que alegadamente restringiam retroativamente o direito de recurso.

117. Com referência ao artigo 18.º, n.º 2, que a jurisprudência do Tribunal invoca (impro-

vale para a restrição de direitos de liberdade ou se tem uma estrutura diferente, designadamente no que concerne aos seus segmentos.

Quanto ao momento ponderativo (ou de “proporcionalidade”, no dizer do Tribunal¹¹⁸), por um lado o Tribunal indica que a variável a contrapesar do lado da *componente ativa*, isto é, dos bens, interesses ou valores que a norma sob julgamento visa satisfazer ou tutelar, é a dos “direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”¹¹⁹. Essa formulação abarca, por conseguinte, quer direitos fundamentais quer interesses de ordem geral constitucionalmente protegidos. Mas logo de seguida precisa que “é necessário averiguar se o *interesse geral* que presidia à mudança do regime legal deve prevalecer sobre o interesse individual sacrificado, na hipótese reforçado pelo interesse na previsibilidade de vida jurídica, também necessariamente sacrificado pela mudança”¹²⁰. Nesta precisão fica pelo caminho a vertente dos direitos.

Por outro lado, quanto à *componente passiva* da equação ponderativa, isto é, aos bens, interesses ou valores sacrificados pela norma, também não há uma indicação inequívoca: fala-se de “*interesse individual*”, o que parece traduzir uma abordagem predominantemente *subjetivista*; mas essa abordagem é logo mesclada por uma referência ao *interesse na previsibilidade de vida jurídica*, que tem uma manifesta componente *objetiva*, vinculada ao interesse geral da comunidade num ambiente de previsibilidade da evolução e contexto normativo.

c) A nova fórmula

Quase vinte anos depois, o Tribunal re-equacionou a sua posição através de uma nova fórmula (*fórmula dos quatro requisitos*)¹²¹. Tal como sucede com as fórmulas antiga e nova do princípio da igualdade, também a nova fórmula do princípio da proteção da confiança é geralmente apresentada como uma mera reconstrução ou clarificação da orientação anterior. No entanto, ela representa uma evolução significativa. Vejamos como é explicitada pelo Tribunal:

«Para que haja lugar à tutela jurídico-constitucional da «confiança» é necessário, em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados «expectativas» de continuidade; depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do «comportamento» estadual; por último, é ainda necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem,

priamente) quando estão em causa restrições de direitos, liberdades e garantias.

118. Em alguns casos acrescenta-se menção à “razoabilidade”, sem explicitação do que isso significa *a mais* ou *diferente* da proporcionalidade: v. acórdão n.º 302/06.

119. V. essa fórmula também nos acórdãos n.º 303/90 e 99/99.

120. Acórdão n.º 287/90, n.º 28, itálico aditado.

121. Acórdão n.º 128/2009. A relatora, Lúcia Amaral, havia já enunciado *mutatis mutandis* esta interpretação dos critérios do princípio da proteção da confiança em *A forma da República...*, cit., p. 183.

em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa»¹²².

Os quatro requisitos são de verificação cumulativa. Para que a proteção *prima facie* das expectativas se torne *definitiva* em concreto é necessário que esteja preenchido o primeiro requisito, da *existência de expectativas*, mais o segundo requisito, da *legitimidade das expectativas*, mais o terceiro requisito, da *causalidade das expectativas* em relação a planos dos particulares, mais o quarto requisito, do *maior peso das expectativas* em relação ao bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa. Como veremos, isto pode ser formulado de forma reversa, se privilegiarmos o ângulo dos *requisitos necessários à prevalência* do bem, interesse ou valor *prosseguido* pela norma legislativa.

A apreciação do Tribunal é tendencialmente consecutiva e prejudicial, o que significa que se falhar algum dos requisitos já não é efetuada a apreciação dos subsequentes. Isto é particularmente notório na transição entre os três primeiros e o quarto: quando algum daqueles não está preenchido, o Tribunal não procede à operação de ponderação exigida por este.

A delimitação dos três primeiros requisitos constitui uma mais valia da nova fórmula, apesar de prolongar alguma indeterminação sobre o respetivo sentido e elementos densificadores. Já quanto ao quarto requisito ou teste, mantém na penumbra alguns aspetos fundamentais da respetiva *estrutura*. A jurisprudência do Tribunal tem emitido indicações que não são lineares.

Por exemplo, o acórdão n.º 187/13 parece reduzir o quarto teste a uma operação de ponderação equivalente ao controlo da *proporcionalidade em sentido estrito*, confrontando o peso e intensidade de satisfação e sacrifício dos bens, interesses ou valores conflituantes. Nenhuma referência é feita a outros segmentos que poderiam ser assimilados aos segmentos do princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹²³.

Em contrapartida, o que no acórdão n.º 862/13 se entende ser a operação de ponderação própria do quarto teste é diferente. Primeiro, porque o juiz constitucional não chegou a efetuar uma verdadeira operação de avaliação e confrontação do *peso* das expectativas e do *peso* dos bens, interesses ou valores efetivamente prosseguidos (no entender do Tribunal) pelas normas apreciadas ou os nominalmente invocados pelo legislador¹²⁴. Segundo, porque dentro daquele

122. Acórdão n.º 128/2009. Note-se, todavia, que a enunciação dos requisitos não segue sempre o mesmo modelo: v. por exemplo acórdão n.º 187/2013, n.º 32.

123. Acórdão cit., n.º 66: “Sendo certo que se verificam, de forma clara e em grau elevado, todos os pressupostos exigíveis do lado da tutela da confiança, a dúvida só pode residir na relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa, questão que remete para um controlo da *proporcionalidade em sentido estrito*, e para a ponderação entre a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu, e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa” (itálico no original).

124. A certo passo o Tribunal usa a imagem do peso, mas trata-se do peso da adoção da medida concreta e não do peso dos próprios interesses prosseguidos pela medida: “[a]ssim, a adoção da medida concreta não reveste um peso importante para efeitos da prossecução dos

quarto teste, o Tribunal inseriu a averiguação e demonstração do *verdadeiro* fim prosseguido pelo legislador. Nesse contexto, o juiz constitucional apurou um desvio de fim, ou “*desvio funcional*”¹²⁵: as normas apreciadas prosseguiram efetivamente o fim conjuntural de consolidação orçamental e não os (alegados) fins de sustentabilidade financeira do sistema de proteção social da Caixa Geral de Aposentações, de convergência dos dois sistemas públicos de proteção social, ou a justiça intra e intergeracional¹²⁶. Ora, o enquadramento dogmático desse tema no contexto do quarto teste suscita questões: a determinação do fim não é um *elemento estrutural* do princípio da proteção da confiança, mas sim um *pressuposto* da sua aplicação. Isso tem consequências do ponto de vista da metódica aplicativa. Se na fase de determinação do fim se verificar a sua inexistência, indeterminabilidade ou ilegitimidade, a norma é inválida, ficando prejudicada a aplicação dos quatro testes. Ao invés, se o Tribunal concluir simplesmente pela ocorrência de *desvio de fim*, isso em princípio não tem relevância invalidante autónoma. Dispondo o legislador de liberdade de conformação do fim, o desvio de fim não constitui fundamento invalidante da norma, salvo situações excecionais. A verificação do desvio de fim é apenas indiretamente relevante, na medida em que prenuncie uma relação provavelmente inconsistente entre o meio adotado e os fins invocados (mas não prosseguidos, ou não prosseguidos principalmente) pelo legislador: quando os meios adotados são adequados para prosseguir o fim real, presumivelmente não o são para satisfazer os fins nominais e vice-versa. Neste contexto, a verificação do desvio funcional *pre-estrutura* ou pre-determina a aplicação do quarto teste mas não o integra.

Terceiro, a ponderação (essa sim pertencente à estrutura do princípio da proteção da confiança) que o Tribunal realizou foi somente a “ponderação” da *adequação* das soluções resultantes das normas apreciadas, Sem nunca aludir a um eventual segmento da adequação ou idoneidade, o Tribunal debateu exaustivamente se a medida legislativa era ou não *adequada* para prosseguir os fins *nominalmente* invocados pelo legislador, isto é, a convergência entre regimes de proteção social (da CGA e do regime geral), a sustentabilidade do sistema da Caixa e a justiça intra e intergeracional, concluindo pela negativa. A “ponderação” inerente ao quarto requisito circunscreveu-se a esse juízo, essencialmente empírico-factual, não tendo sido efetuada uma verdadeira ponderação, entendida como uma

interesses públicos da sustentabilidade, do equilíbrio intergeracional e da convergência dos regimes de proteção social” (n.º 42).

125. Acórdão n.º 862/13, n.º 39.

126. Expõe o Tribunal no mesmo acórdão: “[s]oluções sacrificiais motivadas por razões de insustentabilidade financeira dirigidas apenas aos beneficiários de uma das componentes do sistema (...) são, por isso, necessariamente assistémicas ou avulsas e enfermam de um desvio funcional: visam fins – evitar, com o sacrifício exclusivo dos pensionistas da CGA, o aumento das transferências do Orçamento do Estado – que não se enquadram no desenho constitucional de um sistema público de pensões unificado” (n.º 39); “[a] igualação da taxa de formação da pensão, considerada isoladamente, não pode ser vista como uma medida estrutural de convergência de pensões nem tem qualquer efeito de reposição da justiça intergeracional ou de equidade dentro do sistema público de segurança social. Representa antes uma mera medida avulsa de redução de despesa(...)” (n.º 40); “ (...)a redução de pensões é uma *medida conjuntural* para resolução de problemas imediatos de equilíbrio e consolidação orçamental e não uma medida que vise a sustentabilidade financeira da Caixa.” (n.º 43).

operação de balanceamento do peso de bens, interesses ou valores colidentes. Acresce ainda, em quarto lugar, que o juízo de adequação efetuado parece mais próximo do que é estruturalmente típico da proporcionalidade como *proibição do defeito*, do que aquele que pertence à estrutura da proporcionalidade como *proibição do excesso*: as normas legislativas são declaradas inconstitucionais por *afetação desproporcional* do princípio da proteção da confiança¹²⁷ por não serem suficientemente eficientes, ou por não terem virtualidade suficiente para atingir aqueles fins¹²⁸. Por outras palavras, não basta que as normas legislativas sejam adequadas a aproximar ou promover minimamente os fins visados, como impõe em regra o segmento da adequação na proporcionalidade como proibição do excesso. Mais do que isso, aquelas normas têm de ser suficientemente eficientes na satisfação daqueles fins, o que só é possível, diz o Tribunal, através de “reformas sustentáveis e duradouras no tempo” e não de “medidas abruptas e parcelares”, com efeitos “volatilizáveis”. A prossecução daqueles interesses, “pelo seu caráter estrutural, exige [...] medidas pensadas num contexto global dos regimes de proteção social”.

A jurisprudência constitucional deixa portanto em aberto relevantes questões sobre a estrutura do quarto teste: trata-se da aplicação do mesmo princípio da proporcionalidade que se aplica às restrições de direitos, ou de um teste igual? Se sim, a expressão “igual” deve ser levada às últimas consequências, ou a “igualdade” é uma igualdade na diversidade? Trata-se de proporcionalidade como proibição do excesso ou de proporcionalidade como proibição do defeito? Quais os segmentos de que decompõe? Qual a estrutura desses segmentos?

As zonas de penumbra são, aliás, mais extensas. Tomada à letra, a nova fórmula indica que a vertente ativa da equação ponderativa é preenchida pelas “razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa”. Mais uma vez, servem de bons exemplos os acórdãos n.º 187/13 e 862/13, quando aludem, respetivamente, à “relevância do interesse público que determinou a alteração legislativa” ou às “razões de interesse público que justificam a não continuidade das soluções legislativas”¹²⁹. Aparentemente, a hesitação que transparecia da

127. Acórdão cit., n.º 45.

128. Parece poder extrair-se essa ilação de alguns locais onde o tema da adequação encontra expressão. Por exemplo: “[A] redução de pensões *não é uma medida com virtualidade* para garantir a sustentabilidade de um sistema que, por ser fechado, é em si mesmo insustentável a médio e longo prazo” (n.º 39, itálico aditado); “[a] circunstância da redução de pensões abranger apenas uma parte dos beneficiários do sistema social convergente – os inscritos antes de agosto de 1993 – isolada dos demais elementos que formam o sistema de segurança social, acaba por ser uma *solução inadequada* e potencialmente injusta perante o sistema” (n.º 42, itálico aditado); “uma solução «isolada» e em contradição com o princípio da responsabilidade coletiva pelo sistema, *não é uma solução adequada* à unidade do sistema, nem é capaz de assegurar, só por si, a necessária equidade.” (n.º 42, itálico aditado); “as medidas legislativas que visem atingir esses objetivos devem ser ponderadas e concebidas dentro do próprio sistema como uma sua reforma estrutural, sob pena de não alcançarem os referidos desideratos e traduzirem-se apenas em *reduções imediatas de despesa*, que, face aos seus efeitos imediatos, pouco se adequarão a produzir efeitos de base.” (n.º 42, itálico no original).

129. Acórdãos n.º 187/13, n.º 66 e 862/13, n.º 27. V. também acórdãos n.º 396/11, n.º 8 e

fórmula intermédia terá sido superada a favor de uma orientação objetivista: as expectativas a que a Constituição confere tutela *prima facie* só têm de ceder se houver um *interesse público* que sobre elas deva prevalecer em concreto¹³⁰. Se assim for, o que não é seguro (desde logo, porque se continua a invocar em simultâneo a fórmula intermédia¹³¹), tratar-se-á de opção que não é de pequena monta e cujo fundamento material não é autoevidente.

A face *objetivista* da estrutura da ponderação tem também reflexos no modo como o Tribunal define a vertente passiva, a vertente dos bens, interesses ou valores negativamente afetados pela norma legislativa, que são objeto de contrapeso com os bens, interesses ou valores prosseguidos pela lei. Analisando os arestos em que revela o que é concretamente ponderado, o que nem sempre sucede¹³², pode concluir-se que o Tribunal desenvolve não uma, mas pelo menos duas orientações: uma que realça traços *objetivos* e outra que realça traços *subjetivos*. De acordo com a primeira, são ponderadas “a frustração da confiança, com a extensão de que esta se revestiu e a intensidade das razões de interesse público que justificaram a alteração legislativa”¹³³. Esta formulação inculca que a ponderação se faz entre a dimensão, extensão ou intensidade da frustração da confiança, enquanto bem, interesse ou valor *objetivo* do Estado de direito protegido *prima facie* e as razões de interesse público justificativas dessa frustração¹³⁴. De acordo com a segunda, “há que proceder a um balanceamento ou ponderação entre os interesses particulares desfavoravelmente afetados pela alteração do quadro normativo que os regula e o interesse público que justifica essa alteração”¹³⁵. Ou seja, a operação de ponderação consiste no contrapeso dos interesses particulares *subjetivados* sacrificados e do interesse público que a norma visa proteger. Bem interpretada a jurisprudência do Tribunal, onde se lê

794/13, n.º 23.

130. Vai no mesmo sentido J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 269, mencionando também o princípio da liberdade constitutiva do legislador, como um dos elementos a ponderar no lado ativo.

131. V. acórdãos n.º 3/2010, n.º 4, 396/2011, n.º 8 e 187/2013, n.º 31.

132. V., por exemplo, acórdão n.º 3/2010, n.º 4. O Tribunal adota uma atitude exigente no que toca à verificação dos três primeiros requisitos, que leva a que frequentemente a apreciação da observância do princípio não passe daí, prejudicando a operação ponderativa (cfr. acórdãos n.º 128/2009 e 188/2009, n.º 5). Por outro lado, mesmo quando a “barreira” daqueles três requisitos é superada, o Tribunal é cauteloso nas operações de ponderação, evitando ao limite desafiar os juízos do legislador e substituí-los pelos próprios (à semelhança do que sucede, aliás, no contexto dos princípios da proporcionalidade e da igualdade), mesmo em situações em que o peso das expectativas parece elevado, como sucede em alguns casos de “cortes” de pensões. Note-se também que quando as operações de ponderação são realizadas, por vezes ou não há explicitação das variáveis (ou de todas as variáveis) que são objeto de contrapeso ou é desenvolvida uma argumentação pouco mais do que minimalista (cfr. acórdão n.º 188/09). Um dos poucos casos em que aquela atitude extremamente cautelosa foi abandonada e em que as magnitudes ponderadas são exaustivamente expostas é o do acórdão n.º 862/13.

133. Acórdão n.º 187/2013, n.º 66.

134. Uma formulação alternativa, também tendencialmente objetivista, poderia ser a do acórdão n.º 304/2001, n.º 9: “Haverá, assim, que proceder a um justo balanceamento entre a protecção das expectativas dos cidadãos decorrentes do princípio do Estado de direito democrático e a liberdade constitutiva e conformadora do legislador”.

135. Acórdão n.º 396/2011, n.º 8. A orientação subjetivista era a que já avultava no acórdão n.º 287/90, n.º 28, como se mencionou acima.

“interesses particulares” deve ler-se “expetativas dos particulares”.

d) A nova fórmula *mais*

O acórdão n.º 862/13 é doutrinariamente marcante, para além de outros aspetos que temos vindo a realçar, porque projetou uma nova fórmula *mais*. Essa fórmula tem duas faces, uma respeitante aos requisitos, outra de natureza processual. A segunda será focada a propósito da intensidade do controlo. Quanto à primeira, traduz-se num regime de *quatro requisitos mais um*.

De acordo com um recorte *negativo* dos quatro requisitos ou testes da nova fórmula, para que o bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa possa ser tutelado sem lesão do princípio da proteção da confiança: (i) não podem existir *expetativas*; (ii) se existirem *expetativas*, não podem ser consideradas legítimas; (iii) se existirem *expetativas* legítimas, não podem ter tido efeitos causais relevantes na planificação da vida dos particulares; (iv) se existirem *expetativas* legítimas com efeitos causais relevantes, não podem ter maior peso do que o bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa. Ora, o acórdão n.º 862/13 parece ter introduzido mais um requisito, exigível em certas circunstâncias: a medida legislativa deve conter *soluções gradualistas*, isto é, (v) a sua implementação deve ser feita de forma gradual e diferida no tempo¹³⁶. Embora a referência a normas de transição não seja estranha à jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre o princípio da proteção da confiança¹³⁷, é neste acórdão que à sua ausência são ligadas maiores consequências potenciais.

O reconhecimento da natureza *prima facie* dos chamados *direitos adquiridos*¹³⁸,

136. Acórdão n.º 862/13, n.º 44.

137. V., por exemplo, acórdão n.º 188/09, onde não estavam em causa “direitos adquiridos” mas meros direitos em formação, “relativamente aos quais o legislador apenas estava vinculado a estabelecer um *regime transitório* que, com respeito pelo princípio da proporcionalidade, permitisse relevar os períodos contributivos cumpridos ao abrigo da legislação anterior” (n.º 4). Na doutrina, v. João Carlos Loureiro, «Proteger é preciso...», p. 378.

138. O Tribunal admite neste acórdão a possibilidade de reduções ou “recálculos” de pensões já atribuídas, se isso for feito num contexto global: “[s]endo necessário – e o Tribunal não discute essa necessidade – alargar o «ónus da insustentabilidade financeira do sistema» - sistema entendido, neste contexto, como qualquer uma ou ambas as componentes do sistema público de pensões que ao Estado cabe organizar e garantir de harmonia com a Constituição e a Lei de Bases da Segurança Social - aos *atuais beneficiários*, procedendo a *reduções e recálculos de pensões já atribuídas*, as soluções a equacionar não podem deixar de ser perspetivadas em termos do sistema público globalmente considerado, exigindo respostas que salvaguardem a justiça do mesmo sistema, tanto no plano *intrageneracional* como no plano *intergeracional*.” (acórdão *cit.*, n.º 39; a ênfase da expressão *procedendo a reduções e recálculos de pensões já atribuídas* foi aditada). O Tribunal insiste na ideia noutros trechos. Por exemplo: “[u]ma medida que pudesse intervir de forma a *reduzir o montante de pensões a pagamento* teria de ser uma medida tal que encontrasse um forte apoio numa solução sistémica, estrutural, destinada efetivamente a atingir os três desideratos acima explanados: sustentabilidade do sistema público de pensões, igualdade proporcional, e solidariedade entre gerações”; “o questionamento dos direitos à pensão já constituídos na ótica da sustentabilidade do sistema público de pensões no seu todo e da justiça intergeracional *não se opõe à redução das pensões*. *Tais interesses públicos poderão*

que constitui um aprofundamento muito relevante do caráter *prima facie* da Constituição, é compensado pelo aditamento de um requisito adicional à estrutura do princípio da proteção da confiança: mesmo que o peso do bem, interesse ou valor prosseguido pela norma legislativa seja superior ao das expectativas dos particulares, se estas tiverem tutela reforçada, como sucede quando o “corte” incide sobre pensões já a pagamento, *terá de haver um regime transitório, que assegure o gradualismo da medida.*

3.2. A intensidade de controlo do cumprimento do princípio da proteção da confiança

De um modo geral, o padrão de controlo do princípio da proteção da confiança tem-se pautado por uma assumida auto-contenção que tem feito com que raramente as apreciações de facto - diagnósticos e prognósticos - realizadas pelo legislador sejam colocadas em causa. Por outro lado, as ponderações do legislador são por regra protegidas em nome do reconhecimento de uma extensa liberdade de conformação, traduzida numa ampla liberdade de alteração de regimes legais, mesmo quando isso afeta expectativas de não modificação da lei.

Porém, o padrão de controlo que o Tribunal adotou no acórdão n.º 862/13 foi mais intenso. As apreciações de facto realizadas pelo legislador, mesmo aquelas que eram sustentadas por relatórios técnicos enviados pelo Governo (proponente das normas em causa), foram apertadamente escrutinadas. Os fins invocados foram sujeitos a apreciação aprofundada, não aceitando o Tribunal sem discussão aqueles que foram invocados pelo legislador e antes apontando outros como sendo os verdadeiros. A “ponderação” das soluções adotadas, designadamente a sua adequação, foi exaustiva, não se tendo o Tribunal limitado a apreciar (e a rejeitar) a adequação das soluções legislativas, antes definindo o sentido daquelas que *devem ser* adotadas para prosseguir os fins invocados pelo legislador. Trata-se de uma fórmula de controlo que toca o limiar superior do poder jurisdicional do juiz constitucional¹³⁹, porém admissível num quadro excepcional (de “crise”) em que a contrapartida à legitimidade de o legislador explorar até ao limite a natureza *prima facie* da constituição é a ampliação da competência do juiz constitucional e a legitimidade de este recorrer a instrumentos reforçados de escrutínio¹⁴⁰. Essencial é que a estrutura dogmática e argumentativa destes

justificar uma revisão dos valores de pensões já atribuídas (...)” (n.º 45, ênfase acrescentada). O Tribunal admite, assim, que não há posições jurídicas subjetivas inatingíveis e insuscetíveis de ponderação com outros bens, interesses ou valores. Mesmo os designados *direitos adquiridos* (noção proveniente do direito privado e que, apesar do seu emprego em alguns acórdãos, não tem significado ou assento constitucional), podem ter de ceder se houver razões de *peso superior* que devam prevalecer em concreto. Defendendo esta posição, Loureiro, «Proteger é preciso...», p. 376-7.

139. Talvez além do ativismo moderado de que fala Blanco de Moraes, «Segurança Jurídica...», p. 626.

140. Esta é apenas uma forma de traduzir a bem estabelecida conceção *gradativa* de acordo com a qual quanto mais intensa seja a intervenção do legislador nos bens, interesses ou valores constitucionais, incluindo os protegidos através de direitos, tanto maior deve ser a proteção

instrumentos seja clara, transparente e estável, de modo a enfrentar as críticas de que são irracionais ou até veículos das inclinações ideológicas dos juízes, críticas muitas vezes dirigidas contra os instrumentos de ponderação e otimização¹⁴¹.

3.3. Princípio da proteção da confiança como versão enfraquecida ou fortalecida do princípio da proporcionalidade, ou parâmetro autónomo?

O princípio da proteção da confiança é o princípio aplicável quando não está em causa o sacrifício de bens, interesses ou valores objeto de posições jurídicas subjetivas decorrentes de um direito, fundamental ou não¹⁴², mas sim expectativas eventualmente merecedoras de tutela jurídica. Apesar de a estrutura argumentativa da proteção da confiança aparecer por vezes mesclada com o discurso da proteção *de direitos*, o princípio vale em situações em que *não há um direito tutelável* (por exemplo, o direito à manutenção da pensão ou do salário com um certo nível¹⁴³, ou à continuidade de certos benefícios fiscais, ou à não supressão de um regime de exceção que impossibilita a cessação do vínculo de nomeação definitiva na administração pública com base em razões objetivas), mas uma *mera expectativa legítima* dos particulares de continuidade de um certo regime jurídico, que é *afetada* por uma intervenção legislativa (em si não proibida, uma vez que o legislador tem liberdade de conformação da lei, que abrange a faculdade de a alterar¹⁴⁴). À partida, essas situações serão merecedoras de uma tutela constitucional menos intensa do que a conferida aos direitos fundamentais. A aplicação dos *limites às restrições* (*Schranken-Schranke*), designadamente a aplicação do princípio da proporcionalidade, com a *malha apertada* que o caracteriza na versão aplicável às restrições de direitos fundamentais seria, ela própria, *desproporcionada* ou *excessivamente lesiva* da liberdade de conformação do legislador. Esse é o pano de fundo em que terá de ser acabado o processo de definição da sua estrutura. A jurisprudência constitucional mantém em aberto pelo menos três possibilidades de evolução.

A primeira é a configuração do princípio da proteção da confiança como uma *versão enfraquecida* do princípio da proporcionalidade. Nesta linha de desenvolvimento, o princípio da proteção da confiança será simplesmente um modo de desencadeamento de requisitos especiais para a aplicação do princípio da proporcionalidade em situações merecedoras de uma tutela jurídica menos enérgica. Preenchidos esses requisitos, segue-se a aplicação do princípio da proporcionalidade (ou algo “igual”), tal como, de uma forma ou de outra, tem

do juiz constitucional: assim, Konrad Hesse, «Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit» (1981), in *Ausgewählte Schriften*, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp. 311-322, 311 ss.

141. V. sobre a proporcionalidade, mas aplicável a todos os instrumentos de ponderação e otimização, a exposição de Pulido, *El principio...*, p. 163 ss.

142. J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 269.

143. Acórdãos n.º 396/2011, 187/2013 e 794/2013.

144. Acórdão n.º 287/90: “não há (...) um direito à não-frustração de expectativas jurídicas ou à manutenção do regime em relação a relações jurídicas duradouras ou relativamente a factos complexos já parcialmente realizados”.

estado latente desde a fórmula intermédia¹⁴⁵.

A segunda é a configuração do princípio da proteção da confiança como um parâmetro *distinto* do princípio da proporcionalidade. A circunstância de haver um momento ponderativo não implica uma assimilação com a proporcionalidade¹⁴⁶. Também esta possibilidade tem pontos de sustentação em alguma jurisprudência constitucional. Nesta hipótese o princípio tem malha menos apertada do que a proporcionalidade (isto é, malha mais propícia à viabilização das normas legislativas). Isso manifesta-se quer nos requisitos que constituem os três primeiros passos da sua metódica de aplicação, quer na circunstância de o quarto passo consistir numa simples operação de ponderação ou de *balancing* de bens, interesses ou valores concretamente colidentes e não na aplicação do princípio da proporcionalidade em sentido amplo¹⁴⁷. Esta ponderação está sujeita a uma “lei”: quando mais intensa for a verificação dos três primeiros testes maior exigência será empregue na demonstração do peso prevalecente das razões invocadas como justificativas da afetação das expectativas¹⁴⁸. A malha mais larga repercute-se particularmente na estrutura da ponderação, a qual tem uma estrutura simultaneamente objetiva e subjetiva¹⁴⁹. Estas duas dimensões no contexto da aplicação do princípio da proteção da confiança aparecem (inadvertidamente?) divorciadas na jurisprudência constitucional, umas vezes sendo dado relevo à primeira, outras à segunda. Todavia, são ambas elementos da estrutura ponderativa do princípio. Do lado ativo, a malha larga reflete-se na possibilidade de a razão justificativa da superação das expectativas e da confiança

145. V. o acórdão n.º 396/11, onde se alude à averiguação da “observância das exigências de proporcionalidade”, se cita “a necessária conjugação do princípio da proteção da confiança com o princípio da proibição do excesso” e se averigua da idoneidade, da necessidade e da não excessividade das normas em causa (n.º 8). Na doutrina, no mesmo sentido, J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 269.

146. Embora seja possível usar o conceito de ponderação num sentido *amplíssimo*, equivalente a avaliação, consideração ou análise dos argumentos a favor e contra uma conclusão juridicamente relevante, com vista a tomar uma decisão, podendo ou não recorrer-se à imagem do peso relativo (sentido amplíssimo esse capaz de abranger as operações próprias dos três segmentos da proporcionalidade em sentido amplo), normalmente emprega-se o conceito de ponderação num sentido mais *restrito*. É nesse sentido mais restrito que pode haver dúvida sobre a relação com a proporcionalidade em sentido estrito. Não podemos fazer mais do que referir que (i) há quem entenda que se trata de conceitos disjuntos, (ii) quem os veja como equivalentes e (iii) quem encontre uma sobreposição parcial entre eles. A opção por uma das variantes depende do conceito de ponderação de que se parta, mais amplo ou menos amplo, bem como se se adota o ângulo da ponderação-procedimento, método, ou operação, ou o ângulo da ponderação-resultado. V. uma súmula desse debate em J. M. Rodríguez de Santiago, *La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000 (distinguindo os âmbitos de aplicação da ponderação e da proporcionalidade); Pulido, *El principio...*, p. 163 e 569 ss (posicionando-se ele próprio entre os que assimilam “mandato de ponderação” e proporcionalidade em sentido estrito); J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 272.

147. Esta hipótese tem a oposição de J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 268.

148. V. acórdão n.º 474/13, n.º 41.

149. Contra uma perspetiva binária, que se encontra na literatura, nos termos da qual “o princípio da proteção da confiança envolve um confronto entre o interesse privado, apoiado na confiança, e o interesse público contrário à tutela da expectativa legítima”, v. Araújo, «O princípio da proteção...», p. 106, criticando essa visão. Perfilhando tal perspetiva, Beatrice Weber-Dürler, *Vertrauensschutz im öffentlichen Recht...*, p. 118 (*apud* Araújo, *ob. e loc. cit.*); J. Reis Novais, *Os princípios...*, p. 270.

ser a prossecução de quaisquer *interesses constitucionalmente protegidos* e não apenas *interesses públicos* ou *gerais*. Como já se viu, este último ponto parecia tolerado (ou adquirido) pela fórmula intermédia, mas pode ter sido colocado em crise pela nova fórmula.

A terceira é a configuração do princípio da proteção da confiança como uma versão *fortificada* do princípio da proporcionalidade, onde o preenchimento dos três primeiros requisitos desencadeia a aplicação dos segmentos deste último numa expressão especialmente exigente, próxima da proibição do defeito. Tem também manifestações (decerto limitadas) na jurisprudência constitucional, mas é a possibilidade que mais choca com a sua raiz. O âmbito natural de aplicação do princípio é constituído por situações jurídicas - expeativas - que suscitam uma tutela constitucional *prima facie* mais fluída do que a dos direitos, sendo incoerente atribuir-lhe presas mais aguçadas do que as do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso.

4. O princípio da proporcionalidade como limite ao “corte” de pensões

Chamado a apreciar os “cortes” de pensões, o Tribunal Constitucional tem mostrado uma persistente inclinação para o recurso aos princípios da igualdade e da proteção da confiança como parâmetros de escrutínio, condimentados com referências relativamente assistemáticas a uma ideia de proporcionalidade. Mas tem evitado aplicar abertamente o princípio da proporcionalidade enquanto tal, não obstante a sua reiterada invocação pelos mais variados requerentes.

Essa opção é diferente da que tem ocorrido noutros espaços jurídicos. Em várias ocasiões o TEDH considerou contrárias à Convenção Europeia dos Direitos do Homem normas de direito interno que reduziam montantes de pensões, por violação do princípio da proporcionalidade¹⁵⁰, inclusive em casos respeitantes a Portugal¹⁵¹. O parâmetro invocado tem sido o artigo 1.º do Protocolo n.º 1 à Convenção sobre proteção da propriedade¹⁵². Esta orientação tem sido expressamente rejeitada pelo Tribunal Constitucional, argumentando que no caso português existe uma disposição constitucional específica que cobre o direito à pensão, o artigo 63.º, não sendo necessário recorrer à via mais tortuosa do direito de propriedade¹⁵³. Porém, a argumentação do Tribunal corre o risco do

150. V. Georges Katrougalos / Daphné Akoumianaki, «L'application du principe de proportionnalité dans le champ des droits sociaux», in *Revue du Droit Public*, n.º 5, 2012, pp. 1381-1404, 1394 ss.

151. V. a decisão do TEDH no caso Mateus e Januário vs. Portugal, 2.ª seção, de 8 de Outubro de 2013, acessível em [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{"itemid":\["001-128106"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-128106#{) O Tribunal apreciou a redução dos 13.º e 14.º meses de pensões (subsídios de férias e natal) efetuada pela LOE de 2012.

152. Na decisão citada na nota anterior o TEDH entendeu que se um Estado vinculado à Convenção “tem em vigor legislação assegurando o pagamento de uma pensão - esteja ou não condicionada ao prévio pagamento de contribuições -, essa legislação tem de ser vista como geradora de um interesse de propriedade que recai no âmbito do artigo 1.º do Protocolo n.º 1”.

153. V. por último, acórdão n.º 187/13, n.º 64.

paradoxo de o direito à pensão ter garantia menor em Portugal, onde tem assento constitucional direto, do que em outros ordenamentos onde só se chega à sua garantia por vias mais indiretas.

Ora, mesmo que a rejeição do enquadramento jusfundamental do direito de propriedade seja admissível (o que é discutível, pelo menos quando estão em causa algumas dimensões ou manifestações do direito à pensão), isso não compromete a plena aplicação do princípio da proporcionalidade. Ainda que com escassa elaboração teórica, mesmo quando há declaração de inconstitucionalidade¹⁵⁴, o Tribunal Constitucional já se distanciou da visão clássica¹⁵⁵ que entende que o conceito de restrição apenas se compagina com os chamados direitos de liberdade, de defesa ou negativos, não sendo adaptável aos direitos sociais¹⁵⁶, aproximando-se da mais destacada doutrina quanto à plena aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em intervenções legislativas qualificáveis como restrições do nível de concretização já atingido¹⁵⁷.

Como direito social¹⁵⁸, o direito à pensão de aposentação tem um âmbito de *proteção mínimo*, nuclear ou essencial (tendencialmente mais reduzido que o dos direitos de liberdade¹⁵⁹), que não pode ser objeto de restrição. É objeto de normas impositivas *categóricas* ou *absolutas*. Este âmbito de proteção mínimo (traduzido na garantia das posições jurídicas subjetivas necessárias à garantia de condições mínimas de subsistência condigna) pode estar garantido diretamente pela Constituição ou ser objeto de concretizações legislativas. Em qualquer dos casos é “resistente ao legislador”¹⁶⁰: a fonte formal ou o modo como a proteção mínima é materializada não é relevante para a aferição da sua capacidade de resistência perante o legislador.

Do âmbito de proteção mínimo distingue-se o (mais extenso) âmbito de *proteção ideal*. Este, naquilo que exceda o conteúdo mínimo, para além de estar em regra coberto por um alto grau de indeterminação, está também sujeito a uma ampla

154. V. o caso típico do acórdão n.º 67/07.

155. Casos de aplicação do princípio à restrição de direitos sociais: acórdãos n.º 88/04; 67/07 e 221/09; acórdão n.º 512/08. V. a apreciação em Novais, *Direitos Sociais...*, p. 390 ss. Por exemplo, acórdão n.º 221/09, sobre a possibilidade de o legislador exigir a demonstração da titularidade de cartão de utente do SNS, sob pena de pagamento dos encargos com a assistência médica: “(...) nada parece, também, obstar a que o controlo das soluções legislativas incidentes sobre direitos sociais se efectue por via da aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade em sentido estrito”. Registando também esta evolução, Machete e Teresa Violante, «O princípio da Proporcionalidade ...», p. 8.

156. Sublinhando que esta é a posição tradicional da doutrina e da jurisprudência Katrougailos / Akoumianaki, «L'application du principe de proportionnalité...», p. 1382.

157. V. Miranda, *Manual...*, IV, p. 485 ss, incluindo uma recensão completa das diferentes posições doutrinárias (embora focado na questão da existência ou não de um princípio de proibição do retrocesso); Novais, *Direitos...*, esp. 243 ss.; Canotilho/Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Almedina, Coimbra, p. 131.

158. Sem embargo de algumas das dimensões do direito à pensão de aposentação terem natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. No acórdão n.º 187/13 o Tribunal identifica uma delas : *o direito à contagem do tempo de serviço* para efeitos de aposentação

159. V. acórdão n.º 3/2010, n.º 2.

160. *Idem*.

margem de livre conformação do legislador¹⁶¹. Abrangidos por essa margem estão os requisitos para se adquirir o direito à pensão, as regras de cálculo e a quantia efetiva a receber, as quais, de acordo com o Tribunal Constitucional, não são objeto de posições jurídicas subjetivas tuteladas por um direito fundamental¹⁶². Por isso, embora o direito à pensão tenha tutela jusfundamental, o direito a uma valor concreto de pensão tem um valor apenas infraconstitucional, podendo a lei reduzir esse montante¹⁶³. Os particulares têm direito à pensão e ao montante da pensão, tal como legalmente definido, mas não têm o *direito à não redução* legislativa do montante da pensão. Pode discutir-se se a concretização *legislativa* dos direitos sociais é ou não um *prolongamento* do direito social, conservando este natureza jusfundamental independentemente da forma como é materializado. Não podemos desenvolver essa questão aqui¹⁶⁴, até porque ela é, em boa medida, irrelevante para a aplicação do princípio da proporcionalidade no âmbito das restrições aos direitos sociais: entenda-se que estes têm sempre valor constitucional, mesmo quando são objeto de intensa conformação legislativa, ou que têm uma dupla face de Janus, em parte constitucional, em parte infraconstitucional, a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade em termos gerais, não sofre alterações.

Porém, a constitucionalidade do “corte” de pensões à luz do princípio da proporcionalidade *proprio sensu* tem sido um assunto que o Tribunal tem decidido não apreciar, em forte contraste com o crescente protagonismo que aquele princípio tem assumido em muitos outros domínios da jurisprudência constitucional mais recente.

161. *Idem*.

162. Acórdão n.º 187/13, n.º 59.

163. *Idem*. n.º 60.

164. Essa discussão é exaustivamente realizada por Jorge Novais, *Direitos...*, em termos que de um modo geral subscrevemos.